A/CN.4/SER.A/2016/Add.1 (Part 2)

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

2016

Volume II
Deuxième partie

Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa soixante-huitième session

NATIONS UNIES

A/CN.4/SER.A/2016/Add.1 (Part 2)

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

2016

Volume II
Deuxième partie

Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa soixante-huitième session

Nations Unies
New York et Genève, 2021

NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Le titre de l'*Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire…* suivi de la mention de l'année (par exemple, *Annuaire… 2016*).

Pour chaque session de la Commission du droit international, l'*Annuaire* comprend deux volumes :

Volume I : comptes rendus analytiques des séances de la session ;

Volume II (1re partie) : rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés au cours de la session ;

Volume II (2e partie) : rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

Les références à ces ouvrages et les extraits qui en sont donnés se rapportent au texte définitif des volumes de l'*Annuaire* paraissant sous forme de publications des Nations Unies.

A/CN.4/SER.A/2016/Add.1 (Part 2)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

e-ISBN 978-92-1-005083-8

ISSN 0497-9877
e-ISSN 2411-9849

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Document A/71/10. **Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-huitième session (2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016)..... 1**

Répertoire des documents de la soixante-huitième session 267

DOCUMENT A/71/10*

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-huitième session (2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016)

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Abréviations et sigles 7

Note concernant les citations 7

Instruments multilatéraux cités dans le présent volume 8

Chapitres *Paragraphes*

I. Organisation de la session 1-11 17
- A. Membres de la Commission 2 17
- B. Bureau et bureau élargi 3-5 17
- C. Comité de rédaction 6-7 18
- D. Groupes de travail 8-9 18
- E. Secrétariat 10 18
- F. Ordre du jour 11 19

II. Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-huitième session 12-32 20

III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission 33-37 23
- A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État 35 23
- B. Nouveaux sujets 36-37 23

IV. Protection des personnes en cas de catastrophe 38-49 24
- A. Introduction 38-40 24
- B. Examen du sujet à la présente session 41-45 24
- C. Recommandation de la Commission 46 24
- D. Hommage au Rapporteur spécial 47 24
- E. Texte du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe 48-49 25
  1. Texte du projet d'articles 48 25
  2. Texte du projet d'articles et des commentaires y relatifs 49 26

Préambule 26
Commentaire 26
Article premier. Champ d'application 27
Commentaire 27
Article 2. Objet 28
Commentaire 28
Article 3. Termes employés 29
Commentaire 29
Article 4. Dignité humaine 33
Commentaire 33
Article 5. Droits de l'homme 35
Commentaire 35
Article 6. Principes humanitaires 36
Commentaire 36
Article 7. Obligation de coopérer 38
Commentaire 38
Article 8. Formes de coopération en réponse aux catastrophes 40
Commentaire 40

* Paru initialement comme *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément nº 10*.

Chapitres *Paragraphes* *Pages*

Article 9. Réduction des risques de catastrophe ... 42
Commentaire ... 42
Article 10. Rôle de l'État touché ... 47
Commentaire ... 47
Article 11. Obligation de l'État touché de rechercher de l'assistance extérieure ... 49
Commentaire ... 49
Article 12. Offres d'assistance extérieure ... 51
Commentaire ... 51
Article 13. Consentement de l'État touché à l'assistance extérieure ... 52
Commentaire ... 53
Article 14. Conditions de fourniture de l'assistance extérieure ... 55
Commentaire ... 55
Article 15. Facilitation de l'assistance extérieure ... 57
Commentaire ... 57
Article 16. Protection du personnel de secours, de l'équipement et des biens ... 58
Commentaire ... 58
Article 17. Cessation de l'assistance extérieure ... 60
Commentaire ... 60
Article 18. Relation avec d'autres règles de droit international ... 61
Commentaire ... 61

V. Détermination du droit international coutumier ... 50-63 63
A. Introduction ... 50-53 63
B. Examen du sujet à la présente session ... 54-61 63
C. Texte des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier adoptés par la Commission en première lecture ... 62-63 64
1. Texte des projets de conclusion ... 62 64
2. Texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs ... 63 65
Commentaire général ... 65

Première partie. Introduction ... 66
Conclusion 1. Portée ... 66
Commentaire ... 66

Deuxième partie. Approche fondamentale ... 67
Conclusion 2. Deux éléments constitutifs ... 67
Commentaire ... 67
Conclusion 3. Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs ... 68
Commentaire ... 69

Troisième partie. Pratique générale ... 70
Conclusion 4. Exigence d'une pratique ... 70
Commentaire ... 71
Conclusion 5. Comportement de l'État en tant que pratique de l'État ... 72
Commentaire ... 72
Conclusion 6. Formes de pratique ... 73
Commentaire ... 73
Conclusion 7. Appréciation de la pratique d'un État ... 74
Commentaire ... 74
Conclusion 8. La pratique doit être générale ... 74
Commentaire ... 74

Quatrième partie. Acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) ... 76
Conclusion 9. Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) ... 76
Commentaire ... 76
Conclusion 10. Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) ... 77
Commentaire ... 77

Cinquième partie. Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier ... 79
Conclusion 11. Traités ... 79
Commentaire ... 79

Chapitres *Paragraphes* *Pages*

Conclusion 12. Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales 82
Commentaire 82
Conclusion 13. Décisions de juridictions 83
Commentaire 83
Conclusion 14. Doctrine 85
Commentaire 85

Sixième partie. Objecteur persistant 85
Conclusion 15. Objecteur persistant 85
Commentaire 85

Septième partie. Droit international coutumier particulier 87
Conclusion 16. Droit international coutumier particulier 87
Commentaire 87

VI. Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités 64-76 89
A. Introduction 64-69 89
B. Examen du sujet à la présente session 70-74 89
C. Texte des projets de conclusion concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés par la Commission en première lecture 75-76 90
1. Texte des projets de conclusion 75 90
2. Texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs 76 91

Première partie. Introduction 92
Conclusion 1. Introduction 92
Commentaire 92

Deuxième partie. Règles et définitions fondamentales 92
Conclusion 2 [1]. Règle générale et moyens d'interprétation des traités 92
Commentaire 92
Conclusion 3 [2]. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques 97
Commentaire 97
Conclusion 4. Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure 99
Commentaire 100
Conclusion 5. L'attribution d'une pratique ultérieure 106
Commentaire 106

Troisième partie. Aspects généraux 110
Conclusion 6. Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure 110
Commentaire 111
Conclusion 7. Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation 116
Commentaire 116
Conclusion 8 [3]. L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps 125
Commentaire 125
Conclusion 9 [8]. Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation 129
Commentaire 129
Conclusion 10 [9]. Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité 132
Commentaire 132

Quatrième partie. Aspects particuliers 136
Conclusion 11 [10]. Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties 136
Commentaire 137
Conclusion 12 [11]. Actes constitutifs d'organisations internationales 144
Commentaire 144
Conclusion 13. Prononcés d'organes conventionnels d'experts 152
Commentaire 152

VII. Crimes contre l'humanité 77-85 159
A. Introduction 77-78 159
B. Examen du sujet à la présente session 79-83 159

Chapitres *Paragraphes* *Pages*

C. Texte des projets d'article sur les crimes contre l'humanité provisoirement adoptés à ce jour par la Commission ... 84-85 159
1. Texte des projets d'article ... 84 159
2. Texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-huitième session ... 85 161
Article 5. Incrimination en droit interne ... 161
Commentaire ... 162
Article 6. Établissement de la compétence nationale ... 173
Commentaire ... 173
Article 7. Enquête ... 175
Commentaire ... 175
Article 8. Mesures préliminaires lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur le territoire ... 176
Commentaire ... 176
Article 9. *Aut dedere aut judicare* ... 177
Commentaire ... 177
Article 10. Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction ... 179
Commentaire ... 179

VIII. Protection de l'atmosphère ... 86-96 182
A. Introduction ... 86-87 182
B. Examen du sujet à la présente session ... 88-94 182
C. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par la Commission à ce jour ... 95-96 183
1. Texte des projets de directive et des alinéas du préambule ... 95 183
2. Texte des projets de directive, de l'alinéa du préambule et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-huitième session ... 96 184
Préambule ... 184
Commentaire ... 184
Directive 3. Obligation de protéger l'atmosphère ... 184
Commentaire ... 184
Directive 4. Évaluation de l'impact sur l'environnement ... 186
Commentaire ... 186
Directive 5. Utilisation durable de l'atmosphère ... 187
Commentaire ... 188
Directive 6. Utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère ... 189
Commentaire ... 189
Directive 7. Modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère ... 189
Commentaire ... 189

IX. *Jus cogens* ... 97-138 191
A. Introduction ... 97 191
B. Examen du sujet à la présente session ... 98-138 191
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son premier rapport ... 102-111 191
2. Résumé du débat ... 112-129 192
3. Conclusions du Rapporteur spécial ... 130-138 195

X. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés ... 139-189 197
A. Introduction ... 139-140 197
B. Examen du sujet à la présente session ... 141-187 197
1. Présentation par la Rapporteuse spéciale de son troisième rapport ... 147-153 199
2. Résumé du débat ... 154-179 200
a) Observations d'ordre général ... 154-162 200
b) Projet de principe I-1 – Mise en œuvre et exécution forcée ... 163 201
c) Projet de principe I-3 – Accords sur le statut des forces et sur le statut de la mission ... 164 201
d) Projet de principe I-4 – Opérations de paix ... 165 201
e) Projet de principe III-1 – Accords de paix ... 166-167 201
f) Projet de principe III-2 – Évaluations et études environnementales après un conflit ... 168-169 202
g) Projet de principe III-3 (Restes de guerre) et projet de principe III-4 (Restes de guerre immergés en mer) ... 170-174 202
h) Projet de principe III-5 – Accès à l'information et échange d'informations ... 175-176 202
i) Projet de principe IV-1 – Droits des peuples autochtones ... 177 203
j) Programme de travail futur ... 178-179 203

Chapitres			*Paragraphes*	*Pages*
	3. Conclusions de la Rapporteuse spéciale		180-187	204
C.	Texte des projets de principe sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés provisoirement adoptés par la Commission à ce jour		188-189	205
	1. Texte des projets de principe		188	205
	2. Texte des projets de principe et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-huitième session		189	205
	Introduction			205
	Projet de principe 1.	Champ d'application		206
		Commentaire		206
	Projet de principe 2.	Objet		206
		Commentaire		206
	Première partie.	Principes généraux		207
	Projet de principe 5 [I-(x)].	Déclaration de zones protégées		207
		Commentaire		207
	Deuxième partie.	Principes applicables pendant un conflit armé		209
	Projet de principe 9 [II-1].	Protection générale de l'environnement naturel pendant un conflit armé		209
		Commentaire		209
	Projet de principe 10 [II-2].	Application du droit des conflits armés à l'environnement naturel		212
		Commentaire		212
	Projet de principe 11 [II-3].	Considérations environnementales		214
		Commentaire		214
	Projet de principe 12 [II-4].	Interdiction des représailles		214
		Commentaire		214
	Projet de principe 13 [II-5].	Zones protégées		216
		Commentaire		216
XI.	Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État		190-250	218
A.	Introduction		190-192	218
B.	Examen du sujet à la présente session		193-248	218
	1. Présentation par la Rapporteuse spéciale de son cinquième rapport		196-208	218
	2. Résumé du débat		209-248	220
	a) Observations d'ordre général		209-210	220
	b) Observations sur les questions d'ordre méthodologique et conceptuel soulevées dans le cinquième rapport		211-234	221
	c) Observations relatives au projet d'article 7		235-246	223
	d) Travaux futurs		247-248	225
C.	Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission à ce jour		249-250	225
	1. Texte des projets d'article		249	225
	2. Texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-huitième session		250	225
	Article 2.	Définitions		226
		Commentaire		226
	Article 6.	Portée de l'immunité *ratione materiae*		229
		Commentaire		229
XII.	Application provisoire des traités		251-300	232
A.	Introduction		251-254	232
B.	Examen du sujet à la présente session		255-300	232
	1. Présentation par le Rapporteur spécial de son quatrième rapport		259-267	233
	2. Résumé du débat		268-291	234
	a) Observations d'ordre général		268-272	234
	b) Réserves		273-275	235
	c) Nullité des traités		276-277	235
	d) Extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation		278-281	236
	e) Cas de succession d'États, de responsabilité d'un État et d'ouverture d'hostilités		282	237
	f) Projet de directive 10		283-285	237
	g) Pratique des organisations internationales en matière d'application des traités		286-287	237
	h) Travaux futurs		288-291	237
	3. Conclusions du Rapporteur spécial		292-300	238

Chapitres		*Paragraphes*	*Pages*
XIII.	Autres décisions et conclusions de la Commission	301-365	240
	A. Demandes faites par la Commission au Secrétariat en vue de la préparation d'études sur deux sujets à l'ordre du jour de la Commission	301-302	240
	B. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	303-346	240
	1. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme	306-313	240
	2. Examen de la résolution 70/118 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 2015 relative à l'état de droit aux niveaux national et international	314-322	241
	3. Examen des paragraphes 9 à 12 de la résolution 70/236 de l'Assemblée générale en date du 23 décembre 2015 relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session	323-326	242
	4. Session marquant le soixante-dixième anniversaire de la Commission du droit international	327-332	242
	5. Honoraires	333	243
	6. Documentation et publications	334-341	243
	7. *Annuaire de la Commission du droit international*	342-343	244
	8. Aide à la Division de la codification	344	244
	9. Sites Web	345	244
	10. Médiathèque de droit international des Nations Unies	346	244
	C. Dates et lieu de la soixante-neuvième session de la Commission	347	244
	D. Coopération avec d'autres organismes	348-351	244
	E. Représentation à la soixante et onzième session de l'Assemblée générale	352	245
	F. Séminaire de droit international	353-365	245
Annexes			
I.	Le règlement des différends internationaux auxquels des organisations internationales sont parties	1-29	247
II.	La succession d'États en matière de responsabilité de l'État	1-43	256

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
CAHDI	Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (Conseil de l'Europe)
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
FICR	Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge
OIT	Organisation internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMI	Organisation maritime internationale
OMS	Organisation mondiale de la Santé
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
OUA	Organisation de l'Unité africaine
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

*

* *

CEDH	Cour européenne des droits de l'homme, *Recueil des arrêts et décisions*. L'intégralité des arrêts de la Cour, ainsi qu'une importante sélection de décisions, sont publiés dans la base de données sur la jurisprudence de la Cour (HUDOC), accessible sur le site Web de la Cour (www.echr.coe.int).
C.I.J. Recueil	Cour internationale de Justice, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. Tous les arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour sont disponibles sur le site Web de la Cour (www.icj-cij.org).
C.P.J.I. série A	Cour permanente de Justice internationale, *Recueil des arrêts* (nos 1 à 24, jusqu'en 1930 inclus)
C.P.J.I. série B	Cour permanente de Justice internationale, *Recueil des avis consultatifs* (nos 1 à 18, jusqu'en 1930 inclus)
TIDM Recueil	Tribunal international du droit de la mer, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. La jurisprudence du Tribunal est disponible sur le site Web du Tribunal (www.itlos.org).

*

* *

Dans le présent volume, par « Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie » il faut entendre le Tribunal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, et par « Tribunal pénal international pour le Rwanda » le Tribunal international chargé de juger les personnes accusées d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais accusés de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994.

*

* *

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

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

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

*

* *

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

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

INSTRUMENTS MULTILATÉRAUX CITÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME

	Sources
Relations amicales et coopération entre les États	
Traité de l'Atlantique Nord (Washington, 4 avril 1949)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 34, n° 541, p. 243.
Règlement pacifique des différends internationaux	
Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919]	H. Triepel, *Nouveau Recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du Grand Recueil de G. Fr. de Martens*, troisième série, t. XI, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, p. 323.
Pacte de la Société des Nations (Versailles, 28 juin 1919)	Société des Nations, *Journal officiel*, n° 1, février 1920, p. 3.
Privilèges et immunités, relations diplomatiques et consulaires	
Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (New York, 13 février 1946)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1, n° 4, p. 15, et vol. 90, p. 327.
Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées (New York, 21 novembre 1947)	Ibid., vol. 33, n° 521, p. 261.
Accord sur les privilèges et immunités de l'Agence internationale de l'énergie atomique (Vienne, 1er juillet 1959)	Ibid., vol. 374, n° 5334, p. 147.
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Ibid., vol. 500, n° 7310, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., vol. 596, n° 8638, p. 261.
Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Convention de Vienne de 1983) [Vienne, 8 avril 1983]	*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, Vienne, 1er mars-8 avril 1983*, vol. II (A/CONF.117/16/Add.l) [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.94.V.6, vol. II], p. 145.
Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004)	*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49* (A/59/49), vol. I, résolution 59/38, annexe.
Droits de l'homme	
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1021, p. 277.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.
Protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances (Vilnius, 3 mai 2002)	Ibid., vol. 2246, p. 110.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965). Ouverte à la signature à New York le 7 mars 1966.	Ibid., vol. 660, n° 9464, p. 195.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 993, n° 14531, p. 3.
Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 10 décembre 2008)	*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 49* (A/63/49), vol. I, résolution 63/117, annexe.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668, p. 171.

	Sources
Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid.
Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica) [San José, 22 novembre 1969]	Ibid., vol. 1144, nº 17955, p. 123.
Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973)	Ibid., vol. 1015, nº 14861, p. 243.
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979)	Ibid., vol. 1249, nº 20378, p. 13.
Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (La Haye, 25 octobre 1980)	Ibid., vol. 1343, nº 22514, p. 89.
Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981)	Ibid., vol. 1520, nº 26363, p. 217.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	Ibid., vol. 1465, nº 24841, p. 85.
Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture [Carthagène des Indes (Colombie), 9 décembre 1985]	Organisation des États américains, *Treaty Series*, nº 67.
Convention de l'OIT (nº 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (Genève, 27 juin 1989)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1650, nº 28383, p. 383.
Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989)	Ibid., vol. 1577, nº 27531, p. 3.
Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (New York, 25 mai 2000)	Ibid., vol. 2171, nº 27531, p. 227.
Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (Addis-Abeba, 11 juillet 1990)	*Droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux, vol. II : Instruments régionaux* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.97.XIV.1), sect. C, nº 39.
Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (New York, 18 décembre 1990)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2220, nº 39481, p. 3.
Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes [Belém do Pará (Brésil), 9 juin 1994]	Organisation des États américains, Documents officiels, OEA/Ser.A/55.
Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (Varsovie, 16 mai 2005)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2569, nº 45795, p. 33.
Convention relative aux droits des personnes handicapées (New York, 13 décembre 2006)	Ibid., vol. 2515, nº 44910, p. 3.
Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (New York, 20 décembre 2006)	Ibid., vol. 2716, nº 48088, p. 3.
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Strasbourg, 12 décembre 2007)	*Journal officiel de l'Union européenne*, C 83, 30 mars 2010, p. 389.
Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Istanbul, 11 mai 2011)	Conseil de l'Europe, *Série des Traités du Conseil de l'Europe*, nº 210.
Nationalité et apatridie	
Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (La Haye, 12 avril 1930)	Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 179, nº 4137, p. 89.
Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, nº 2545, p. 137.
Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967)	Ibid., vol. 606, nº 8791, p. 267.
Stupéfiants et substances psychotropes	
Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (New York, 30 mars 1961)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 520, nº 7515, p. 151.
Santé	
Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (Genève, 21 mai 2003)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2302, nº 41032, p. 166.

	Sources
Commerce international et développement	
Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) [Genève, 30 octobre 1947]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 55, nº 814, p. 187.
Convention et statut relatifs à la mise en valeur du bassin du Tchad (Fort-Lamy, 22 mai 1964)	*Journal officiel de la République fédérale du Cameroun*, 15 septembre 1964, 4e année, nº 18, p. 1003 ; ou *Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation : Afrique*, Ressources naturelles/Série eau nº 13 (publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.84.II.A.7), p. 8.
Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, nº 8359, p. 159.
Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers (Kyoto, 18 mai 1973) et Protocole d'amendement (Bruxelles, 26 juin 1999) [Convention de Kyoto révisée]	Ibid., vol. 950, nº 13561, p. 269 ; et ibid., vol. 2370, nº 13561, p. 27.
Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) [Mexico, Ottawa et Washington, 17 décembre 1992]	Ottawa, Ministère canadien des approvisionnements et services, 1992. Disponible sur le site Web du secrétariat de l'ALENA : www.nafta-sec-alena.org.
Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Marrakech, 15 avril 1994)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1867 à 1869, nº 31874.
Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT de 1994) (annexe 1A)	
Accord sur les obstacles techniques au commerce (annexe 1A)	
Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (annexe 1 C)	
Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (annexe 2)	
Aviation civile	
Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (Varsovie, 12 octobre 1929)	Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 137, nº 3145, p. 11.
Protocole portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international signée à Varsovie le 12 octobre 1929 (La Haye, 28 septembre 1955)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 478, nº 6943, p. 371.
Convention relative à l'aviation civile internationale (Chicago, 7 décembre 1944)	Ibid., vol. 15, nº 102, p. 295, et *annexe 9, Facilitation*, 13e éd. (juillet 2011), disponible sur le site Web de l'Organisation de l'aviation civile internationale : www.icao.int.
Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 860, nº 12325, p. 105.
Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 23 septembre 1971)	Ibid., vol. 974, nº 14118, p. 177.
Navigation	
Convention portant création de l'Organisation maritime internationale (Genève, 6 mars 1948)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 289, nº 4214, p. 3, et vol. 1276, p. 468.
Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (Rome, 10 mars 1988)	Ibid., vol. 1678, nº 29004, p. 201.
Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental (Rome, 10 mars 1988)	Ibid.
Protocole de 2005 relatif au Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental (Londres, 14 octobre 2005)	Organisation maritime internationale, document LEG/CONF.15/22 du 1er novembre 2005.

	Sources
Questions pénales	
Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (New York, 26 novembre 1968)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 754, nº 10823, p. 73.
Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973)	Ibid., vol. 1035, nº 15410, p. 167.
Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (Strasbourg, 25 janvier 1974)	Ibid., vol. 2245, nº 39987, p. 307.
Convention de l'Organisation de l'Unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique (Libreville, 3 juillet 1977)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1490, nº 25573, p. 89.
Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979)	Ibid., vol. 1316, nº 21931, p. 205.
Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (New York, 4 décembre 1989)	Ibid., vol. 2163, nº 37789, p. 75.
Convention interaméricaine sur le trafic international des mineurs (Mexico, 18 mars 1994)	Organisation des États américains, *Treaty Series*, nº 79.
Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (New York, 9 décembre 1994)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2051, nº 35457, p. 363.
Convention interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996)	E/1996/99
Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (Paris, 17 décembre 1997)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2802, nº 49274, p. 225.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Ibid., vol. 2187, nº 38544, p. 3.
Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27 janvier 1999)	Ibid., vol. 2216, nº 39391, p. 225.
Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 15 mai 2003)	Ibid., vol. 2466, nº 39391, p. 168.
Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (New York, 15 novembre 2000)	Ibid., vol. 2225, nº 39574, p. 209.
Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (New York, 15 novembre 2000)	Ibid., vol. 2237, nº 39574, p. 319.
Protocole de la Communauté de développement de l'Afrique australe contre la corruption [Blantyre (Malawi), 14 août 2001]	Disponible sur le site Web de la Communauté de développement de l'Afrique australe (www.sadc.int), dans *Documents & Publications.*
Convention sur la cybercriminalité (Budapest, 23 novembre 2001)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2296, nº 40916, p. 167.
Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption (Maputo, 11 juillet 2003)	*International Legal Materials*, vol. 43 (2004), p. 5.
Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, nº 42146, p. 41.
Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo) [Malabo, 27 juin 2014]	Disponible sur le site Web de l'Union africaine (https://au.int/fr), dans « Traités », puis « Traités relatifs aux droits de l'homme ».
Droit de la mer	
Conventions de Genève sur le droit de la mer (Genève, 29 avril 1958)	
Convention sur la haute mer	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 450, nº 6465, p. 11.
Convention sur le plateau continental	Ibid., vol. 499, nº 7302, p. 311.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Ibid., vol. 1834, nº 31363, p. 3.
Droit des traités	
Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, nº 18232, p. 331.

	Sources
Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Convention de Vienne de 1978) [Vienne, 23 août 1978]	Ibid., vol. 1946, n° 33356, p. 3.
Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) [Vienne, 21 mars 1986]	A/CONF.129/15, dans *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, Vienne, 18 février-21 mars 1986*, vol. II, A/CONF.129/16/Add.1 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.94.V.5), p. 93.

Assistance

Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique (Vienne, 26 septembre 1986)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1457, n° 24643, p. 133.
Convention interaméricaine visant à faciliter l'apport d'assistance dans les cas de catastrophes (Santiago, 7 juin 1991)	Organisation des États américains, *Documentos Oficiales*, OEA/Ser.A/49.
Accord entre les gouvernements des États participants de l'Organisation de coopération économique de la mer Noire relatif à la collaboration en matière d'aide et d'intervention d'urgence en cas de catastrophe naturelle ou due à l'homme (Sotchi, 15 avril 1998)	Disponible en anglais sur le site Web de l'Organisation de coopération économique de la mer Noire : www.bsec-organization.org.
Convention cadre d'assistance en matière de protection civile (Genève, 22 mai 2000)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2172, n° 38131, p. 213.
Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence (Vientiane, 26 juillet 2005)	*ASEAN Documents Series 2005*, p. 157.
Accord de l'Association sud-asiatique de coopération régionale sur l'intervention rapide en cas de catastrophes naturelles [Addu (Maldives), 11 novembre 2011]	Disponible en anglais sur le site Web de l'Association sud-asiatique de coopération régionale : http://saarc-sec.org/.

Lutte contre le terrorisme international

Convention pour la prévention ou la répression des actes de terrorisme qui prennent la forme de délits contre les personnes ainsi que de l'extorsion connexe à ces délits lorsque de tels actes ont des répercussions internationales (Washington, 2 février 1971)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1438, n° 24381, p. 191.
Convention européenne pour la répression du terrorisme (Strasbourg, 27 janvier 1977)	Ibid., vol. 1137, n° 17828, p. 93.
Convention régionale de l'Association sud-asiatique de coopération régionale (ASACR) sur la répression du terrorisme (Katmandou, 4 novembre 1987)	*Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme international* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.08.V.2), p. 180.
Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 décembre 1997)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2149, n° 37517, p. 256.
Convention arabe relative à la répression du terrorisme (Le Caire, 22 avril 1998)	*Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme international* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.08.V.2), p. 185.
Convention de l'Organisation de la Conférence islamique pour combattre le terrorisme international (Ouagadougou, 1er juillet 1999)	Ibid., p. 211.
Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme (Alger, 14 juillet 1999)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2219, n° 39464, p. 179.
Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (New York, 9 décembre 1999)	Ibid., vol. 2178, n° 38349, p. 197.
Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (New York, 13 avril 2005)	Ibid., vol. 2445, n° 44004, p. 89.
Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (Varsovie, 16 mai 2005)	Ibid., vol. 2488, n° 44655, p. 129.

	Sources
Convention de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme [Cebu (Philippines), 13 janvier 2007]	*Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme international* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.08.V.2), p. 347.
Télécommunications	
Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe (Convention de Tampere) [Tampere, 18 juin 1998]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2296, n° 40906, p. 5.
Droit applicable aux conflits armés	
Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (Genève, 22 août 1864)	CICR, *Manuel de la Croix-Rouge internationale*, 12e éd., Genève, 1983, p. 19.
Conventions de La Haye de 1899 et 1907 : Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 18 octobre 1907) ; Convention VIII relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact (La Haye, 18 octobre 1907) ; Convention IX concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre (La Haye, 18 octobre 1907)	J. B. Scott (dir. publ.), *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918, p. 100, 151 et 157.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne (Genève, 27 juillet 1929)	Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 118, n° 2733, p. 303.
Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (Londres, 8 août 1945)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, n° 251, p. 279.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]	Ibid., vol. 75, nos 970 à 973, p. 31.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (première Convention de Genève)	Ibid., vol. 75, n° 970, p. 31.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (deuxième Convention de Genève)	Ibid., vol. 75, n° 971, p. 85.
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève)	Ibid., vol. 75, n° 972, p. 135.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève)	Ibid., vol. 75, n° 973, p. 287.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) [Genève, 8 juin 1977], et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [Genève, 8 juin 1977]	Ibid., vol. 1125, nos 17512 et 17513, p. 3 et p. 609.
Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (Convention de La Haye) [La Haye, 14 mai 1954]	Ibid., vol. 249, n° 3511, p. 215.
Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 26 mars 1999)	Ibid., vol. 2253, n° 3511, p. 172.
Désarmement	
Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (Londres, Moscou et Washington, 1er juillet 1968)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 729, n° 10485, p. 161.
Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction (Londres, Moscou et Washington, 10 avril 1972)	Ibid., vol. 1015, n° 14860, p. 163.
Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (Convention sur certaines armes classiques) [Genève, 10 octobre 1980]	Ibid., vol. 1342, n° 22495, p. 137.
Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II) [Genève, 10 octobre 1980] et Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996 (Protocole II modifié), annexé à la Convention (Genève, 3 mai 1996)	Ibid., vol. 1342, n° 22495, p. 137, et ibid., vol. 2048, n° 22495, p. 93 (Protocole II modifié).
Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires (Protocole III) [Genève, 10 octobre 1980]	Ibid., vol. 1342, n° 22495, p. 137.

	Sources
Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (ouverte à la signature à Paris le 13 janvier 1993)	Ibid., vol. 1975, nº 33757, p. 3.
Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (Convention d'Ottawa) [Oslo, 18 septembre 1997]	Ibid., vol. 2056, nº 35597, p. 211.
Convention interaméricaine contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de munitions, d'explosifs et d'autres matériels connexes (Washington, 14 novembre 1997)	Ibid., vol. 2029, nº 35005, p. 55.
Convention sur les armes à sous-munitions (Convention de Dublin) [Dublin, 30 mai 2008]	Ibid., vol. 2688, nº 47713, p. 39.
Responsabilité	
Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (Lugano, 21 juin 1993)	Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, nº 150.
Environnement et ressources naturelles	
Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (Washington, 2 décembre 1946)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 161, nº 2124, p. 72.
Traité sur l'Antarctique (Washington, 1er décembre 1959)	Ibid., vol. 402, nº 5778, p. 71.
Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau [Ramsar (Iran), 2 février 1971]	Ibid., vol. 996, nº 14583, p. 245.
Protocole en vue d'amender la Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau (Paris, 3 décembre 1982)	Ibid., vol. 1437, nº 14583, p. 344.
Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (Londres, Mexico, Moscou et Washington, le 29 décembre 1972)	Ibid., vol. 1046, nº 15749, p. 120.
Protocole de 1996 à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (Londres, 7 novembre 1996)	Organisation maritime internationale, *Convention de Londres de 1972 : Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et Protocole LC de 1996*, 2e éd., Londres, 2003 (numéro de vente IA534F).
Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (Washington, 3 mars 1973)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, nº 14537, p. 243.
Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (New York, 10 décembre 1976)	Ibid., vol. 1108, nº 17119, p. 151.
Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979)	Ibid., vol. 1302, nº 21623, p. 217.
Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (Vienne, 22 mars 1985)	Ibid., vol. 1513, nº 26164, p. 293.
Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Montréal, 16 septembre 1987)	Ibid., vol. 1522, nº 26369, p. 3. Pour les amendements de Copenhague et de Beijing, voir ibid., respectivement vol. 1785, p. 517, et vol. 2173, p. 183. Le Protocole tel qu'ajusté et amendé est paru dans Programme des Nations Unies pour l'environnement, *Manuel du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, 8e éd., 2009.
Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Bâle, 22 mars 1989)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1673, nº 28911, p. 57.
Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière [Espoo (Finlande), 25 février 1991]	Ibid., vol. 1989, nº 34028, p. 309.
Protocole à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale (Kiev, 21 mai 2003)	Ibid., vol. 2685, nº 34028, p. 140.
Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Helsinki, 17 mars 1992)	Ibid., vol. 1936, nº 33207, p. 269.
Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (Helsinki, 17 mars 1992)	Ibid., vol. 2105, nº 36605, p. 457.
Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992)	Ibid., vol. 1771, nº 30822, p. 107.

	Sources
Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Kyoto, 11 décembre 1997)	Ibid., vol. 2303, nº 30822, p. 162.
Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992)	Ibid., vol. 1760, nº 30619, p. 79.
Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR) [Paris, 22 septembre 1992]	Ibid., vol. 2354, nº 42279, p. 67.
Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (Paris, 14 octobre 1994)	Ibid., vol. 1954, nº 33480, p. 3.
Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (New York, 21 mai 1997)	*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément nº 49* (A/51/49), vol. III, résolution 51/229, annexe.
Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) [Aarhus (Danemark), 25 juin 1998]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2161, nº 37770, p. 447.
Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (Stockholm, 22 mai 2001)	Ibid., vol. 2256, nº 40214, p. 119.
Convention de Minamata sur le mercure [Kumamoto (Japon), 10 octobre 2013]	Ibid., nº 54669 (le numéro de volume reste à déterminer). Disponible à l'adresse suivante : https://treaties.un.org.
Accord de Paris (12 décembre 2015)	Rapport de la Conférence des Parties sur sa vingt et unième session, tenue à Paris du 30 novembre au 13 décembre 2015, additif : décisions adoptées par la Conférence des Parties (FCCC/CP/2015/10/Add.1), décision 1/CP.21, annexe. Voir aussi Nations Unies, *Recueil des Traités*, nº 54113 (le numéro de volume reste à déterminer). Disponible à l'adresse suivante: https://treaties.un.org.

Droit international général

Acte général de la Conférence internationale d'Algésiras (Algésiras, 7 avril 1906)	*The Consolidated Treaty Series*, Dobbs Ferry (New York), Oceana Publications, 1980, vol. 201 (1906), p. 39 et suiv.
Constitution de l'Organisation internationale du Travail (Versailles, 28 juin 1919) [amendée en 1922, 1945, 1946, 1953, 1962 et 1972]	Disponible sur le site Web de l'OIT : www.ilo.org.
Convention sur l'asile politique (Montevideo, 26 décembre 1933)	*Final Act of the Seventh International Conference of American States*, Montevideo, 3-26 décembre 1933, p. 168.
Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé (New York, 22 juillet 1946)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 14, nº 221, p. 185.
Accord sur les dettes extérieures allemandes (Londres, 27 février 1953)	Ibid., vol. 333, nº 4764, p. 3.
Convention pour l'établissement d'une Organisation européenne pour la recherche nucléaire (Paris, 1er juillet 1953)	Ibid., vol. 200, nº 2701, p. 149.
Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957)	Ibid., vol. 294, nº 4300, p. 3. Voir également la version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, *Journal officiel des Communautés européennes*, C 325, 24 décembre 2002, p. 33.
Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (Paris, 16 novembre 1972)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, Ibid., vol. 1037, nº 15511, p. 151.
Convention visant à faciliter le trafic maritime international (Londres, 9 avril 1965) et modification de l'annexe à la Convention (Londres, 10 novembre 1977)	Ibid., vol. 591 et 1110, nº 8564, respectivement p. 265 et 318.
Traité sur l'Union européenne (Traité de Maastricht) [Maastricht, 7 février 1992]	Ibid., vol. 1757, nº 30615, p. 3.
Accord sur les questions de succession (Vienne, 29 juin 2001)	Ibid., vol. 2262, nº 40296, p. 251.
Traité instituant le mécanisme européen de stabilité (Bruxelles, 2 février 2012)	Conseil de l'Europe, T/ESM/fr.

Chapitre I

ORGANISATION DE LA SESSION

1. La Commission du droit international a tenu sa soixante-huitième session à son siège, à l'Office des Nations Unies à Genève, du 2 mai au 10 juin 2016 pour la première partie de la session et du 4 juillet au 12 août 2016 pour la seconde partie. La session a été ouverte par M. Narinder Singh, Président de la Commission à la soixante-septième session.

A. Membres de la Commission

2. La Commission se compose des membres suivants :

M. Mohammed Bello Adoke (Nigéria)

M. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)

M. Lucius Caflisch (Suisse)

M. Enrique J. A. Candioti (Argentine)

M. Pedro Comissário Afonso (Mozambique)

M. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman Gouider (Libye)

M^me^ Concepción Escobar Hernández (Espagne)

M. Mathias Forteau (France)

M. Juan Manuel Gómez Robledo (Mexique)

M. Hussein A. Hassouna (Égypte)

M. Mahmoud D. Hmoud (Jordanie)

M. Huikang Huang (Chine)

M^me^ Marie G. Jacobsson (Suède)

M. Maurice Kamto (Cameroun)

M. Kriangsak Kittichaisaree (Thaïlande)

M. Roman A. Kolodkin (Fédération de Russie)

M. Ahmed Laraba (Algérie)

M. Donald M. McRae (Canada)

M. Shinya Murase (Japon)

M. Sean D. Murphy (États-Unis d'Amérique)

M. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)

M. Georg Nolte (Allemagne)

M. Ki Gab Park (République de Corée)

M. Chris Maina Peter (République-Unie de Tanzanie)

M. Ernest Petrič (Slovénie)

M. Gilberto Vergne Saboia (Brésil)

M. Narinder Singh (Inde)

M. Pavel Šturma (République tchèque)

M. Dire D. Tladi (Afrique du Sud)

M. Eduardo Valencia-Ospina (Colombie)

M. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Équateur)

M. Amos S. Wako (Kenya)

M. Nugroho Wisnumurti (Indonésie)

Sir Michael Wood (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)

B. Bureau et bureau élargi

3. À sa 3291^e^ séance, le 2 mai 2016, la Commission a élu le Bureau suivant :

Président : M. Pedro Comissário Afonso (Mozambique)

Premier Vice-Président : M. Georg Nolte (Allemagne)

Second Vice-Président : M. Gilberto Vergne Saboia (Brésil)

Président du Comité de rédaction : M. Pavel Šturma (République tchèque)

Rapporteur : M. Ki Gab Park (République de Corée)

4. Le bureau élargi de la Commission se composait des membres du Bureau élus pour la session, des anciens présidents de la Commission[1] et des rapporteurs spéciaux[2].

5. La Commission a constitué un groupe de planification composé des membres suivants : M. Georg Nolte

[1] M. Lucius Caflisch, M. Enrique J. A. Candioti, M. Maurice Kamto, M. Bernd H. Niehaus, M. Ernest Petrič, M. Narinder Singh et M. Nugroho Wisnumurti.

[2] M^me^ Concepción Escobar Hernández, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M^me^ Marie G. Jacobsson, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Georg Nolte, M. Dire D. Tladi, M. Eduardo Valencia-Ospina et Sir Michael Wood.

(Président), M. Lucius Caflisch, M. Pedro Comissário Afonso, M. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman Gouider, Mme Concepción Escobar Hernández, M. Mathias Forteau, M. Hussein A. Hassouna, M. Mahmoud D. Hmoud, Mme Marie G. Jacobsson, M. Kriangsak Kittichaisaree, M. Roman A. Kolodkin, M. Ahmed Laraba, M. Donald M. McRae, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Bernd H. Niehaus, M. Ernest Petrič, M. Pavel Šturma, M. Dire D. Tladi, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, M. Amos S. Wako, M. Nugroho Wisnumurti, Sir Michael Wood et M. Ki Gab Park (membre de droit).

C. Comité de rédaction

6. À ses 3295e, 3302e, 3304e, 3307e, 3311e, 3315e et 3322e séances, tenues les 10, 20, 25 et 31 mai et le 7 juin, et les 5 et 18 juillet 2016, la Commission a constitué un comité de rédaction composé des membres suivants pour les sujets indiqués :

a) *Protection des personnes en cas de catastrophe* : M. Pavel Šturma (Président), M. Eduardo Valencia-Ospina (Rapporteur spécial), M. Mathias Forteau, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Huikang Huang, M. Maurice Kamto, M. Kriangsak Kittichaisaree, M. Roman A. Kolodkin, M. Donald M. McRae, M. Sean D. Murphy, M. Georg Nolte, M. Ernest Petrič, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Narinder Singh, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Ki Gab Park (membre de droit) ;

b) *Crimes contre l'humanité* : M. Pavel Šturma (Président), M. Sean D. Murphy (Rapporteur spécial), Mme Concepción Escobar Hernández, M. Mathias Forteau, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Maurice Kamto, M. Kriangsak Kittichaisaree, M. Roman A. Kolodkin, M. Donald M. McRae, M. Ernest Petrič, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Narinder Singh, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, M. Amos S. Wako, Sir Michael Wood et M. Ki Gab Park (membre de droit) ;

c) *Détermination du droit international coutumier* : M. Pavel Šturma (Président), Sir Michael Wood (Rapporteur spécial), M. Pedro Comissário Afonso, Mme Concepción Escobar Hernández, M. Mathias Forteau, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Maurice Kamto, M. Kriangsak Kittichaisaree, M. Roman A. Kolodkin, M. Donald M. McRae, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Georg Nolte, M. Ernest Petrič, M. Dire D. Tladi, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez et M. Ki Gab Park (membre de droit) ;

d) *Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités* : M. Pavel Šturma (Président), M. Georg Nolte (Rapporteur spécial), M. Mahmoud D. Hmoud, M. Maurice Kamto, M. Kriangsak Kittichaisaree, M. Roman A. Kolodkin, M. Donald M. McRae, M. Sean D. Murphy, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Ki Gab Park (membre de droit) ;

e) *Protection de l'atmosphère* : M. Pavel Šturma (Président), M. Shinya Murase (Rapporteur spécial), M. Mathias Forteau, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Kriangsak Kittichaisaree, M. Donald M. McRae, M. Sean D. Murphy, M. Bernd H. Niehaus, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Ki Gab Park (membre de droit) ;

f) *Application provisoire des traités* : M. Pavel Šturma (Président), M. Juan Manuel Gómez Robledo (Rapporteur spécial), M. Mathias Forteau, M. Maurice Kamto, M. Roman A. Kolodkin, M. Donald M. McRae, M. Georg Nolte, M. Ernest Petrič, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Ki Gab Park (membre de droit) ;

g) *Jus cogens* : M. Pavel Šturma (Président), M. Dire D. Tladi (Rapporteur spécial), M. Enrique J. A. Candioti, Mme Concepción Escobar Hernández, M. Mathias Forteau, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Maurice Kamto, M. Kriangsak Kittichaisaree, M. Roman A. Kolodkin, M. Donald M. McRae, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Georg Nolte, M. Ernest Petrič, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Narinder Singh, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Ki Gab Park (membre de droit) ;

h) *Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés* : M. Pavel Šturma (Président), Mme Marie G. Jacobsson (Rapporteuse spéciale), Mme Concepción Escobar Hernández, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Kriangsak Kittichaisaree, M. Roman A. Kolodkin, M. Donald M. McRae, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Ki Gab Park (membre de droit).

7. Le Comité de rédaction a tenu un total de 51 séances sur les huit sujets susmentionnés.

D. Groupes de travail

8. À sa 3291e séance, le 2 mai 2016, la Commission a constitué un *Groupe de travail sur la détermination du droit international coutumier* : M. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Président), Sir Michael Wood (Rapporteur spécial), M. Pedro Comissário Afonso, Mme Concepción Escobar Hernández, M. Mathias Forteau, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Maurice Kamto, M. Kriangsak Kittichaisaree, M. Roman A. Kolodkin, M. Donald M. McRae, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Ernest Petrič, M. Pavel Šturma et M. Ki Gab Park (membre de droit).

9. Le Groupe de planification a reconstitué le *Groupe de travail sur le programme de travail à long terme* : M. Donald M. McRae (Président), M. Lucius Caflisch, M. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman Gouider, Mme Concepción Escobar Hernández, M. Mathias Forteau, M. Hussein A. Hassouna, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Maurice Kamto, M. Kriangsak Kittichaisaree, M. Roman A. Kolodkin, M. Ahmed Laraba, M. Shinya Murase, M. Georg Nolte, M. Ernest Petrič, M. Pavel Šturma, M. Dire D. Tladi, M. Amos S. Wako, M. Nugroho Wisnumurti, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Ki Gab Park (membre de droit).

E. Secrétariat

10. M. Miguel de Serpa Soares, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, représentait le

Secrétaire général. M. Huw Llewellyn, Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, assumait les fonctions de secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique, a représenté le Secrétaire général. M. Arnold Pronto, juriste principal, assumait les fonctions de sous-secrétaire principal, M. Trevor Chimimba, juriste hors classe, celles de secrétaire assistant principal, et M^me^ Patricia Georget, M^me^ Hanna Dreifeldt-Lainé et M. David Nanopoulos, juristes, celles de secrétaires assistants de la Commission.

F. Ordre du jour

11. À sa 3291^e^ séance, le 2 mai 2016, la Commission a adopté pour sa soixante-huitième session l'ordre du jour suivant :

1. Organisation des travaux de la session.
2. Protection des personnes en cas de catastrophe.
3. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.
4. Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.
5. Application provisoire des traités.
6. Détermination du droit international coutumier.
7. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.
8. Protection de l'atmosphère.
9. Crimes contre l'humanité.
10. *Jus cogens*.
11. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
12. Dates et lieu de la soixante-neuvième session.
13. Coopération avec d'autres organismes.
14. Questions diverses.

Chapitre II

RÉSUMÉ DES TRAVAUX DE LA COMMISSION À SA SOIXANTE-HUITIÈME SESSION

12. Pour l'examen du sujet « Protection des personnes en cas de catastrophe », la Commission était saisie du huitième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/697), qui présentait les observations des États et des organisations internationales, ainsi que d'autres entités, à propos du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe adopté en première lecture à la soixante-sixième session (2014)[3], et contenait des recommandations destinées à être examinées par la Commission en seconde lecture. La Commission était également saisie des commentaires et des observations reçus des gouvernements et des organisations internationales (A/CN.4/696 et Add.1) sur le projet d'articles adopté en première lecture.

13. La Commission a ensuite adopté, en seconde lecture, un projet de préambule et 18 projets d'article, ainsi que les commentaires y relatifs, sur la protection des personnes en cas de catastrophe et, en application de l'article 23 de son statut, a recommandé à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention sur la base du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe (chap. IV).

14. Pour l'examen du sujet « Détermination du droit international coutumier », la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/695 et Add.1), qui contenait, en particulier, des propositions de modifications à apporter à plusieurs projets de conclusion à la lumière des observations formulées par les gouvernements. Le rapport examinait également les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier. Enfin, il contenait une bibliographie sur le sujet. En outre, la Commission était saisie d'une étude du Secrétariat sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/691).

15. Après avoir examiné le sujet au cours de la session, la Commission a adopté en première lecture un ensemble de 16 projets de conclusion, ainsi que les commentaires y relatifs, sur la détermination du droit international coutumier. Elle a décidé, en application des articles 16 à 21 de son statut, de transmettre le projet de conclusions, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations, en demandant que ces commentaires et observations soient soumis au Secrétaire général au plus tard le 1er janvier 2018 (chap. V).

16. Pour l'examen du sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/694), qui examinait la valeur juridique qu'il convenait d'accorder aux décisions des organes d'experts et aux décisions des juridictions nationales aux fins de l'interprétation des traités et en tant que formes de pratique découlant de traités. Le rapport examinait également la structure et le champ d'application du projet de conclusions.

17. Après avoir examiné le sujet au cours de la session, la Commission a adopté en première lecture un ensemble de 13 projets de conclusion, ainsi que les commentaires y relatifs, sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Elle a décidé, en application des articles 16 à 21 de son statut, de transmettre le projet de conclusions, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations, en demandant que ces commentaires et observations soient soumis au Secrétaire général au plus tard le 1er janvier 2018 (chap. VI).

18. Pour le sujet « Crimes contre l'humanité », la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/690), ainsi que d'une étude du Secrétariat contenant des informations sur les mécanismes conventionnels de suivi qui pourraient être pertinents pour les travaux futurs de la Commission (A/CN.4/698). Le deuxième rapport traitait notamment de l'incrimination en droit interne, de l'établissement de compétence interne, de l'enquête générale et de la coopération aux fins de l'identification de l'auteur présumé, de l'exercice par l'État de sa compétence nationale lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire, du principe *aut dedere aut judicare* et du traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction.

19. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction le projet d'articles proposé par le Rapporteur spécial. Après avoir examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.873), elle a provisoirement adopté les projets d'articles 5 à 10, ainsi que les commentaires y relatifs. Elle a également décidé de soumettre la question de la responsabilité des personnes morales au Comité de rédaction. Après avoir examiné un autre rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.873/Add.1), elle a provisoirement adopté le paragraphe 7 du projet d'article 5, ainsi que le commentaire y relatif (chap. VII).

20. Pour le sujet « Protection de l'atmosphère », la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/692), qui, s'appuyant sur les deux rapports précédents[4], analysait plusieurs questions clefs

[3] *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 64 et suiv., par. 55 et 56.

[4] *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/667 (premier rapport) ; et *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/681 (deuxième rapport).

se rapportant au sujet, à savoir l'obligation incombant aux États de prévenir la pollution atmosphérique et d'atténuer la dégradation atmosphérique, l'obligation de diligence requise et celle de réaliser une étude d'impact sur l'environnement. Le rapport examinait également différentes questions concernant l'utilisation durable et équitable de l'atmosphère, ainsi que les limites juridiques à certaines activités visant à modifier intentionnellement l'atmosphère. Cinq projets de directive ont ainsi été proposés concernant l'obligation faite aux États de protéger l'environnement, l'étude d'impact sur l'environnement, l'utilisation durable de l'atmosphère, l'utilisation équitable de l'atmosphère, et la géo-ingénierie, ainsi qu'un projet d'alinéa du préambule supplémentaire.

21. À l'issue du débat au sein de la Commission, débat qui avait été précédé par un dialogue avec des scientifiques, organisé par le Rapporteur spécial, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les cinq projets de directive, ainsi que le projet d'alinéa du préambule, tels qu'ils figuraient dans le troisième rapport du Rapporteur spécial. Après avoir examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.875), elle a provisoirement adopté les projets de directives 3, 4, 5, 6 et 7 et le projet d'alinéa du préambule, ainsi que les commentaires y relatifs (chap. VIII).

22. Pour le sujet « *Jus cogens* », la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/693), qui traitait de questions conceptuelles soulevées par les normes impératives (*jus cogens*), notamment de leur nature et de leur définition, et retraçait l'évolution historique des normes impératives et, avant cela, l'acceptation en droit international des éléments fondamentaux de la notion de normes impératives de droit international général. Le rapport soulevait en outre plusieurs questions méthodologiques que la Commission a été invitée à commenter, et revenait sur les débats tenus à la Sixième Commission en 2014 et en 2015. La Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 1 et 3 tels qu'ils figuraient dans le rapport du Rapporteur spécial. Elle a ensuite pris note du rapport provisoire du Président du Comité de rédaction sur les projets de conclusions 1 et 2 [3], adoptés provisoirement par le Comité, qui avait été soumis à la Commission pour information (chap. IX).

23. Pour le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés », la Commission était saisie du troisième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/700), qui visait essentiellement à déterminer les règles applicables aux situations d'après-conflit, tout en traitant également de certaines mesures de prévention à prendre pendant la phase précédant le conflit. Le rapport contenait trois projets de principe sur les mesures de prévention, cinq relatifs principalement à la phase d'après-conflit et un autre sur les droits des peuples autochtones. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction le projet de principes tel qu'il figurait dans le rapport de la Rapporteuse spéciale. Elle a ensuite reçu le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.876), et pris note des projets de principes 4, 6, 7, 8, 14, 15, 16, 17 et 18, provisoirement adoptés par le Comité de rédaction. La Commission a en outre provisoirement adopté les projets de principe dont elle avait pris note à sa soixante-septième session[5], qui avaient été renumérotés et révisés pour des raisons techniques (A/CN.4/L.870/Rev.1) par le Comité de rédaction au cours de la session, ainsi que les commentaires y relatifs (chap. X).

24. Pour le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », la Commission était saisie du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/701), qui analysait la question des limitations et des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Étant donné qu'au moment de l'examen du rapport, celui-ci n'avait été fourni à la Commission que dans deux des six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, le débat au sein de la Commission avait été entamé, faisant intervenir les membres qui souhaitaient commenter le cinquième rapport à la soixante-huitième session ; il serait poursuivi à la soixante-neuvième session de la Commission.

25. Après avoir examiné le rapport du Comité de rédaction sur les travaux réalisés précédemment et dont la Commission avait pris note lors de sa soixante-septième session[6], la Commission a provisoirement adopté les projets d'articles 2 *f* et 6, ainsi que les commentaires y relatifs (chap. XI).

26. Pour le sujet « Application provisoire des traités », la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/699 et Add.1), dans lequel celui-ci poursuivait son analyse du rapport entre l'application à titre provisoire et les autres dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, et de la pratique des organisations internationales pour ce qui était de l'application provisoire des traités. Le rapport contenait une proposition de projet de directive 10 sur le droit interne et le respect de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. L'additif au rapport contenait des exemples de pratiques récentes de l'Union européenne concernant l'application provisoire d'accords avec des États tiers.

27. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction le projet de directive 10, tel qu'il figurait dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial. Elle a ensuite reçu le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.877), et pris note des projets de directives 1 à 4 et 6 à 9, provisoirement adoptés par le Comité de rédaction au cours des soixante-septième et soixante-huitième sessions. Le projet de directive 5 sur les déclarations unilatérales avait été laissé en suspens par le Comité de rédaction, qui devait y revenir à un stade ultérieur (chap. XII).

28. Pour ce qui concerne les « Autres décisions et conclusions de la Commission », la Commission a décidé de demander au Secrétariat d'établir une étude sur les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, étude qui ferait le point sur l'état actuel de la documentation relative au droit international coutumier et comporterait

[5] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 68, par. 134.

[6] A/CN.4/L.865 (disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-septième session) ; voir aussi *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 75, par. 176.

des propositions d'améliorations à y apporter, ainsi qu'une étude analysant la pratique des États dans le contexte des traités (bilatéraux et multilatéraux) déposés ou enregistrés au cours des vingt dernières années auprès du Secrétaire général et prévoyant leur application provisoire, y compris les formalités conventionnelles y relatives (chap. XIII, sect. A).

29. La Commission a également constitué un groupe de planification chargé d'examiner son programme, ses procédures et ses méthodes de travail (chap. XIII, sect. B). Elle a décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme les sujets ci-après : *a*) Le règlement des différends internationaux auxquels des organisations internationales sont parties ; et *b*) La succession d'États en matière de responsabilité de l'État (ibid.).

30. La Commission a recommandé que la première partie de sa soixante-dixième session se tienne à New York, et a demandé au Secrétariat de prendre les dispositions nécessaires, sur le plan administratif et du point de vue de l'organisation, afin de faciliter la mise en œuvre de cette recommandation. Elle a recommandé qu'une manifestation commémorative soit organisée au cours de sa soixante-dixième session, en 2018, pour marquer son soixante-dixième anniversaire. Cette manifestation commémorative se déroulerait en deux parties : la première pendant la première partie de sa soixante-dixième session, dont elle a recommandé qu'elle se tienne à New York, et la seconde pendant la seconde partie de sa soixante-dixième session, à Genève (ibid.).

31. La Commission a poursuivi son échange d'informations avec la Cour internationale de Justice, le Comité juridique interaméricain et le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe. Un échange de vues informel a eu lieu entre les membres de la Commission et des représentants du Comité international de la Croix-Rouge (chap. XIII, sect. D).

32. La Commission a décidé que sa soixante-neuvième session se tiendrait à Genève du 1er mai au 2 juin et du 3 juillet au 4 août 2017 (chap. XIII, sect. C).

Chapitre III

POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION

33. La Commission estime toujours pertinentes les demandes d'informations qu'elle a formulées au chapitre III du rapport sur les travaux de sa soixante-sixième session (2014) concernant les sujets « Crimes contre l'humanité[7] » et « Protection de l'atmosphère[8] », et au chapitre III du rapport sur les travaux de sa soixante-septième session (2015) concernant les sujets « Application provisoire des traités[9] » et « *Jus cogens*[10] », et apprécierait d'obtenir des informations supplémentaires.

34. La Commission apprécierait que toute information concernant les points mentionnés au paragraphe ci-dessus ou les points suivants lui soit communiquée le 31 janvier 2017 au plus tard, afin d'être prise en compte dans les rapports respectifs des rapporteurs spéciaux.

A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

35. La Commission saurait gré aux États de lui fournir des informations sur leur législation et leur pratique, notamment leur pratique judiciaire et exécutive, relativement aux questions suivantes :

a) L'invocation de l'immunité ;

b) La renonciation à l'immunité ;

c) La question de savoir à quel stade les autorités nationales tiennent compte de l'immunité (enquête, mise en accusation, jugement) ;

d) Les instruments dont dispose l'exécutif pour transmettre aux tribunaux nationaux les informations, les documents ou les avis juridiques relatifs à une affaire pour laquelle la question de l'immunité est examinée ou est susceptible d'être examinée ;

e) Les mécanismes d'assistance, de coopération et de consultation juridiques internationales auxquels les autorités de l'État peuvent avoir recours dans une affaire pour laquelle la question de l'immunité est examinée ou est susceptible d'être examinée.

B. Nouveaux sujets

36. La Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme deux nouveaux sujets, à savoir : *a*) le règlement des différends internationaux auxquels des organisations internationales sont parties ; et *b*) la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. Dans le choix de ces sujets, la Commission s'est inspirée des critères convenus à sa cinquantième session (1998), à savoir : *a*) que le sujet corresponde aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international ; *b*) que le sujet soit suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à un développement progressif et à une codification ; *c*) que le sujet soit concret et suffisamment facile à traiter aux fins du développement progressif et de la codification ; et *d*) que la Commission ne se cantonne pas à des sujets classiques mais, au contraire, qu'elle puisse également envisager des sujets qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale[11]. La Commission accueillerait avec intérêt l'avis des États sur ces nouveaux sujets.

37. En outre, la Commission souhaiterait recevoir les propositions que les États pourraient juger bon de formuler concernant d'éventuels nouveaux sujets à inscrire à son programme de travail à long terme. Il serait utile que ces propositions s'accompagnent d'un exposé des raisons de leur choix tenant compte des critères énoncés ci-dessus.

---

[7] *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 21, par. 34.

[8] Ibid., p. 20, par. 27.

[9] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 14, par. 30.

[10] Ibid., par. 31.

[11] *Annuaire… 1998*, vol. II (2e partie), p. 114, par. 553.

Chapitre IV

PROTECTION DES PERSONNES EN CAS DE CATASTROPHE

A. Introduction

38. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Protection des personnes en cas de catastrophe » et de nommer M. Eduardo Valencia-Ospina Rapporteur spécial pour le sujet[12]. Au paragraphe 7 de sa résolution 62/66 du 6 décembre 2007, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

39. De sa soixantième session (2008) à sa soixante-sixième session (2014), la Commission a examiné le sujet en se fondant sur sept rapports soumis par le Rapporteur spécial[13]. La Commission était également saisie d'une étude du Secrétariat[14] ainsi que des réponses écrites du Bureau de la coordination des affaires humanitaires et de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (FICR) aux questions que la Commission leur avait adressées en 2008[15].

40. À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a adopté, en première lecture, un ensemble de 21 projets d'article sur la protection des personnes en cas de catastrophe, ainsi que les commentaires s'y rapportant[16]. Elle a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, de transmettre le projet d'articles, par l'entremise du Secrétaire général, aux gouvernements, aux organisations internationales compétentes, au Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et à la FICR pour commentaires et observations[17].

[12] *Annuaire… 2007*, vol. II (2e partie), p. 101, par. 375. À sa cinquante-huitième session (2006), la Commission a accepté la recommandation du Groupe de planification d'inscrire, entre autres, le sujet « Protection des personnes en cas de catastrophe » à son programme de travail à long terme [*Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 194, par. 257]. Une brève présentation du plan d'étude du sujet, élaborée par le Secrétariat, était jointe en annexe au rapport de la Commission en 2006 (ibid., annexe III). Dans sa résolution 61/34 du 4 décembre 2006, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail à long terme.

[13] *Annuaire… 2008*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/598 (rapport préliminaire) ; *Annuaire… 2009*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/615 et Corr.1 (deuxième rapport) ; *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/629 (troisième rapport) ; *Annuaire… 2011*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/643 et Corr.1 (quatrième rapport) ; *Annuaire… 2012*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/652 (cinquième rapport) ; *Annuaire… 2013*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/662 (sixième rapport) ; et *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/668 et Corr.1 et Add.1 (septième rapport).

[14] A/CN.4/590 et Add.1 à 3, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session (2008). Le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire… 2008*, vol. II (1re partie).

[15] *Annuaire… 2008*, vol. II (2e partie), p. 18, par. 32 et 33.

[16] *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 64 et suiv., par. 55 et 56.

[17] Ibid., p. 63, par. 51 à 53.

B. Examen du sujet à la présente session

41. À la présente session, la Commission était saisie du huitième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/697), ainsi que des commentaires et observations des gouvernements, des organisations internationales et d'autres entités (A/CN.4/696 et Add.1).

42. La Commission a examiné le huitième rapport du Rapporteur spécial de sa 3291e à sa 3296e séance, du 2 au 11 mai 2016. À sa 3296e séance, le 11 mai 2016, la Commission a renvoyé le projet de préambule, proposé par le Rapporteur spécial dans son huitième rapport, et les projets d'articles 1 à 21 au Comité de rédaction, avec pour instructions d'entreprendre la seconde lecture des projets d'article en tenant compte des commentaires des gouvernements, des organisations internationales et des autres entités, des propositions du Rapporteur spécial et des débats en plénière sur le huitième rapport du Rapporteur spécial.

43. La Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.871) à sa 3310e séance, tenue le 3 juin 2016, et a adopté l'ensemble des projets d'article sur la protection des personnes en cas de catastrophe, en seconde lecture, à la même séance (section E.1 *infra*).

44. De sa 3332e à sa 3335e séance, du 2 au 4 août 2016, la Commission a adopté les commentaires se rapportant aux projets d'article susmentionnés (section E.2 *infra*).

45. Conformément à son statut, la Commission soumet le projet d'articles à l'Assemblée générale, assorti de la recommandation énoncée ci-après.

C. Recommandation de la Commission

46. À sa 3335e séance, tenue le 4 août 2016, la Commission a décidé, conformément à l'article 23 de son statut, de recommander à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention sur la base du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe.

D. Hommage au Rapporteur spécial

47. À sa 3335e séance, tenue le 4 août 2016, la Commission, après avoir adopté le texte du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, a adopté la résolution ci-après par acclamation :

La Commission du droit international,

Ayant adopté le projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe,

Exprime au Rapporteur spécial, M. Eduardo Valencia-Ospina, ses profonds remerciements et chaleureuses félicitations pour l'éminente contribution qu'il a apportée à l'établissement du projet d'articles grâce à ses efforts inlassables et à son dévouement, ainsi que pour les résultats obtenus dans l'élaboration du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe.

E. Texte du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe

1. Texte du projet d'articles

48. Le texte du projet d'articles adopté par la Commission, en seconde lecture, à sa soixante-huitième session est reproduit ci-après.

PROTECTION DES PERSONNES EN CAS DE CATASTROPHE

Préambule

Ayant à l'esprit **l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies, qui dispose que l'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification,**

Considérant **la fréquence et la gravité des catastrophes naturelles ou d'origine humaine et leurs effets destructeurs à court et à long terme,**

Pleinement conscients **des besoins essentiels des personnes touchées par des catastrophes, et sachant que les droits de ces personnes doivent être respectés dans ces circonstances,**

Sachant **que la solidarité est une valeur fondamentale dans les relations internationales et qu'il importe de renforcer la coopération internationale pour toutes les phases des catastrophes,**

Soulignant **le principe de la souveraineté des États et réaffirmant en conséquence que l'État touché par une catastrophe a le rôle principal en ce qui concerne la fourniture des secours,**

Article premier. Champ d'application

Le présent projet d'articles s'applique à la protection des personnes en cas de catastrophe.

Article 2. Objet

L'objet du présent projet d'articles est de faciliter une réponse aux catastrophes et une réduction des risques de catastrophe qui soient adéquates et efficaces, de manière à répondre aux besoins essentiels des personnes concernées, dans le plein respect de leurs droits.

Article 3. Termes employés

Aux fins du présent projet d'articles :

***a*) par « catastrophe », on entend un événement ou une série d'événements calamiteux provoquant des pertes massives en vies humaines, de grandes souffrances humaines et une détresse aiguë, des déplacements massifs de population, ou des dommages matériels ou environnementaux de grande ampleur, perturbant ainsi gravement le fonctionnement de la société ;**

***b*) par « État touché », on entend un État victime d'une catastrophe qui survient sur son territoire ou sur un territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle ;**

***c*) par « État prêtant assistance », on entend tout État prêtant assistance à un État touché avec le consentement de ce dernier ;**

***d*) par « autre acteur prêtant assistance », on entend toute organisation intergouvernementale compétente, toute organisation non gouvernementale pertinente ou toute autre entité qui prête assistance à un État touché avec le consentement de celui-ci ;**

***e*) par « assistance extérieure », on entend le personnel de secours, l'équipement et les biens, ainsi que les services que procure un État ou autre acteur prêtant assistance à l'État touché aux fins de secours ;**

***f*) par « personnel de secours », on entend le personnel civil ou militaire envoyé par un État prêtant assistance ou d'autres acteurs prêtant assistance aux fins de secours ;**

***g*) par « l'équipement et les biens », on entend le matériel, les outils, les machines, les animaux dressés à des fins particulières, les denrées alimentaires, l'eau potable, les fournitures médicales, les abris, les vêtements, le couchage, les véhicules, le matériel de télécommunications ainsi que tout autre objet nécessaire aux opérations de secours.**

Article 4. Dignité humaine

La dignité inhérente à la personne humaine est respectée et protégée en cas de catastrophe.

Article 5. Droits de l'homme

Les personnes touchées par les catastrophes ont droit au respect et à la protection de leurs droits de l'homme conformément au droit international.

Article 6. Principes humanitaires

La réponse en cas de catastrophe est apportée conformément aux principes d'humanité, de neutralité et d'impartialité, et sur la base de la non-discrimination, en tenant compte des besoins des personnes particulièrement vulnérables.

Article 7. Obligation de coopérer

En appliquant le présent projet d'articles, les États doivent, selon qu'il y a lieu, coopérer entre eux, avec l'Organisation des Nations Unies, avec les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et avec les autres acteurs prêtant assistance.

Article 8. Formes de coopération en réponse aux catastrophes

La coopération en réponse aux catastrophes inclut notamment l'aide humanitaire, la coordination des opérations de secours et communications internationales et la mise à disposition de personnel de secours, d'équipement et de biens et de ressources scientifiques, médicales et techniques.

Article 9. Réduction des risques de catastrophe

1. Chaque État réduit les risques de catastrophe en adoptant les mesures appropriées, y compris d'ordre législatif et réglementaire, pour prévenir les catastrophes, atténuer leurs effets et s'y préparer.

2. Les mesures de réduction des risques de catastrophe incluent notamment la réalisation d'évaluations des risques, la collecte et la diffusion d'informations relatives aux risques et aux pertes subies dans le passé, ainsi que la mise en place et l'exploitation de systèmes d'alerte rapide.

Article 10. Rôle de l'État touché

1. L'État touché a le devoir d'assurer la protection des personnes et la fourniture de secours sur son territoire, ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle.

2. L'État touché a le rôle principal en ce qui concerne la direction, le contrôle, la coordination et la supervision de tels secours.

Article 11. Obligation de l'État touché de rechercher de l'assistance extérieure

Dans la mesure où une catastrophe dépasse manifestement sa propre capacité de réponse, l'État touché a l'obligation de rechercher l'assistance, selon qu'il y a lieu, d'autres États, de l'Organisation des Nations Unies et d'autres acteurs susceptibles de lui prêter assistance.

Article 12. Offres d'assistance extérieure

1. En cas de catastrophe, les États, l'Organisation des Nations Unies et tout autre acteur susceptible de prêter assistance peuvent offrir leur assistance à l'État touché.

2. Lorsqu'une assistance extérieure est recherchée par un État touché et que celui-ci a adressé une demande à cet effet à un autre État, à l'Organisation des Nations Unies ou à tout autre acteur susceptible de prêter assistance, le destinataire examine cette demande dûment et sans tarder et fait part également sans tarder de sa réponse à l'État touché.

Article 13. Consentement de l'État touché à l'assistance extérieure

1. La fourniture de l'assistance extérieure requiert le consentement de l'État touché.

2. Le consentement à l'assistance extérieure ne saurait être refusé arbitrairement.

3. Lorsqu'une assistance extérieure lui est offerte conformément au présent projet d'articles, l'État touché doit, dans la mesure du possible, faire connaître dans les meilleurs délais sa décision au sujet de l'offre d'assistance.

Article 14. Conditions de fourniture de l'assistance extérieure

L'État touché peut poser des conditions à la fourniture de l'assistance extérieure. De telles conditions doivent être conformes au présent projet d'articles, aux règles applicables du droit international et au droit national de l'État touché. Elles doivent prendre en compte les besoins identifiés des personnes touchées par les catastrophes et la qualité de l'assistance. Lorsqu'il formule de telles conditions, l'État touché doit indiquer la portée et le type de l'assistance requise.

Article 15. Facilitation de l'assistance extérieure

1. L'État touché prend les mesures nécessaires, dans le cadre de son droit national, afin de faciliter la fourniture prompte et effective de l'assistance extérieure en ce qui concerne, en particulier :

***a*) le personnel de secours, dans des domaines tels que les privilèges et immunités, les conditions de visa et d'entrée, les permis de travail et la liberté de circulation ; et**

***b*) l'équipement et les biens, dans des domaines comme la réglementation douanière et les droits de douane, l'imposition, le transport, ainsi que leur cession.**

2. L'État touché s'assure que ses textes législatifs et réglementaires pertinents sont facilement accessibles aux fins de faciliter le respect du droit national.

Article 16. Protection du personnel de secours, de l'équipement et des biens

L'État touché prend les mesures appropriées pour assurer la protection du personnel de secours et de l'équipement et des biens présents sur son territoire, ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle, aux fins d'y fournir une assistance extérieure.

Article 17. Cessation de l'assistance extérieure

L'État touché, l'État qui lui prête assistance, l'Organisation des Nations Unies ou tout autre acteur prêtant assistance peut mettre fin à l'assistance extérieure à tout moment. Tout État ou acteur qui compte mettre fin à son assistance le notifie de manière appropriée. L'État touché et, selon le cas, l'État qui lui prête assistance, l'Organisation des Nations Unies ou tout autre acteur prêtant assistance se consultent au sujet de cette cessation et de ses modalités.

Article 18. Relation avec d'autres règles de droit international

1. Le présent projet d'articles est sans préjudice des autres règles de droit international.

2. Le présent projet d'articles ne s'applique pas dans la mesure où la réponse à une catastrophe est régie par les règles du droit international humanitaire.

2. Texte du projet d'articles et des commentaires y relatifs

49. Le texte du projet de préambule et du projet d'articles ainsi que des commentaires y relatifs adopté par la Commission en seconde lecture est reproduit ci-après.

PROTECTION DES PERSONNES EN CAS DE CATASTROPHE

Préambule

***Ayant à l'esprit* l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies, qui dispose que l'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification,**

***Considérant* la fréquence et la gravité des catastrophes naturelles ou d'origine humaine et leurs effets destructeurs à court et à long terme,**

***Pleinement conscients* des besoins essentiels des personnes touchées par des catastrophes, et sachant que les droits de ces personnes doivent être respectés dans ces circonstances,**

***Sachant* que la solidarité est une valeur fondamentale dans les relations internationales et qu'il importe de renforcer la coopération internationale pour toutes les phases des catastrophes,**

***Soulignant* le principe de la souveraineté des États et réaffirmant en conséquence que l'État touché par une catastrophe a le rôle principal en ce qui concerne la fourniture des secours,**

Commentaire

1) Le préambule vise à établir un cadre conceptuel pour le projet d'articles, à exposer le contexte général dans lequel le sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe a été développé et à expliquer la principale raison d'être du texte.

2) Le premier alinéa du préambule est consacré au mandat donné à l'Assemblée générale en vertu de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies, qui consiste à encourager le développement progressif du droit international et sa codification et dont découle le but de la Commission du droit international tel qu'énoncé à l'article premier de son statut. Son libellé est semblable à celui retenu dans la version finale de projets récemment adoptés par la Commission qui contiennent un préambule[18]. Il permet également de souligner d'emblée que le projet d'articles relève à la fois

[18] Voir les articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, résolution 62/68 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, annexe, et, pour les commentaires y relatifs, *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 159, par. 98 ; et les articles sur le droit des aquifères transfrontières, résolution 63/124 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 2008, annexe, et, pour les commentaires y relatifs, *Annuaire… 2008*, vol. II (2e partie), p. 24, par. 54.

du développement progressif et de la codification du droit international.

3) Le deuxième alinéa du préambule appelle l'attention sur la fréquence et la gravité des catastrophes naturelles ou d'origine humaine, et sur leurs effets destructeurs, qui ont suscité la préoccupation de la communauté internationale et ont conduit la Commission à élaborer des règles juridiques. La référence aux « catastrophes naturelles ou d'origine humaine » met en relief une caractéristique qui distingue le projet d'articles d'autres instruments similaires au champ d'application plus restreint car limité aux catastrophes naturelles. En effet, les catastrophes sont fréquemment provoquées par des ensembles complexes de causes. De plus, le projet d'articles vise à couvrir les différents stades du cycle de la catastrophe, en mettant l'accent sur la réponse et la réduction des risques. La référence aux « effets destructeurs à court et à long terme » montre que le projet d'articles ne s'intéresse pas uniquement aux effets immédiats d'une catastrophe. Il suppose également une approche à long terme, et couvre des activités s'inscrivant dans la phase de relèvement.

4) Le troisième alinéa du préambule vise les besoins essentiels des personnes dont la vie, le bien-être et les biens ont été touchés par une catastrophe, et réaffirme que les droits de ces personnes doivent être respectés en pareilles circonstances conformément au projet d'articles.

5) Le quatrième alinéa du préambule rappelle la valeur fondamentale de la solidarité dans les relations internationales, et l'importance du renforcement de la coopération internationale pour la gestion de toutes les phases des catastrophes, deux notions essentielles sous-tendant le sujet qui ne doivent pas être interprétées comme une atteinte à la souveraineté des États ou à leurs prérogatives dans les limites prescrites par le droit international. La mention de « toutes les phases des catastrophes » montre que les articles s'appliquent à chaque étape du cycle complet de la catastrophe, selon qu'il convient.

6) Le dernier alinéa du préambule souligne le principe de la souveraineté des États et réaffirme le rôle principal de l'État touché par une catastrophe en ce qui concerne la fourniture des secours, qui est au cœur du projet d'articles. La référence à la souveraineté et au rôle principal de l'État touché établit le cadre dans lequel l'ensemble du projet d'articles doit être envisagé.

Article premier. Champ d'application

Le présent projet d'articles s'applique à la protection des personnes en cas de catastrophe.

Commentaire

1) Le projet d'article premier établit le champ d'application du projet d'articles, et reprend littéralement l'intitulé du sujet. Il donne l'orientation du projet d'articles, principalement axé sur la protection des personnes dont la vie, le bien-être et les biens sont touchés par une catastrophe. Ainsi, comme cela est énoncé dans le projet d'article 2, le but recherché est de faciliter la réponse aux catastrophes et de réduire les risques de catastrophe afin de satisfaire de manière adéquate et efficace aux besoins essentiels des personnes concernées, dans le plein respect de leurs droits.

2) Le projet d'articles couvre, *ratione materiae*, les droits et obligations des États touchés par une catastrophe en ce qui concerne les personnes présentes sur leur territoire (quelle que soit leur nationalité), relevant de leur juridiction ou sous leur contrôle, et les droits et obligations des États tiers et des organisations intergouvernementales et non gouvernementales ainsi que d'autres entités en mesure de coopérer − particulièrement en fournissant des secours et en réduisant les risques de catastrophe. Ces droits et obligations sont censés s'appliquer selon deux axes : les droits et obligations des États les uns vis-à-vis des autres, et les droits et obligations des États vis-à-vis des personnes ayant besoin d'une protection. Si l'accent est mis sur les premiers, le projet d'articles vise aussi, quoiqu'en termes généraux, les droits des individus touchés par des catastrophes tels qu'ils sont établis par le droit international. L'importance de la protection des droits de l'homme dans les situations de catastrophe est démontrée par le regain d'attention que lui accordent les organes des droits de l'homme établis sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies, ainsi que les juridictions régionales et internationales. En outre, comme cela est explicité dans le projet d'article 3, le projet d'articles ne se limite à aucune forme particulière de catastrophe. Une distinction entre catastrophes naturelles et anthropiques serait artificielle et difficile à maintenir dans la pratique, étant donné l'interaction complexe entre les différentes causes de catastrophe.

3) Le champ d'application *ratione personae* du projet d'articles est limité aux personnes physiques touchées par des catastrophes. En outre, l'accent est mis principalement sur les activités des États et des organisations intergouvernementales, y compris les organisations d'intégration régionale, et des autres entités ayant une compétence juridique internationale particulière en matière de secours en cas de catastrophe. Les activités des organisations non gouvernementales et d'autres acteurs privés, parfois appelés collectivement acteurs de la « société civile », entrent dans le champ d'application du projet d'articles à titre secondaire seulement, soit directement, comme bénéficiant des obligations incombant aux États (par exemple, l'obligation faite aux États de coopérer, dans le projet d'article 7), soit indirectement, comme relevant du droit interne − appliquant le projet d'articles − de l'État touché, d'un État tiers ou de l'État de nationalité de l'entité ou de l'acteur privé. Sauf mention expresse du contraire, le projet d'articles couvre la réponse internationale aux catastrophes par des acteurs internationaux et nationaux. Il ne couvre pas, en revanche, les autres formes d'assistance internationale, telles que celle fournie par les États à leurs nationaux se trouvant à l'étranger ou l'assistance consulaire.

4) Comme le suggèrent les mots « en cas de » qui figurent dans l'intitulé du sujet, le champ d'application du projet d'articles *ratione temporis* est principalement axé sur la réponse et la phase initiale de relèvement immédiatement postérieures à la catastrophe, y compris la phase de reconstruction. Cependant, comme le confirme le projet d'article 2, la phase préalable à la catastrophe entre

aussi dans le champ d'application du projet d'articles et elle est l'objet du projet d'article 9, consacré aux activités de réduction des risques de catastrophe, de prévention et d'atténuation des effets des catastrophes.

5) Le projet d'articles ne se limite pas, *ratione loci*, aux activités menées dans la zone où se produit la catastrophe, mais couvre aussi celles qui se déroulent à l'intérieur des États prêtant assistance et des États de transit. Le caractère transfrontière d'une catastrophe n'est pas non plus une condition nécessaire pour déclencher l'application du projet d'articles. Il n'est certainement pas rare que les effets des grandes catastrophes traversent les frontières, accroissant ainsi la nécessité d'une coopération et d'une coordination internationales. Néanmoins, on ne manque pas d'exemples d'opérations internationales majeures de secours entreprises en réponse à des catastrophes n'ayant pas dépassé les limites territoriales d'un seul État, ou celles d'un territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle. En cas de catastrophe, les États ont le devoir de protéger toutes les personnes présentes sur leur territoire, ou sur un territoire relevant de leur juridiction ou sous leur contrôle, quels que soient non seulement leur nationalité mais aussi leur statut juridique. Bien que différentes considérations puissent entrer en jeu, sauf stipulation contraire, le projet d'articles n'est pas conçu pour un certain type de catastrophe ou une situation catastrophique particulière, mais est censé s'appliquer de manière souple pour répondre aux besoins découlant de toutes les catastrophes, qu'elles aient ou non des effets transfrontières.

Article 2. Objet

L'objet du présent projet d'articles est de faciliter une réponse aux catastrophes et une réduction des risques de catastrophe qui soient adéquates et efficaces, de manière à répondre aux besoins essentiels des personnes concernées, dans le plein respect de leurs droits.

Commentaire

1) Le projet d'article 2 développe le projet d'article premier (Champ d'application) en fournissant de plus amples indications sur l'objet du projet d'articles. La principale question soulevée a trait à la mise en juxtaposition des « besoins » et des « droits ». La Commission n'ignorait pas le débat qui avait agité les milieux de l'assistance humanitaire sur la question de savoir si une approche « fondée sur les droits » devait être préférée à l'approche plus traditionnelle, « fondée sur les besoins », ou vice versa. Pour la majorité des membres de la Commission, les deux approches n'étaient pas nécessairement incompatibles, et il valait mieux les considérer comme complémentaires. La Commission a retenu une formulation soulignant l'importance d'une réponse aux catastrophes et d'une réduction des risques de catastrophe satisfaisant de manière adéquate et efficace aux « besoins » des personnes concernées. La réponse comme la réduction des risques doivent avoir lieu dans le plein respect des droits de ces personnes.

2) Bien qu'il ne s'agisse pas nécessairement d'une expression juridique, ce que l'on entend par « adéquates et efficaces » est une réponse aux catastrophes ou une réduction des risques de haute qualité, qui réponde aux besoins essentiels des personnes touchées par la catastrophe. On trouve des formulations analogues dans des accords en vigueur, dans le contexte de la réponse aux catastrophes. Ce sont par exemple les mots « effort efficace et concerté » et « réaction rapide et efficace », que l'on trouve dans l'Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence, de 2005 (Accord de l'ASEAN), ainsi que l'expression « gestion appropriée et efficace », employée dans la Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe, de 1998 (Convention de Tampere). Étant donné les circonstances dans lesquelles cette réaction doit se produire, un élément de promptitude est implicite dans le terme « efficace ». Plus la réponse est tardive, moins il est vraisemblable qu'elle sera efficace. Cet aspect, parmi d'autres, de ce qui rend une réponse « adéquate » et « efficace » fait l'objet d'autres dispositions du projet d'articles, notamment du projet d'article 15. Cela étant, il est entendu que, si une norme élevée est de mise, celle-ci doit néanmoins être fondée sur ce qu'il est réaliste et possible d'accomplir « sur le terrain » dans toute situation de catastrophe donnée. Par conséquent, il n'est dit nulle part, par exemple, que la réponse doit être « pleinement » efficace.

3) Si le projet d'articles met principalement l'accent sur la réponse aux catastrophes, la dimension de la réduction des risques de catastrophe entre également dans son champ d'application, et elle fait l'objet du projet d'article 9. Le projet d'articles intègre ainsi la prise de conscience générale, au sein de la communauté internationale, du rôle essentiel de la réduction des risques de catastrophe [dont l'illustration la plus récente est le Cadre de Sendai pour la réduction des risques de catastrophe (2015-2030), adopté en 2015][19]. Ainsi, les termes « adéquates et efficaces » portant sur la manière de « répondre aux besoins essentiels des personnes concernées, dans le plein respect de leurs droits », s'appliquent tant à la réponse aux catastrophes qu'à la réduction des risques de catastrophe.

4) La Commission a décidé de ne pas formuler cette disposition sous la forme d'une affirmation générale concernant l'obligation des États, car l'on a estimé que cela ne mettrait pas suffisamment l'accent sur les droits et obligations spécifiques de l'État touché. Ainsi, on ne pouvait dire clairement si une telle formulation ferait une distinction suffisante entre les différentes obligations incombant à différents États, par exemple celles de l'État touché par opposition à celles des États prêtant assistance. En conséquence, aucune mention n'est faite des États, étant entendu que ce n'était pas absolument nécessaire s'agissant d'une disposition sur l'objet du projet d'articles. D'autres dispositions du projet d'articles sont spécifiquement consacrées aux obligations des États.

5) Le verbe « faciliter » reflète la vision qu'a la Commission du rôle que le projet d'articles pourrait jouer dans

[19] Cadre de Sendai pour la réduction des risques de catastrophe (2015-2030), adopté lors de la troisième Conférence mondiale des Nations Unies sur la réduction des risques de catastrophe et approuvé par l'Assemblée générale dans sa résolution 69/283 du 3 juin 2015, annexe II.

la panoplie générale d'instruments et de dispositions qui existent au niveau international en matière d'opérations de secours en cas de catastrophe ainsi que de réduction des risques de catastrophe. On a estimé que, si le projet d'articles ne pouvait par lui-même garantir une réponse, ou la réduction des risques, il était censé faciliter une réponse ou une réduction des risques adéquate et efficace.

6) L'adjectif « essentiels » qualifiant le mot « besoins » vise à indiquer plus clairement que les besoins mentionnés sont ceux qui sont liés à la survie ou sont pareillement essentiels au lendemain d'une catastrophe. On a estimé que le mot « essentiels » faisait clairement ressortir le contexte dans lequel de tels besoins apparaissent. Il convient en outre d'interpréter ce terme eu égard à l'importance que revêt la prise en compte des besoins des personnes particulièrement vulnérables, comme indiqué dans le projet d'article 6.

7) Par « personnes concernées », on entend les personnes directement touchées par la catastrophe, y compris parce qu'elles sont déplacées à la suite de celle-ci, et non les individus indirectement touchés. Le terme a été retenu pour restreindre le champ d'application du projet d'articles et il est conforme à l'approche adoptée dans les instruments existants, qui sont axés sur la fourniture de secours aux personnes directement touchées par une catastrophe. Cela ne signifie pas que les individus qui sont indirectement touchés, par exemple par la perte de membres de leur famille dans une catastrophe ou par une perte économique liée à une catastrophe éloignée, ne bénéficieront d'aucune réparation ou d'aucun recours. Il n'est tout simplement pas dans l'intention de la Commission d'énoncer dans le projet d'articles les règles juridiques applicables à ces personnes. L'inclusion de la réduction des risques dans le champ d'application du projet d'articles suppose que les « personnes concernées » comprennent les individus susceptibles d'être touchés à l'avenir par une catastrophe, lesquels devront être identifiés au niveau national sur la base de leur exposition aux risques et de leur vulnérabilité.

8) La mention du « plein respect de leurs droits » vise à garantir que les droits en question sont respectés et protégés, comme cela est confirmé, s'agissant des droits de l'homme, par le projet d'article 5. En outre, ce membre de phrase laisse intentionnellement de côté la question de savoir comment le respect de ces droits doit être assuré conformément aux règles pertinentes du droit international elles-mêmes. Si le projet d'articles concerne principalement l'application des droits de l'homme, qui fait l'objet du projet d'article 5, la référence aux « droits » ne vise pas seulement les droits de l'homme ; c'est aussi, entre autres, une référence aux droits acquis en vertu du droit interne.

Article 3. Termes employés

Aux fins du présent projet d'articles :

***a*) par « catastrophe », on entend un événement ou une série d'événements calamiteux provoquant des pertes massives en vies humaines, de grandes souffrances humaines et une détresse aiguë, des déplacements massifs de population, ou des dommages matériels ou environnementaux de grande ampleur, perturbant ainsi gravement le fonctionnement de la société ;**

***b*) par « État touché », on entend un État victime d'une catastrophe qui survient sur son territoire ou sur un territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle ;**

***c*) par « État prêtant assistance », on entend tout État prêtant assistance à un État touché avec le consentement de ce dernier ;**

***d*) par « autre acteur prêtant assistance », on entend toute organisation intergouvernementale compétente, toute organisation non gouvernementale pertinente ou toute autre entité qui prête assistance à un État touché avec le consentement de celui-ci ;**

***e*) par « assistance extérieure », on entend le personnel de secours, l'équipement et les biens, ainsi que les services que procure un État ou autre acteur prêtant assistance à l'État touché aux fins de secours ;**

***f*) par « personnel de secours », on entend le personnel civil ou militaire envoyé par un État prêtant assistance ou d'autres acteurs prêtant assistance aux fins de secours ;**

***g*) par « l'équipement et les biens », on entend le matériel, les outils, les machines, les animaux dressés à des fins particulières, les denrées alimentaires, l'eau potable, les fournitures médicales, les abris, les vêtements, le couchage, les véhicules, le matériel de télécommunications ainsi que tout autre objet nécessaire aux opérations de secours.**

Commentaire

1) Il est d'usage pour la Commission, comme cela a été le cas pour la plupart des projets d'articles qu'elle a adoptés sur divers sujets de droit international, d'inclure une disposition relative aux « termes employés ». Certains des termes retenus pour figurer dans le projet d'article 3 avaient été expressément identifiés, dans les commentaires de différents projets d'article, comme devant être définis. L'inscription d'autres termes s'explique par le fait qu'ils reviennent fréquemment dans le projet d'articles.

Alinéa a

2) L'alinéa *a* définit le terme « catastrophe » aux fins du projet d'articles uniquement. La définition a été délimitée afin de cerner comme il convient le champ d'application du projet d'articles tel qu'il est établi au projet d'article premier de sorte que, par exemple, ne soient pas couverts aussi, sans que cela soit voulu, d'autres événements graves tels que les crises politiques et économiques, qui peuvent également compromettre le fonctionnement d'une société mais qui ne relèvent pas du projet d'articles. Cette délimitation ressort clairement de deux éléments de la définition : *a*) l'accent mis sur l'existence d'un événement calamiteux qui cause une grave perturbation du fonctionnement de la société ; et *b*) l'inclusion d'un certain nombre de qualificatifs.

3) La Commission a examiné l'approche suivie dans la Convention de Tampere, qui consiste à considérer qu'une catastrophe est la conséquence d'un événement, c'est-à-dire la grave perturbation du fonctionnement d'une société

causée par cet événement, et non l'événement lui-même. La Commission savait qu'une telle approche était représentative des idées contemporaines de la communauté de l'assistance humanitaire, comme l'avaient confirmé, en particulier, la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes, de 2005, convoquée par l'Organisation des Nations Unies à Kobe (Hyogo, Japon), ainsi que des traités et d'autres instruments récents, notamment les Lignes directrices relatives à la facilitation et à la réglementation nationales des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe (Lignes directrices de la FICR)[20] établies en 2007 par la FICR. Néanmoins, la Commission a décidé de revenir à l'ancienne conception de la notion de « catastrophe » comme constituant un événement spécifique, puisqu'elle entreprenait la formulation d'un instrument juridique, ce qui exigeait une définition juridique plus concise et précise, et non une définition à portée directive.

4) L'élément de l'existence d'un événement est délimité de plusieurs manières. Premièrement, la référence à un événement « calamiteux » sert à établir un seuil, visant la nature de l'événement et indiquant que seuls des événements extrêmes relèvent du projet d'articles. Cela s'inspire de la définition inscrite dans la résolution sur l'assistance humanitaire adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Bruges de 2003[21], qui avait délibérément fixé un seuil élevé pour exclure d'autres crises graves. Ce que constitue un événement « calamiteux » doit être compris à la fois à la lumière du membre de phrase qui le qualifie, à savoir « […] provoquant des pertes massives en vies humaines, de grandes souffrances humaines et une détresse aiguë, des déplacements massifs de population, ou des dommages matériels ou environnementaux de grande ampleur, perturbant ainsi gravement le fonctionnement de la société », et compte tenu du champ d'application et de l'objet du projet d'articles, définis dans les projets d'articles 1er et 2. En outre, il est fait référence à « un événement ou une série d'événements » de manière à couvrir les types d'événement tels que les catastrophes de moindre ampleur mais fréquentes qui, à eux seuls, pourraient ne pas atteindre le seuil nécessaire mais qui, pris ensemble, constitueraient un événement calamiteux aux fins du projet d'articles. Aucune restriction n'est fixée concernant l'origine de l'événement, qu'il s'agisse d'un événement naturel ou anthropique, compte tenu du fait que les catastrophes découlent souvent d'ensembles de causes complexes qui peuvent comprendre à la fois des éléments entièrement naturels et des éléments découlant d'activités humaines. De même, le projet d'articles s'applique tant aux événements soudains (comme un tremblement de terre ou un tsunami) qu'aux événements progressifs (comme une sécheresse ou une élévation du niveau de la mer) et aux événements de moindre ampleur mais fréquents (comme les inondations ou les glissements de terrain).

5) L'événement est qualifié en outre à l'aide de deux prescriptions causales. Premièrement, pour être considéré comme « calamiteux » au sens du projet d'articles, l'événement ou la série d'événements doit produire au moins un résultat parmi quatre possibles : des pertes massives en vies humaines ; de grandes souffrances humaines et une détresse aiguë ; des déplacements massifs de population ; ou des dommages matériels ou environnementaux de grande ampleur. Ainsi, un événement majeur tel qu'un grave tremblement de terre, qui surviendrait au milieu d'un océan ou dans une zone inhabitée et qui ne produirait pas l'un au moins des quatre résultats visés n'atteindrait pas le seuil défini à l'alinéa *a*. Deuxièmement, à la nature de l'événement vient s'ajouter la prescription selon laquelle les quatre résultats possibles ou l'un quelconque d'entre eux, selon le cas, doivent perturber gravement le fonctionnement de la société. En d'autres termes, un événement qui provoquerait, par exemple, des dommages matériels de grande ampleur mais qui ne perturberait pas gravement le fonctionnement de la société n'atteindrait donc pas le seuil fixé. Parce qu'elle incorpore de tels éléments de causalité, la définition retient donc certains aspects de l'approche adoptée dans des textes contemporains, par exemple la Convention de Tampere, en ce sens que la conséquence de l'événement en est un élément clef, encore que ce soit aux fins d'établir le seuil d'application du projet d'articles.

6) L'élément des « pertes massives en vies humaines » est une précision inspirée du Code de conduite pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et pour les organisations non gouvernementales lors des opérations de secours en cas de catastrophe, de 1995[22]. La prescription selon laquelle les pertes en vies humaines doivent être « massives » vise à écarter des événements qui provoquent relativement peu de pertes en vies humaines, étant entendu que de tels événements pourraient néanmoins satisfaire à l'une des autres prescriptions causales. Inversement, un événement causant des pertes massives en vies humaines pourrait, par lui-même, s'il avait pour résultat une grave perturbation du fonctionnement de la société, satisfaire à la prescription de causalité et provoquer le déclenchement de l'application du projet d'articles.

7) La possibilité de « grandes souffrances humaines et [d']une détresse aiguë » a été incorporée pour tenir compte de ce que beaucoup de catastrophes majeures s'accompagnent de pertes massives en vies humaines ou de grandes souffrances humaines et d'une détresse aiguë, y compris celles provoquées par des blessures, des maladies ou d'autres problèmes de santé non mortels causés par la catastrophe. En conséquence, les cas dans lesquels un événement s'est traduit par des pertes en vies humaines relativement localisées, grâce à une prévention et une préparation adéquates ainsi qu'à des actions efficaces en matière d'atténuation des effets, mais a néanmoins causé un trouble important provoquant de grandes souffrances humaines et une détresse aiguë perturbant gravement le fonctionnement de la société, entreraient dans le champ d'application du projet d'articles.

---

[20] Lignes directrices de la FICR, adoptées à la trentième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 26-30 novembre 2007 (30IC/07/R4, annexe et annotations) ; voir également FICR, *Présentation des Lignes directrices relatives à la facilitation et à la réglementation nationales des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe*, Genève, 2008.

[21] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70-II (session de Bruges, 2003), p. 263, disponible sur le site Web www.idi-iil.org, dans « Publications et travaux », puis « Résolutions ».

[22] *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 78, no 817 (janvier-février 1996), p. 124 à 135.

8) De même, les « déplacements massifs de population » visent l'une des autres conséquences des catastrophes majeures, à savoir les déplacements à grande échelle. Avec les « grandes souffrances humaines et [la] détresse aiguë », les déplacements dus à la survenue d'une catastrophe font partie des manières les plus courantes dont les personnes sont considérées comme « touchées » par la catastrophe. Les déplacements touchent les personnes en les privant de l'accès aux moyens de subsistance, aux services sociaux et au tissu social. Lorsqu'ils s'acquittent des obligations énoncées dans le projet d'articles, les États devraient aussi prendre en compte la question des déplacements. L'adjectif « massifs » a été retenu eu égard au seuil élevé fixé pour l'application du projet d'articles.

9) La Commission a inclus les « dommages matériels ou environnementaux de grande ampleur » pour tenir compte des dommages matériels, de la dégradation des moyens de subsistance et des biens économiques, physiques, sociaux et culturels ainsi que des dommages environnementaux de grande ampleur que causent habituellement les catastrophes majeures, et de la perturbation du fonctionnement de la société liée à la régression prononcée du développement humain et du bien-être qui en résultent habituellement. Il faut comprendre que ce n'est pas la perte environnementale ou matérielle en elle-même qui relèverait du projet d'articles, mais plutôt l'incidence d'une telle perte sur les personnes, ce qui signifie que l'on n'examinerait pas les pertes économiques en général. Une disposition exigeant qu'il y ait des pertes économiques risquerait de limiter sans nécessité le champ d'application du projet d'articles en en excluant, par exemple, des activités visant à atténuer les pertes humaines futures qui pourraient découler de dommages environnementaux actuels.

10) Comme on l'a déjà mentionné, la disposition prescrivant l'existence de perturbations graves du fonctionnement de la société sert à établir un seuil élevé qui exclurait du champ d'application du projet d'articles d'autres types de crise, par exemple des crises politiques graves ou des crises économiques. De telles différences d'application peuvent être appuyées en outre par l'objet du projet d'articles, tel qu'il est établi dans le projet d'article 2, et par le fait que le type de protection requis, et les droits en cause, peuvent être différents et sont, à divers degrés, régis par d'autres règles de droit international, en particulier du droit international humanitaire, comme cela est indiqué dans le projet d'article 18. Une situation de conflit armé ne peut être qualifiée de catastrophe en soi aux fins du présent projet d'articles. Le critère de perturbation grave englobe nécessairement l'éventualité d'une telle perturbation. Cela signifie que le fait qu'un État ait pris des mesures appropriées de réduction des risques ou de secours conformément aux plans d'urgence établis, en réponse à une catastrophe susceptible de perturber gravement le fonctionnement de la société, n'exclurait pas en soi l'application du projet d'articles.

11) Si les quatre résultats envisagés donnent une idée de ce qui pourrait constituer une perturbation grave du fonctionnement de la société, la Commission s'est abstenue d'ajouter d'autres éléments descriptifs ou qualificatifs, afin de ménager une certaine marge d'appréciation dans la pratique.

12) La définition de « catastrophe », aux fins du projet d'articles, est subordonnée à la stipulation du paragraphe 2 du projet d'article 18, selon laquelle le projet d'articles ne s'applique pas dans la mesure où la réponse à une catastrophe est régie par les règles du droit international humanitaire.

Alinéa b

13) L'alinéa *b* propose, aux fins du projet d'articles, une définition de l'expression « État touché » inspirée de la définition qui en est donnée dans les Lignes directrices de la FICR[23]. Cette définition reflète l'orientation fondamentale selon laquelle le projet d'articles s'adresse principalement aux États. Elle laisse également entrevoir le rôle central que doit jouer l'État touché par la catastrophe selon le projet d'article 10.

14) L'aspect déterminant pour ce qui est de la réponse en cas de catastrophe ou de la réduction des risques de catastrophe est le contrôle de l'État. Dans la plupart des cas, cela correspondra au contrôle exercé par l'État sur le territoire duquel la catastrophe survient. Cependant, cela n'exclut pas nécessairement d'autres cas où un État peut exercer sa juridiction *de jure* ou un contrôle de facto sur un autre territoire touché par une catastrophe. Le membre de phrase « sur son territoire ou sur un territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle » s'inspire de la définition de l'« État d'origine » figurant à l'article 2, alinéa *d*, des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, de 2001[24].

15) La Commission a estimé qu'un État exerçant sa juridiction ou son contrôle sur un territoire (autre que le sien) touché par une catastrophe serait également considéré comme un « État touché » aux fins du projet d'articles. Cette éventualité résulte aussi de la reconnaissance implicite, dans le projet d'article 18, du fait que le projet d'articles s'appliquerait dans le contexte de « catastrophes complexes », se produisant sur le territoire où se déroule un conflit armé, dans la mesure où la réponse aux catastrophes en question ne serait pas régie par les règles du droit international humanitaire. Dans le même temps, la disposition a été délibérément rédigée dans l'intention de mettre en évidence le lien territorial. La référence à la « juridiction » ne vise pas en soi à inclure les États de nationalité qui pourraient revendiquer leur compétence en vertu du droit international à l'égard de personnes touchées par une catastrophe survenue à l'extérieur de leur territoire, ou de territoires sur lesquels ils exercent leur juridiction ou leur contrôle. La Commission a admis que, par suite de l'inclusion, dans la définition, des États exerçant leur juridiction ou leur contrôle, il pourrait y avoir, dans des cas exceptionnels, deux États touchés : l'État sur le territoire duquel la catastrophe se produit, et l'État exerçant sa juridiction ou son contrôle sur ce même territoire.

---

[23] Lignes directrices de la FICR (voir *supra* la note 20), Introduction, sect. 2, par. 8 : « l'État sur le territoire duquel des personnes ou des biens sont touchés par une catastrophe ».

[24] Résolution 62/68 de l'Assemblée générale, annexe ; pour le commentaire y relatif, voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 163 et suiv.

16) Le membre de phrase « une catastrophe qui survient » vise à aligner la définition de l'« État touché » sur celle de « catastrophe » donnée à l'alinéa *a*. Il s'agissait de trouver un équilibre entre le choix de mettre l'accent sur les effets d'une catastrophe, ce qui augmenterait le nombre d'États susceptibles d'être considérés comme « touchés », et le choix inverse de se concentrer sur l'aspect territorial (le lieu où s'est produit l'événement), ce qui pouvait exclure inutilement des États qui subissent les conséquences d'une catastrophe alors que celle-ci n'a pas, à proprement parler, eu lieu sur leur territoire (ou un territoire sur lequel ils exercent leur juridiction ou leur contrôle). D'où un renvoi explicite à la définition de « catastrophe », à l'alinéa *a*, pour tenir compte du fait que le projet d'articles donne une définition composite de la catastrophe, qui couvre à la fois l'événement lui-même et ses effets et qui suppose que différents États puissent être considérés comme « touchés », aux fins du projet d'articles, dans différents cas de figure. Cela cadre aussi avec l'approche adoptée par la Commission selon laquelle la conséquence de l'événement est un élément fondamental aux fins d'établir le seuil d'application du projet d'articles[25].

Alinéa c

17) La définition de l'« État prêtant assistance » à l'alinéa *c* est tirée de la définition de l'« État solidaire » à l'alinéa *f* de l'article 1 de la Convention cadre d'assistance en matière de protection civile, de 2000, le terme « État bénéficiaire » étant remplacé par le terme « État touché », qui est utilisé dans le projet d'articles et défini à l'alinéa *b*. L'expression « État prêtant assistance » renvoie à la notion d'« assistance extérieure » qui est définie à l'alinéa *e* et qui est elle-même mise en œuvre sur la base de l'obligation de coopérer énoncée au projet d'article 7, lu conjointement avec les projets d'articles 8 et 9.

18) Un État n'est qualifié d'« État prêtant assistance » que si l'assistance est ou a été prêtée. Autrement dit, un État offrant son assistance ne devient un « État prêtant assistance », avec les diverses conséquences juridiques qui découlent de cette qualification selon le projet d'articles, que lorsque l'État touché a consenti à cette assistance, conformément au projet d'article 13.

Alinéa d

19) Outre la situation des États touchés et des États prêtant assistance, le projet d'articles vise à régir celle des autres acteurs prêtant assistance. Pour une part non négligeable d'entre elles, les activités contemporaines de réduction des risques de catastrophe et de secours en cas de catastrophe sont entreprises par des organisations internationales ou sous les auspices de celles-ci, lesquelles comprennent notamment mais pas exclusivement l'Organisation des Nations Unies, ainsi que par des organisations non gouvernementales et d'autres entités. Ce groupe d'acteurs est collectivement désigné dans le projet d'articles comme celui des « autres acteurs prêtant assistance ». Cette désignation ne préjuge en rien des différences dans le statut juridique de ces acteurs au regard du droit international, dont il est tenu compte dans le projet d'articles, par exemple dans le projet d'article 12[26].

20) Cette définition fait écho au commentaire relatif au projet d'article 7, qui confirme l'interprétation selon laquelle l'expression « acteurs prêtant assistance » désigne, selon la formulation employée dans le projet d'article 7, l'Organisation des Nations Unies, les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et les autres acteurs prêtant assistance[27]. Les mots « ou toute autre entité », qui sont tirés, en partie, de l'Accord de l'ASEAN[28], ont été ajoutés eu égard au fait que les acteurs qui participent aux opérations de secours ne peuvent pas tous être rangés dans l'une ou l'autre des catégories mentionnées. Il convient en particulier de les interpréter comme visant des entités telles que le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

21) Pour la Commission, la définition des « autre[s] acteur[s] prêtant assistance » ne vise, aux fins du projet d'articles, que les acteurs qui sont extérieurs à l'État touché[29]. En conséquence, les activités d'organisations non gouvernementales nationales, par exemple, ne sont pas couvertes. Un acteur national ne relèverait pas non plus incidemment du champ d'application du projet d'articles s'il fournissait, ou tentait de fournir, une assistance depuis l'étranger.

22) Tout comme dans la définition de l'« État prêtant assistance », à l'alinéa *c*, le membre de phrase final, « qui prête assistance à un État touché avec le consentement de celui-ci », exprime le rôle central que joue le consentement dans le projet d'articles conformément au projet d'article 13. Il vise aussi à tenir compte du vaste éventail d'activités généralement entreprises par les entités en question, dans le contexte de la réduction des risques de catastrophe et des opérations d'assistance et de secours en cas de catastrophe, et qui relèvent du projet d'articles.

Alinéa e

23) L'alinéa *e* définit le type d'assistance que les États ou les autres acteurs prêtant assistance apportent à l'État touché selon le projet d'articles, et qui constitue une forme de coopération prévue dans le projet d'article 8.

24) Le libellé est fondé à la fois sur les Directives sur l'utilisation des ressources militaires et de la protection civile étrangères dans le cadre des opérations de secours en cas de catastrophe (Directives d'Oslo)[30], et sur la Convention cadre d'assistance en matière de protection civile, de 2000[31]. La mention du « matériel » dans les Directives d'Oslo est remplacée par l'expression « l'équipement et les biens », qui est celle employée dans le projet d'articles, et qui est définie à l'alinéa *g*.

25) Le membre de phrase « que procure un État ou autre acteur prêtant assistance » réaffirme la nature de la relation

[25] Voir *supra* le paragraphe 4 du présent commentaire.

[26] Voir *infra* le paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 12.

[27] Voir *infra* le paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 7. Voir également les Lignes directrices de la FICR (note 20 *supra*), Introduction, sect. 2, par. 14 (définition d'« acteur prêtant assistance »).

[28] Art. 1, par. 1 (définition de « Assisting Entity »).

[29] Voir *infra* le paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 14.

[30] Bureau de la coordination des affaires humanitaires, *Directives d'Oslo. Directives sur l'utilisation des ressources militaires et de la protection civile étrangères dans le cadre des opérations de secours en cas de catastrophe*, révision 1.1, novembre 2007.

[31] Voir l'article 1, alinéa *d* (définition du terme « assistance »).

juridique entre l'État ou l'acteur prêtant assistance et l'État touché, telle que la prévoit le projet d'articles.

26) Le dernier membre de phrase vise à préciser le but dans lequel l'assistance extérieure doit être apportée, c'est-à-dire « aux fins de secours ». Pour la Commission, la notion d'« assistance extérieure », par définition, s'applique spécifiquement à la phase de réponse. Si le libellé reprend la terminologie technique utilisée dans le domaine des réponses en cas de catastrophe, il est entendu qu'il correspond au volet pertinent de l'objet général du projet d'articles énoncé dans le projet d'article 2, à savoir « faciliter une réponse aux catastrophes […] qui soi[t] adéquat[e] et efficac[e], de manière à répondre aux besoins essentiels des personnes concernées, dans le plein respect de leurs droits ».

Alinéa f

27) Cet alinéa définit la composante « personnel » de l'assistance extérieure fournie par des États ou par d'autres acteurs prêtant assistance. La définition mentionne les deux types de personnels qui sont généralement envoyés pour des opérations de secours en cas de catastrophe, à savoir le personnel « civil » ou « militaire »[32]. La mention de cette dernière catégorie s'inspire aussi du traité bilatéral de 2000 entre la Grèce et la Fédération de Russie[33], et vise à tenir compte du rôle important que joue le personnel militaire, en tant que catégorie de personnel de secours, dans les opérations de secours en cas de catastrophe. Si la référence au personnel militaire est plus pertinente pour ce qui est des États prêtant assistance, le terme « civil » est censé être assez large pour couvrir le personnel envoyé par les États prêtant assistance et d'autres acteurs prêtant assistance. Le fait que ces options soient ouvertes à certaines, mais non à l'ensemble, des entités (y compris les États) prêtant assistance est confirmé par la forme alternative du membre de phrase (« ou »).

28) Il est entendu qu'il s'agit généralement des personnels « spécialisés » visés dans l'annexe de la résolution 46/182 de l'Assemblée générale en date du 19 décembre 1991 qui, en principe, doivent avoir l'ensemble des compétences nécessaires et être dotés de l'équipement et des biens nécessaires, selon la définition donnée à l'alinéa *g*, pour exécuter les fonctions considérées.

29) L'expression « envoyé par » établit un lien entre l'entité prêtant assistance, qu'il s'agisse d'un État ou d'un autre acteur, et le personnel concerné. La Commission a décidé de ne pas retenir l'expression « agissant au nom de » afin de ne préjuger aucune question liée à l'application des règles de droit international relatives à l'attribution d'un comportement aux États ou aux organisations internationales[34], compte tenu du rôle principal de l'État touché conformément au paragraphe 2 du projet d'article 10.

Alinéa g

30) Ainsi qu'il ressort de l'alinéa *e*, « l'équipement » et « les biens » sont une composante essentielle du type d'assistance extérieure prévue par le projet d'articles. Le libellé est tiré du commentaire relatif au projet d'article 15[35], ainsi que de la résolution sur l'assistance humanitaire de l'Institut de droit international[36]. La liste reprend les types d'éléments dont il est généralement admis qu'ils sont nécessaires aux opérations d'assistance et de secours en cas de catastrophe. Elle n'est pas exhaustive, ce qui est confirmé par l'expression « tout autre objet ».

31) D'une manière générale, les éléments envisagés sont de deux types : d'une part, l'« équipement » technique dont le personnel de secours a besoin pour remplir ses fonctions, tant pour subvenir à sa propre subsistance que pour apporter les secours, comme du matériel, des outils, y compris informatiques, des machines et du matériel de télécommunications ; et d'autre part, les « biens » qui sont nécessaires à la survie des victimes d'une catastrophe et à la satisfaction de leurs besoins essentiels, comme les denrées alimentaires, l'eau potable, les fournitures médicales, les abris, les vêtements et le matériel de couchage. Les chiens de sauvetage sont spécifiquement visés par l'expression « animaux dressés à des fins particulières », qui est tirée de l'annexe spécifique J de la Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers (Convention de Kyoto révisée)[37]. La Commission a estimé que cette définition était suffisamment souple pour inclure aussi les services susceptibles d'être fournis par le personnel de secours.

Article 4. Dignité humaine

La dignité inhérente à la personne humaine est respectée et protégée en cas de catastrophe.

Commentaire

1) Le projet d'article 4 concerne le principe de la dignité humaine tant dans le contexte de la réponse aux catastrophes que dans celui de la réduction des risques de catastrophe. La dignité humaine est le principe fondamental qui oriente et sous-tend le droit international des droits de l'homme. Dans le contexte de la protection des personnes en cas de catastrophe, la dignité humaine sert de principe directeur pour ce qui est non seulement des mesures à prendre aux fins de la fourniture de secours et de la réduction des risques de catastrophe, mais aussi de l'évolution du droit applicable. La Commission a estimé que l'importance capitale de ce principe au regard de la protection des personnes en cas de catastrophe suffisait à justifier que l'on consacre à la « dignité humaine » un projet d'article à part entière.

[32] Voir les Directives d'Oslo (note 30 *supra*).

[33] Accord entre le Gouvernement de la République hellénique et le Gouvernement de la Fédération de Russie sur la coopération en matière de prévention des catastrophes naturelles ou dues à l'homme et l'intervention en cas de catastrophe, signé à Athènes le 21 février 2000, art. 1 (définition de « l'équipe chargée de prêter assistance »).

[34] Voir les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, de 2001, résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe, art. 4 à 9 [pour les commentaires y relatifs, voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 31 et suiv.], et les articles sur la responsabilité des organisations internationales, de 2011, résolution 66/100 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011, annexe, art. 6 et 7 [pour les commentaires y relatifs, voir *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 44 et suiv.].

[35] Voir *infra* le paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 15.

[36] Voir *supra* la note 21.

[37] Telle que modifiée par le Protocole d'amendement à la Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers du 26 juin 1999 (définition des « envois de secours »).

2) Le principe de la dignité humaine sous-tend les instruments internationaux des droits de l'homme et a été interprété comme constituant le fondement principal du droit des droits de l'homme. Le Préambule de la Charte des Nations Unies réaffirme « la dignité et la valeur de la personne humaine », tandis que le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948[38] dispose que « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine […] constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». Le principe de la dignité humaine est également affirmé dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[39], le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[40], la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale[41], la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes[42], la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[43], la Convention relative aux droits de l'enfant[44] et la Convention relative aux droits des personnes handicapées[45]. C'est en outre un principe essentiel du droit international humanitaire. La notion de dignité de la personne est consacrée au paragraphe 1 *c* de l'article 3 commun aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949)[46], aux articles 75 et 85 du Protocole I[47] et à l'article 4 du Protocole II[48].

3) La notion de dignité humaine est de surcroît au cœur de nombreux instruments internationaux relatifs à la fourniture de secours humanitaires en cas de catastrophe. Selon les Lignes directrices de la FICR, « [l]es acteurs prêtant assistance et leur personnel devraient en tout temps […] respecter la dignité humaine des personnes touchées par une catastrophe[49] ». Dans sa résolution 45/100 du 14 décembre 1990, l'Assemblée générale a estimé que « le fait de laisser les victimes de catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre sans assistance humanitaire représent[ait] une menace à la vie humaine et une atteinte à la dignité de l'homme[50] ». Dans le même ordre d'idées, l'Institut de droit international a jugé que le fait de laisser les victimes de catastrophes sans assistance humanitaire constituait « une atteinte à la dignité humaine »[51].

4) La formulation retenue par la Commission, à savoir « la dignité inhérente à la personne humaine », s'inspire du préambule du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et du paragraphe 1 de l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. C'est aussi la formulation adoptée dans des instruments tels que la Convention relative aux droits de l'enfant[52] et la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica)[53].

5) Le projet d'article n'indique pas expressément les acteurs auxquels il s'adresse. On pourrait considérer qu'il s'adresse aux États uniquement, et pas nécessairement aux « autres acteurs prêtant assistance », étant donné qu'il existe différentes approches juridiques relativement aux obligations que le droit international met à la charge d'entités non étatiques, le cas échéant, en ce qui concerne la protection de la dignité humaine des personnes touchées. Le projet d'article doit néanmoins être interprété comme s'appliquant aux États prêtant assistance et aux autres acteurs prêtant assistance (au sens du projet d'article 3) qui peuvent se voir imposer des obligations juridiques en vertu du droit international. La Commission reconnaît le rôle que jouent tant les États touchés que les États prêtant assistance en ce qui concerne la réponse en cas de catastrophe et la réduction des risques de catastrophe (qui font l'objet des projets d'articles 9 à 16). Elle reconnaît également qu'une grande partie des activités de réponse aux catastrophes, ainsi que, dans une certaine mesure, les activités de réduction des risques de catastrophe, sont menées par l'intermédiaire d'organes d'organisations intergouvernementales, d'organisations non gouvernementales et d'autres entités non étatiques telles que la FICR[54].

6) La formule « respectée et protégée » s'inscrit dans le droit fil de la doctrine et de la jurisprudence contemporaines en matière de droit international des droits de l'homme. Elle est employée dans plusieurs instruments relatifs aux secours en cas de catastrophe, notamment les Directives d'Oslo[55], les Critères de Mohonk[56], les

[38] Résolution 217 (III) A de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 1948.

[39] Préambule et art. 10, par. 1.

[40] Préambule et art. 13, par. 1.

[41] Préambule.

[42] Idem.

[43] Idem.

[44] Préambule ; art. 23, par. 1 ; art. 28, par. 2 ; et art. 37, 39 et 40.

[45] Art. 3.

[46] Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre ; et Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, art. 3, par. 1 *c*, commun aux quatre conventions (sont prohibées « les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants »).

[47] Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), de 1977, art. 75, par. 2 *b* (sont prohibées « les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, la prostitution forcée et toute forme d'attentat à la pudeur ») ; et art. 85, par. 4 *c* (lorsqu'elles sont commises intentionnellement et en violation des Conventions ou du Protocole, « les pratiques de l'apartheid et les autres pratiques inhumaines et dégradantes, fondées sur la discrimination raciale, qui donnent lieu à des outrages à la dignité personnelle » sont considérées comme des infractions graves au Protocole).

[48] Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), de 1977, art. 4, par. 2 *e* (sont prohibées « [l]es atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur »).

[49] Lignes directrices de la FICR (voir *supra* la note 20), partie I, sect. 4, par. 1.

[50] Préambule.

[51] Résolution sur l'assistance humanitaire (voir *supra* la note 21), art. II, par. 1.

[52] Art. 37 *c* (« Tout enfant privé de liberté [doit être] traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine »).

[53] Art. 5, par. 2 (« Toute personne privée de sa liberté sera traitée avec le respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine. »).

[54] Voir *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), annexe III, par. 28.

[55] Directives d'Oslo (voir *supra* la note 30), par. 20 (« Il est impératif de respecter et de défendre la dignité et les droits de toutes les victimes. »).

[56] J. M. Ebersole, « The Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies: Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance » (« Critères de Mohonk »), *Human Rights*

Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays[57] et les Principes directeurs concernant le droit à l'assistance humanitaire[58]. Conjointement, les verbes « respecter » et « protéger » traduisent une obligation négative de s'abstenir de porter atteinte à la dignité inhérente à la personne humaine et une obligation positive de prendre des mesures pour protéger la dignité humaine. À titre d'exemple, le devoir de protéger peut imposer aux États de se doter d'une législation interdisant les activités risquant d'enfreindre le principe de la dignité humaine. La Commission a estimé que l'obligation de « protéger » devait être proportionnée aux obligations juridiques mises à la charge des différents acteurs visés dans la disposition. C'est donc à l'État touché qu'il incombe au premier chef de protéger la dignité humaine, puisque c'est lui qui a le rôle principal en ce qui concerne la direction, le contrôle, la coordination et la supervision des secours en cas de catastrophe, ainsi que cela est énoncé au paragraphe 2 du projet d'article 10. De surcroît, tout État doit être mû par l'impératif de respecter et de protéger la dignité inhérente à la personne humaine lorsqu'il prend des mesures de réduction des risques de catastrophe conformément au projet d'article 9.

7) L'expression générale « en cas de catastrophe » figurant à la fin du projet d'article, identique à celle retenue dans le projet d'article premier, reflète la portée générale du projet d'articles, qui concerne également la réduction des risques de catastrophe.

Article 5. Droits de l'homme

Les personnes touchées par les catastrophes ont droit au respect et à la protection de leurs droits de l'homme conformément au droit international.

Commentaire

1) Le projet d'article 5 affirme le droit général des personnes touchées par les catastrophes à la protection de leurs droits de l'homme. Il vient en outre rappeler que les États sont tenus de veiller au respect de toutes les obligations relatives aux droits de l'homme applicables tant pendant une catastrophe que pendant la phase précédant celle-ci. La Commission estime qu'il existe un lien étroit entre les droits de l'homme et le principe de la dignité humaine énoncé dans le projet d'article 4, lien que renforce encore la proximité des deux projets d'article.

2) La référence générale aux « droits de l'homme » couvre les obligations relatives aux droits de l'homme énoncées dans les accords internationaux pertinents et celles reflétées dans le droit international coutumier. Les meilleures pratiques en matière de protection des droits de l'homme énoncées dans des textes non contraignants adoptés à l'échelon international, notamment les Directives opérationnelles sur la protection des personnes affectées par des catastrophes naturelles adoptées par le Comité permanent interorganisations[59] et les Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays[60], permettent de définir la façon dont les obligations existantes relatives aux droits de l'homme s'appliquent dans le contexte particulier des catastrophes. La protection offerte par le droit interne (par exemple, par le droit constitutionnel de nombreux États) est également visée. La formulation adoptée par la Commission reflète l'étendue des obligations relatives aux droits de l'homme ; elle ne vise pas à préciser, à développer ou à qualifier ces obligations.

3) Comme cela est précisé au paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article premier, le champ d'application *ratione personae* du projet d'articles couvre les États et les organisations internationales, y compris les organisations d'intégration régionale, ainsi que d'autres entités ayant une compétence juridique internationale particulière en matière de fourniture de secours en cas de catastrophe. De l'avis de la Commission, la portée et le contenu d'une obligation de protéger les droits de l'homme des personnes touchées par une catastrophe varient considérablement entre ces acteurs. La formulation neutre adoptée par la Commission laisse entendre que des obligations distinctes incombent respectivement aux États touchés, aux États prêtant assistance et aux différents autres acteurs prêtant assistance.

4) Le projet d'article reconnaît le droit des personnes touchées « au respect et à la protection » de leurs droits de l'homme, ces droits restant applicables dans le contexte des catastrophes. Cette formulation fait écho au texte du projet d'article 4, consacré à la dignité humaine, et vient ainsi encore renforcer le lien entre les deux dispositions. En associant la notion de « protection », couramment employée dans les instruments internationaux existants relatifs à la protection des droits de l'homme, à celle de « respect », la Commission a voulu décrire de manière générale la nature et la portée des obligations mises à la charge des États, et la formulation retenue doit être lue à la lumière de l'expression « dans le plein respect de leurs droits » figurant au projet d'article 2. Partant, les États ne sont pas uniquement tenus de ne pas faire obstacle à l'exercice des droits des personnes (c'est-à-dire de « respecter » ces droits) ; ils peuvent également, conformément aux règles applicables et en fonction du contexte, devoir « protéger »[61] ces droits, notamment en adoptant diverses mesures, qu'elles soient passives et consistent à ne pas porter atteinte à ces droits, ou actives et visent à garantir que les besoins des personnes intéressées sont satisfaits. Compte tenu de l'objet du projet d'articles, énoncé au projet d'article 2, il s'agit également pour les États de prévenir et d'éviter les situations de nature à entraîner des violations des droits de l'homme[62].

Quarterly, vol. 17, nº 1 (1995), p. 192 à 208, à la page 196 (« La dignité et les droits de toutes les victimes doivent être respectés et protégés »).

[57] E/CN.4/1998/53/Add.2, annexe, principe 26 (« Les personnes chargées de l'aide humanitaire, leurs moyens de transport et leurs stocks doivent être respectés et protégés. »).

[58] Adoptés par le Conseil de l'Institut international de droit humanitaire en avril 1993, principe 10 (« L'assistance humanitaire peut, le cas échéant, être acheminée selon des itinéraires dits "corridors humanitaires", qui doivent être respectés et protégés par les autorités compétentes des parties concernées et, si besoin est, sous l'autorité des Nations Unies. »), *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 75, nº 804 (novembre-décembre 1993), p. 548 à 554, aux pages 553 et 554.

[59] Comité permanent interorganisations, *Directives opérationnelles de l'IASC sur la protection des personnes affectées par des catastrophes naturelles*, Washington, Projet Brookings-LSE sur le déplacement interne, 2011.

[60] Voir *supra* la note 57.

[61] Voir Cour européenne des droits de l'homme, *Boudaïeva et autres c. Russie*, nºs 15339/02 et 4 autres, CEDH 2008 (extraits).

[62] Voir, par exemple, les Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays (note 57 *supra*), principe 5.

5) La Commission a estimé qu'il n'était pas faisable de dresser une liste exhaustive de tous les droits éventuellement applicables et craint qu'une telle liste n'aboutisse à une interprétation *a contrario* selon laquelle les droits non mentionnés dans la liste ne seraient pas applicables.

6) Le droit à la vie, consacré au paragraphe 1 de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, est particulièrement pertinent lorsqu'un État refuse d'adopter des mesures positives pour prévenir les catastrophes provoquant des pertes en vies humaines ou pour répondre à de telles catastrophes[63]. En outre, il est entendu que parmi les droits applicables figurent les droits économiques et sociaux, que les États parties au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et aux autres conventions applicables sont tenus de réaliser progressivement, y compris ceux faisant naître des obligations essentielles minimales (relativement à la fourniture de denrées de première nécessité, de soins de santé essentiels, d'un abri de base et de services éducatifs pour les enfants), qui restent applicables même en cas de catastrophe. Entre autres droits applicables, on peut également citer le droit de bénéficier d'une assistance humanitaire ; le droit des groupes particulièrement vulnérables (comme le prévoit le projet d'article 6) de voir leurs besoins spécifiques en matière de protection et d'assistance pris en compte ; le droit des populations locales d'avoir voix au chapitre dans la planification et l'exécution des activités de réduction des risques, de secours et de relèvement ; et le droit de toutes les personnes déplacées par des catastrophes de recevoir sans discrimination une aide leur permettant de remédier durablement à leur situation. On trouvera des références à d'autres droits particuliers dans certains des commentaires relatifs à d'autres projets d'article[64].

7) Le projet d'article est intentionnellement muet sur la question de savoir comment assurer le respect de ces droits, question qui relève des règles de droit international applicables. Il est entendu qu'il existe souvent une marge d'appréciation implicite concernant l'application des droits, marge qui dépend de la gravité de la catastrophe et des règles exprimant ou établissant les droits en question. Par ailleurs, la Commission est d'avis que la référence aux « droits de l'homme » se rapporte aussi bien aux droits qu'aux limitations existant dans le domaine du droit international des droits de l'homme. L'expression « droits de l'homme » renvoie donc au droit international des droits de l'homme dans son ensemble, y compris au traitement par celui-ci des droits dérogeables et indérogeables. Il s'ensuit que l'État touché peut avoir un droit de suspension ou de dérogation lorsque les accords relatifs aux droits de l'homme existants le prévoient, ce que vient confirmer le membre de phrase « conformément au droit international ».

8) L'expression « conformément au droit international », qui termine la phrase, vient également rappeler que d'autres règles de droit international, telles celles relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées dans leur propre pays, peuvent avoir des conséquences sur les droits des personnes touchées par les catastrophes, possibilité qui est également envisagée dans le projet d'article 18.

Article 6. Principes humanitaires

La réponse en cas de catastrophe est apportée conformément aux principes d'humanité, de neutralité et d'impartialité, et sur la base de la non-discrimination, en tenant compte des besoins des personnes particulièrement vulnérables.

Commentaire

1) Le projet d'article 6 énonce les principes humanitaires fondamentaux applicables en matière de protection des personnes en cas de catastrophe. La Commission n'a pas jugé nécessaire de déterminer si ces principes étaient également des principes généraux du droit international, notant néanmoins que leur application n'excluait pas celle d'autres principes pertinents du droit international. Le projet d'article reconnaît l'importance de ces principes en ce qui concerne les secours en cas de catastrophe et les activités de réduction des risques de catastrophe.

2) Les principes d'humanité, de neutralité et d'impartialité sont des principes fondamentaux reconnus comme la base de l'assistance humanitaire[65]. Ce sont également des principes fondamentaux du droit applicable aux secours en cas de catastrophe. À titre d'exemple, la résolution 46/182 de l'Assemblée générale dispose que « [l']aide humanitaire doit être fournie conformément aux principes d'humanité, de neutralité et d'impartialité[66] ».

3) Le principe d'humanité est la clef de voûte de la protection des personnes en droit international. Élément commun au droit international humanitaire et au droit international des droits de l'homme, il oriente le développement du droit relatif à la protection des personnes en cas de catastrophe. En ce qui concerne le droit international humanitaire, c'est dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949, qui énonce l'exigence d'un traitement humain, que ce principe est le plus clairement exprimé[67]. Par ailleurs, comme la Cour internationale de Justice l'a dit dans l'*Affaire du Détroit de Corfou* (fond), il existe « certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre[68] ». Dans son commentaire sur les principes de la Croix-Rouge, Pictet souligne que le principe d'humanité comporte trois éléments, à savoir prévenir et alléger les souffrances, protéger la vie et la santé, et faire

[63] Voir aussi les Directives opérationnelles sur les droits de l'homme et les catastrophes naturelles, 2006 (A/HRC/4/38/Add.1, annexe) ; et les paragraphes 2 et 3 du commentaire du projet d'article 6.

[64] Voir, par exemple, *infra* les paragraphes 4 et 5 du commentaire du projet d'article 11.

[65] Voir l'étude du Secrétariat sur la protection des personnes en cas de catastrophe (A/CN.4/590 [et Add.1 à 3]) [note 14 *supra*], par. 11.

[66] Annexe, par. 2.

[67] Voir l'article 3, paragraphe 1 (« Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres des forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. »).

[68] *Affaire du Détroit de Corfou,* arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4, à la page 22.

respecter la personne humaine[69]. Dans le contexte particulier des secours en cas de catastrophe, les Directives d'Oslo et les Critères de Mohonk posent que le principe d'humanité exige que l'on soulage « les souffrances des êtres humains, quel que soit le contexte[70] ».

4) Si le principe de neutralité trouve son origine dans le droit des conflits armés, il est néanmoins applicable dans d'autres domaines du droit. Dans le cadre de l'assistance humanitaire, il exige que l'assistance soit fournie abstraction faite de toute considération politique, religieuse, ethnique ou idéologique. Selon les Directives d'Oslo et les Critères de Mohonk, l'assistance doit être fournie « sans participer à des hostilités ni prendre parti dans des controverses de nature politique, religieuse ou idéologique[71] ». Le principe de neutralité exige donc que la réponse aux catastrophes soit apolitique et que les activités humanitaires ne servent pas des fins autres que la réponse à la catastrophe considérée. Il vise à garantir que l'intérêt des personnes touchées par les catastrophes est la principale préoccupation de l'État touché et de tout autre acteur intervenant en cas de catastrophe. Le respect du principe de neutralité est censé faciliter la réponse adéquate et efficace aux catastrophes visée au projet d'article 2.

5) Le principe d'impartialité recouvre en fait trois principes : la non-discrimination, la proportionnalité et l'impartialité proprement dite. Pour des raisons qui sont examinées plus loin, le principe de non-discrimination est conçu par la Commission non seulement comme un élément du projet d'article 6, mais aussi comme un principe autonome de la réponse aux catastrophes. La non-discrimination vise à supprimer les motifs objectifs de discrimination entre les personnes de sorte que la fourniture d'une assistance aux personnes touchées soit guidée uniquement par leurs besoins. En vertu du principe de proportionnalité, la réponse à une catastrophe doit être proportionnée à l'ampleur de celle-ci et aux besoins des personnes touchées. Ce principe joue aussi comme un mécanisme permettant de répartir l'assistance compte tenu des besoins les plus urgents. L'impartialité proprement dite traduit le principe selon lequel il ne peut être fait de distinctions subjectives entre les personnes en matière de réponse aux catastrophes. Le commentaire du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949 définit l'impartialité comme « une qualité de l'esprit qui doit se manifester chez l'agent ou l'institution qui est appelé à agir en faveur de ces hommes qui souffrent[72] ». À titre d'exemple, le projet de directives internationales pour les opérations d'aide humanitaire prévoit que « l'aide doit être fournie en toute impartialité, sans aucune distinction de caractère défavorable entre toutes les personnes qui en ont un besoin urgent[73] ». De manière générale, le principe d'impartialité exige que la réponse aux catastrophes vise à assurer pleinement le respect et la satisfaction des besoins des personnes touchées par les catastrophes en accordant la priorité aux besoins des personnes particulièrement vulnérables.

6) Le principe de non-discrimination, qui s'applique également dans le contexte de la réduction des risques de catastrophe, traduit l'égalité intrinsèque de toutes les personnes et le fait qu'il ne peut être établi de distinction de caractère défavorable entre celles-ci. Les motifs de discrimination interdits comprennent notamment, sans toutefois s'y limiter, l'origine ethnique, le sexe, la nationalité, les opinions politiques, la race, la religion et le handicap[74]. Compte tenu de son importance pour le sujet, la Commission a estimé que la non-discrimination devait être mentionnée comme un principe autonome. L'Institut de droit international a adopté une approche semblable en 2003 dans sa résolution sur l'assistance humanitaire, selon laquelle l'assistance humanitaire doit être offerte et, en cas d'acceptation, fournie « sans discrimination reposant sur des motifs prohibés[75] ». Dans le même ordre d'idées, les Lignes directrices de la FICR précisent que l'aide aux personnes touchées par une catastrophe doit être apportée sans « distinction de caractère défavorable (fondée, entre autres, sur la nationalité, la race, l'ethnie, les croyances religieuses, la classe, le sexe, le handicap, l'âge et les opinions politiques)[76] ».

7) Le principe de non-discrimination ne doit pas être interprété comme excluant la « discrimination positive ». Le membre de phrase « en tenant compte des besoins des personnes particulièrement vulnérables », dans le projet d'article 6, reflète cette idée. Le terme *vulnerable*, en anglais, vise aussi bien des groupes que des personnes. C'est donc pour sa neutralité que ce terme a été préféré aux expressions *vulnerable groups* et *vulnerable persons*. L'adverbe « particulièrement » a été choisi pour tenir compte du fait que les victimes d'une catastrophe sont par définition vulnérables. L'expression « particulièrement vulnérables » est tirée du paragraphe 3 *a* de la section 4 de la partie I des Lignes directrices de la FICR, qui mentionne les besoins spécifiques « des femmes et des groupes particulièrement vulnérables, comme les enfants, les personnes déplacées, les personnes âgées, les personnes handicapées et les personnes vivant avec le VIH ou d'autres maladies débilitantes[77] ». La résolution sur l'assistance

[69] J. Pictet, *Les Principes fondamentaux de la Croix-Rouge proclamés par la vingtième Conférence internationale de la Croix-Rouge, réunie à Vienne en 1965 : Commentaire*, Genève, Institut Henry Dunant, 1979, p. 18 à 24 ; également disponible à l'adresse suivante : www.icrc.org.

[70] Directives d'Oslo (voir *supra* la note 30), par. 20 ; et Critères de Mohonk (voir *supra* la note 56), p. 196.

[71] Ibid.

[72] Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (dir. publ.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR et Martinus Nijhoff, 1986, par. 2800 ; au paragraphe 2801 du même commentaire, sont mentionnés en note de bas de page la « Proclamation des Principes fondamentaux de la Croix-Rouge », adoptée par la résolution VIII de la vingtième Conférence internationale de la Croix-Rouge (Vienne, 1965), et Pictet, *Les Principes fondamentaux de la Croix-Rouge…* (note 69 *supra*), p. 33 à 51.

[73] P. MacAlister-Smith, *International Guidelines for Humanitarian Assistance Operations*, Heidelberg, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 1991, p. 4, par. 6 *a*.

[74] Voir, notamment, les Conventions de Genève de 1949, art. 3, par. 1, commun aux quatre conventions ; la Déclaration universelle des droits de l'homme (note 38 *supra*), art. 2 ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 2, par. 1 ; et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 2, par. 2. Voir aussi la Convention relative aux droits des personnes handicapées, art. 5 ; et la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, art. 7.

[75] Résolution sur l'assistance humanitaire (voir *supra* la note 21), art. II, par. 3.

[76] Lignes directrices de la FICR (voir *supra* la note 20), partie I, sect. 4, par. 2 *b*.

[77] Ibid., par. 3 *a*.

humanitaire adoptée par l'Institut de droit international contient un qualificatif comparable, soulignant la nécessité de tenir dûment compte des besoins des groupes « les plus vulnérables »[78]. En outre, dans sa résolution 69/135 du 12 décembre 2014, l'Assemblée générale

> *[p]rie* les États Membres, les organismes humanitaires des Nations Unies et les autres acteurs humanitaires intéressés de veiller à ce que soient pris en considération, dans tous les volets de l'action humanitaire, y compris la préparation aux catastrophes et l'évaluation des besoins, les besoins humanitaires et vulnérabilités propres à chaque catégorie de la population touchée, en particulier les filles, les garçons, les femmes, les personnes âgées et les personnes handicapées, notamment dans la conception et la mise en œuvre des programmes de réduction des risques, d'aide humanitaire et de relèvement et, après la phase de l'urgence humanitaire, dans les activités de reconstruction, et, à ce propos, encourage les efforts qui visent à tenir compte des différences entre les sexes […][79].

Du fait de la nature relative de la vulnérabilité, la Commission a décidé de ne pas dresser la liste des groupes vulnérables dans le projet d'article. Il importait moins de déterminer quelles catégories de personnes étaient particulièrement vulnérables parmi toutes celles effectivement ou potentiellement touchées par une catastrophe que d'affirmer que le principe de non-discrimination emportait l'obligation positive de prêter une attention particulière aux besoins des personnes particulièrement vulnérables. La Commission a délibérément choisi de ne pas préciser l'expression « particulièrement vulnérables », afin que celle-ci puisse désigner non seulement les catégories de personnes habituellement considérées comme particulièrement vulnérables, mentionnées plus haut, mais aussi les personnes qui peuvent se retrouver particulièrement vulnérables au lendemain d'une catastrophe, par exemple celles qui ne sont pas ressortissantes du pays touché.

8) La Commission a interprété l'expression « en tenant compte » au sens large, de sorte qu'elle porte notamment sur l'accessibilité à l'information et la participation de la population locale, y compris les groupes vulnérables, aux activités de conception, de mise en œuvre, de suivi et d'évaluation de l'assistance menées en cas de catastrophe, ainsi qu'aux activités de préparation aux catastrophes.

9) La Commission est consciente du fait que les catastrophes ont fréquemment des effets différents sur les femmes et les filles, et sur les hommes et les garçons. Dans bon nombre de contextes, l'inégalité entre les sexes limite l'influence et le contrôle que les femmes et les filles exercent sur les décisions ayant des conséquences majeures sur leur vie, ainsi que l'accès qu'elles ont à des ressources telles que le financement, l'alimentation, les moyens de production agricoles, la terre et la propriété foncière, la technologie, l'éducation, la santé et un logement et un emploi sûrs. Les femmes et les filles risquent souvent d'être touchées de manière disproportionnée par une catastrophe, et notamment de trouver la mort, de perdre leurs moyens de subsistance et d'être victimes de violence sexiste, tant pendant qu'après la catastrophe. Il est de plus en plus largement admis que − comme les hommes et les garçons − les femmes et les filles ont les compétences et les moyens nécessaires pour participer à la préparation et à la réponse aux crises et au relèvement après une crise, et peuvent contribuer en tant qu'actrices et partenaires aux activités de réduction des risques de catastrophe et à l'action humanitaire. Les compétences et les connaissances des femmes et des filles jouent un grand rôle dans la résilience de chacune, ainsi que dans celle de l'ensemble de la population locale. L'importance de tenir compte du genre dans la gestion des risques de catastrophe a été reconnue, notamment dans le Cadre d'action de Hyogo pour 2005-2015 : pour des nations et des collectivités résilientes face aux catastrophes[80] et dans le Cadre de Sendai[81].

Article 7. Obligation de coopérer

En appliquant le présent projet d'articles, les États doivent, selon qu'il y a lieu, coopérer entre eux, avec l'Organisation des Nations Unies, avec les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et avec les autres acteurs prêtant assistance.

Commentaire

1) Une coopération internationale efficace est indispensable pour protéger les personnes en cas de catastrophe. L'obligation de coopérer, bien établie en tant que principe du droit international, est énoncée dans de nombreux instruments internationaux. La Charte des Nations Unies la consacre, notamment dans le domaine humanitaire dont relève la protection des personnes en cas de catastrophe. Le paragraphe 3 de l'Article 1 de la Charte proclame que l'un des buts de l'Organisation consiste à

> [r]éaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion.

Les Articles 55 et 56 de la Charte développent le paragraphe 3 de l'Article 1 en ce qui concerne la coopération internationale. L'Article 55 de la Charte est ainsi libellé :

> En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations Unies favoriseront :
>
> *a*) le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social ;

[78] Résolution sur l'assistance humanitaire (voir *supra* la note 21), art. II, par. 3.

[79] Par. 32.

[80] *Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes, Kobe (Hyogo, Japon), 18-22 janvier 2005* (A/CONF.206/6), chapitre premier, résolution 2, par. 13 *d* : « Une perspective sexospécifique devrait être intégrée dans toutes les politiques et dans tous les plans et processus décisionnels relatifs à la gestion des risques de catastrophe, notamment dans ceux concernant l'évaluation des risques, l'alerte rapide, la gestion de l'information, ainsi que l'éducation et la formation ».

[81] Cadre de Sendai pour la réduction des risques de catastrophe (2015-2030) [voir *supra* la note 19], par. 19 *d* : « La réduction des risques de catastrophe suppose l'engagement et la coopération de la société dans son ensemble. Elle suppose aussi de donner à tous, sans exclusive et sans discrimination, les moyens et la possibilité de participer, une attention particulière devant être accordée aux populations les plus touchées par les catastrophes, en particulier les plus pauvres. La problématique hommes-femmes, l'âge, le handicap et la culture doivent être pris en compte dans toutes les politiques et pratiques et il importe d'encourager les femmes et les jeunes à exercer des responsabilités. Dans ces conditions, il convient d'accorder une attention particulière à l'amélioration du travail volontaire organisé des citoyens ».

b) la solution des problèmes internationaux dans les domaines économique, social, de la santé publique et autres problèmes connexes, et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation ;

c) le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion.

L'Article 56 de la Charte se lit comme suit :

Les Membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'Article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation.

L'obligation générale de coopérer a été de nouveau énoncée parmi les principes du droit international dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies dans les termes suivants :

Les États ont le devoir de coopérer les uns avec les autres, quelles que soient les différences existant entre leurs systèmes politiques, économiques et sociaux, dans les divers domaines des relations internationales, afin de maintenir la paix et la sécurité internationales et de favoriser le progrès et la stabilité économique internationaux, ainsi que le bien-être général des nations et une coopération internationale qui soit exempte de discrimination fondée sur ces différences[82].

2) La coopération revêt une importance particulière en ce qui concerne les obligations internationales relatives aux droits de l'homme contractées par les États. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels vise expressément la coopération internationale comme un moyen de réaliser les droits qu'il énonce[83]. C'est ce qu'a réaffirmé le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans ses observations générales sur la mise en œuvre des divers droits garantis par le Pacte[84]. La coopération internationale a particulièrement gagné en importance dans la Convention relative aux droits des personnes handicapées, de 2006, qui réaffirme les obligations internationales à l'égard des personnes handicapées « dans les situations de risque, y compris les conflits armés, les crises humanitaires et les catastrophes naturelles[85] ».

3) Pour ce qui regarde la coopération dans le cadre des secours en cas de catastrophe, l'Assemblée générale a considéré, dans sa résolution 46/182, que

[l]'ampleur et la durée d'un grand nombre de situations d'urgence risquent de dépasser la capacité d'intervention de bien des pays touchés. La coopération internationale en vue de faire face à des situations d'urgence et de renforcer la capacité d'intervention des pays touchés revêt par conséquent une grande importance. Cette coopération devrait être fournie conformément au droit international et à la législation nationale […][86].

De plus, en ce qui concerne la coopération dans le contexte de la réduction des risques, l'alinéa *a* du paragraphe 19 des principes directeurs du Cadre de Sendai indique ce qui suit : « Chaque État est responsable au premier chef de la prévention et de la réduction des risques de catastrophe, notamment par le recours à la collaboration internationale, régionale, sous-régionale, transfrontière ou bilatérale[87]. » En outre, il existe un grand nombre d'instruments intéressant directement la protection des personnes en cas de catastrophe qui montrent l'importance de la coopération internationale dans la lutte contre les effets des catastrophes. Ces instruments non seulement sont eux-mêmes l'expression d'une coopération, mais intègrent en outre généralement le principe de coopération à l'égard d'aspects spécifiques de la gestion des catastrophes dans le texte de l'instrument. Le plus souvent, s'agissant d'accords bilatéraux, cela est indiqué dans le titre qui dénote soit une coopération, soit une assistance ou une entraide[88]. De plus, l'obligation de coopérer constitue dans la grande majorité des cas l'un des objectifs de l'instrument ou se voit attribuer des effets positifs dans la réalisation de ces objectifs. Là encore, la Convention de Tampere illustre ce point, indiquant, au vingt et unième alinéa de son préambule, que les parties souhaitent « faciliter la coopération internationale visant à atténuer les effets des catastrophes ». Un autre exemple est donné par un accord entre la France et la Malaisie :

Convaincus de la nécessité de développer une coopération entre les organismes compétents des deux parties dans le domaine de la prévention des risques majeurs et de la protection des populations, des biens et de l'environnement […][89].

4) La coopération ne réduit toutefois en rien le rôle principal de l'État touché conformément au paragraphe 2 du projet d'article 10. En outre, le principe de coopération doit aussi être compris comme étant complémentaire du devoir des autorités de l'État touché de prendre soin des personnes touchées par des catastrophes naturelles et événements comparables se produisant sur son territoire, ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle (projet d'article 10, par. 1)[90].

5) Un élément fondamental des activités de secours en cas de catastrophe est la coopération internationale, non seulement entre États mais aussi avec les organisations intergouvernementales et non gouvernementales. L'importance du rôle de ces organisations est reconnue depuis un certain temps. Dans sa résolution 46/182, l'Assemblée générale a confirmé que

---

[82] Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale en date du 24 octobre 1970, annexe.

[83] Art. 11, 15, 22 et 23.

[84] Voir, en particulier, l'observation générale n° 2 [*Documents officiels du Conseil économique et social, 1990, Supplément n° 3* (E/1990/23-E/C.12/1990/3), annexe III] ; l'observation générale n° 3 [ibid., *1991, Supplément n° 3* (E/1991/23-E/C.12/1990/8), annexe III] ; l'observation générale n° 7 [ibid., *1998, Supplément n° 2* (E/1998/22-E/C.12/1997/10), annexe IV] ; l'observation générale n° 14 [ibid., *2001, Supplément n° 2* (E/2001/22-E/C.12/2000/21), annexe IV] ; et l'observation générale n° 15 [ibid., *2003, Supplément n° 2* (E/2003/22-E/C.12/2002/13), annexe IV].

[85] Art. 11.

[86] Annexe, par. 5.

[87] Cadre de Sendai (voir *supra* la note 19).

[88] Une liste complète des instruments pertinents est disponible à l'annexe II de l'étude du Secrétariat sur la protection des personnes en cas de catastrophe (A/CN.4/590 et Add.1 à 3) [voir *supra* la note 14]. Pour une typologie des instruments aux fins du droit des réponses en cas de catastrophe, voir H. Fischer, « International disaster response law treaties: trends, patterns and lacunae » dans FICR, *International disaster response laws, principles and practice: reflections, prospects and challenges*, Genève, 2003, p. 24 à 44.

[89] Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Malaisie sur la coopération dans le domaine de la prévention et de la gestion des catastrophes et de la sécurité civile, fait à Paris le 25 mai 1998, *Journal officiel de la République française*, 9 décembre 1998, p. 18519, quatrième alinéa du préambule.

[90] Voir aussi la résolution 46/182 de l'Assemblée générale, annexe, par. 4, et la Déclaration de Hyogo, *Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes* (note 80 *supra*), chapitre premier, résolution 1, par. 4.

[l]es organisations intergouvernementales et non gouvernementales agissant de façon impartiale et dans un but strictement humanitaire devraient continuer à apporter une contribution importante en venant s'ajouter aux efforts nationaux[91].

Dans sa résolution 2008/36 du 25 juillet 2008, le Conseil économique et social a estimé

qu'une association et une coordination avec les acteurs compétents de l'aide humanitaire sont de nature à influer positivement sur l'efficacité des interventions humanitaires, et [a] encourag[é] l'Organisation des Nations Unies à poursuivre les efforts entrepris pour renforcer les partenariats à l'échelle mondiale avec le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, les organisations non gouvernementales humanitaires compétentes et d'autres participants au Comité permanent interorganisations[92].

6) Le projet d'article 7 reconnaît l'importance centrale de la coopération internationale s'agissant des secours internationaux en cas de catastrophe et de la réduction des risques de catastrophe. Il reflète une obligation juridique incombant aux diverses parties concernées. La nature de l'obligation de coopération peut varier, en fonction de l'acteur et du contexte dans lequel l'assistance est demandée et offerte. La nature de l'obligation juridique de coopérer fait l'objet de dispositions particulières (d'où le membre de phrase liminaire « [e]n appliquant le présent projet d'articles »), en particulier les projets d'articles 8, sur la réponse aux catastrophes, et 9, concernant la réduction des risques de catastrophe. La Commission a inséré les mots « selon qu'il y a lieu », qui s'appliquent à l'ensemble du projet d'article, à la fois pour renvoyer aux règles spécifiques qui établissent la nature de l'obligation de coopérer entre les différents acteurs mentionnés dans le projet d'article et pour laisser une certaine latitude afin de déterminer, sur le terrain, le caractère « approprié » ou non de la coopération. Ces mots ne s'appliquent pas au niveau de coopération envisagé, mais plutôt aux acteurs avec lesquels la coopération devrait s'établir.

7) Outre la coopération entre États, le projet d'article 7 envisage aussi la coopération avec les acteurs prêtant assistance. Il est fait expressément mention de la coopération avec l'Organisation des Nations Unies, en reconnaissance du rôle central joué par l'Organisation dans la coordination des secours. Le Bureau de la coordination des affaires humanitaires dispose d'un mandat spécial, en application de la résolution 46/182 de l'Assemblée générale, s'agissant d'aider à coordonner les secours internationaux. En application de cette résolution, l'Assemblée générale a créé le poste de coordonnateur des secours d'urgence, auquel est nommé un fonctionnaire de rang élevé chargé d'être le coordonnateur unique de l'Organisation pour les situations d'urgence complexes et les catastrophes naturelles. Le Coordonnateur des secours d'urgence traite les demandes présentées par les États Membres touchés lorsqu'une action coordonnée est nécessaire ; il sert de point de contact central de toutes les opérations de secours d'urgence de l'Organisation et fournit des informations récapitulatives, y compris des informations concernant l'alerte rapide en cas de situation d'urgence.

8) La mention des « autres acteurs prêtant assistance » reprend la définition figurant à l'alinéa *d* du projet d'article 3, qui inclut les organisations intergouvernementales compétentes et les organisations non gouvernementales ou autres entités pertinentes. La Commission a estimé qu'il convenait de distinguer un tel groupe d'entités, c'est-à-dire les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, en reconnaissance du rôle important joué par le Mouvement dans la coopération internationale dans le contexte des situations couvertes par le projet d'articles. La mention faite des composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge inclut le CICR parce que le projet d'articles peut aussi s'appliquer à des situations d'urgence complexes où intervient un conflit armé[93]. Comme cela est mentionné au paragraphe 18 du commentaire du projet d'article 3, la catégorie des « autres acteurs prêtant assistance » est intentionnellement vaste. S'agissant de la réduction des risques de catastrophe, la coopération avec d'autres acteurs est énoncée à l'alinéa *b* du paragraphe 19 du Cadre de Sendai, qui indique que « [p]our réduire les risques de catastrophe, il faut que les responsabilités soient partagées entre le gouvernement central et les autorités, secteurs et intervenants compétents au niveau national », et à l'alinéa *d* du paragraphe 19, qui indique que « [l]a réduction des risques de catastrophe suppose l'engagement et la coopération de la société dans son ensemble »[94].

9) Les formes de coopération dans le contexte de la phase de réponse sont traitées au projet d'article 8 et les formes de coopération de la réduction des risques au projet d'article 9.

Article 8. Formes de coopération en réponse aux catastrophes

La coopération en réponse aux catastrophes inclut notamment l'aide humanitaire, la coordination des opérations de secours et communications internationales et la mise à disposition de personnel de secours, d'équipement et de biens et de ressources scientifiques, médicales et techniques.

Commentaire

1) Le projet d'article 8 vise à préciser les diverses formes que peut revêtir la coopération entre les États touchés, les États qui leur prêtent assistance et les autres acteurs qui leur prêtent assistance, dans le contexte de la réponse aux catastrophes. La coopération est définie en termes généraux dans le projet d'article 7 en tant que principe de base et obligation fondamentale de la réponse aux catastrophes, car elle joue un rôle central dans les opérations de secours. Ce rôle essentiel de la coopération donne lieu à différentes formes de coopération pertinentes dans le contexte visé, qu'il convient de définir de manière plus détaillée. Le présent projet d'article vise donc à préciser le sens du projet d'article 7, sans créer d'obligations juridiques supplémentaires.

2) La liste des formes de coopération énumérées dans le projet d'article 8 − aide humanitaire, coordination des opérations de secours et communications internationales, et

[91] Annexe, par. 5.

[92] Par. 7.

[93] Voir *infra* le paragraphe 8 du commentaire du projet d'article 18.

[94] Cadre de Sendai (voir *supra* la note 19).

mise à disposition de personnel de secours, d'équipement et de biens, et de ressources scientifiques, médicales et techniques − s'inspire plus ou moins de la deuxième phrase du paragraphe 4 de l'article 17 du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières. Ce paragraphe explique l'obligation générale de coopérer, énoncée à l'article 7 dudit projet d'articles, en décrivant la coopération requise dans les situations d'urgence. La deuxième phrase du paragraphe 4 du projet d'article 17 se lit comme suit :

> Cette coopération peut comprendre la coordination des opérations et communications internationales d'urgence et la mise à disposition de personnel d'urgence, de matériel et de fournitures d'urgence, de compétences scientifiques et techniques et d'une aide humanitaire[95].

Cette disposition ayant été rédigée en référence à un contexte similaire − la nécessité de coopérer lorsqu'une situation d'urgence touche un aquifère transfrontière − la Commission a estimé que les termes employés constituaient un point de départ utile pour la rédaction du projet d'article 8. Le texte de celui-ci a toutefois été adapté de sorte qu'il reflète convenablement le contexte et l'objet du présent projet d'articles, et qu'il couvre les principaux domaines de coopération visés dans les instruments internationaux régissant les réponses en cas de catastrophe. Une formulation analogue figure dans la Déclaration de l'ASEAN sur l'assistance mutuelle en cas de catastrophe naturelle, en date du 26 juin 1976, dans laquelle on peut lire :

> Les États membres, en fonction de leurs compétences respectives, contribuent à : *a*) l'amélioration des voies de communication entre eux pour faciliter les alertes en cas de catastrophe ; *b*) les échanges d'experts et de stagiaires ; *c*) l'échange d'informations et de documents ; et *d*) la distribution de matériel médical et la fourniture de services et de secours d'urgence[96].

Dans le même esprit, l'Assemblée générale énonce, dans sa résolution 46/182, les domaines dans lesquels il serait utile que l'Organisation des Nations Unies assume un rôle de coordination et encourage la coopération, et recommande ainsi d'établir une coordination en ce qui concerne « les personnels spécialisés et équipes de spécialistes techniques, ainsi que des fournitures, matériels et services d'urgence […][97] ».

3) Le début du projet d'article 8 confirme que les formes de coopération mentionnées sont celles qui présentent un intérêt lors de la phase de réponse après le début d'une catastrophe ou de la phase de relèvement après une catastrophe. Elles ont trait par nature à la fourniture ou à la facilitation des secours aux personnes touchées. La coopération pendant la phase précédant la catastrophe, y compris la prévention des catastrophes, la préparation aux catastrophes et l'atténuation de leurs effets, est traitée dans le projet d'article 9. Par conséquent, le projet d'article 8, qui doit être lu à la lumière des autres projets d'article, vise l'objet du sujet dans son ensemble, tel qu'il est énoncé au projet d'article 2, à savoir « faciliter une réponse aux catastrophes […] qui soi[t] adéquat[e] et efficac[e], de manière à répondre aux besoins essentiels des personnes concernées, dans le plein respect de leurs droits ». Dans le contexte du sujet considéré, le but ultime de l'obligation de coopérer et, partant, de toutes les formes de coopération mentionnées au projet d'article 8, est la protection des personnes touchées par les catastrophes.

4) Si le projet d'article met en avant des formes précises de coopération, la liste qu'il donne ne se veut pas exhaustive, mais est indicative des principaux domaines dans lesquels la coopération peut être opportune selon les circonstances. Le caractère non exhaustif de la liste est mis en évidence par les termes « inclut notamment » et leur équivalent dans les autres langues officielles. La Commission a estimé que les formes de coopération mentionnées dans ce projet d'article correspondaient aux principaux domaines dans lesquels une coopération pouvait être justifiée, et qu'elles étaient suffisamment larges pour englober une grande variété d'activités de coopération. La coopération peut donc comprendre les activités mentionnées, mais pas exclusivement ; d'autres formes de coopération non précisées dans le projet d'article ne sont pas exclues, comme l'aide financière, le transfert de technologie, notamment dans le domaine de l'imagerie satellitaire, la formation, le partage d'informations, les exercices de simulation conjoints et la planification commune, et la réalisation d'évaluations des besoins et de la situation d'ensemble.

5) Le projet d'article 8 indique différentes formes possibles de coopération et n'entend donc pas imposer aux États touchés ou aux autres acteurs qui leur prêtent assistance des obligations juridiques supplémentaires d'entreprendre certaines activités. Néanmoins, la coopération peut également s'inscrire dans le cadre des obligations existantes. Par exemple, un État touché peut avoir l'obligation d'informer ou d'aviser, dès le début d'une catastrophe, d'autres États et d'autres acteurs prêtant assistance qui sont chargés de recueillir des informations, de fournir des moyens d'alerte rapide et de coordonner l'aide fournie par la communauté internationale. Cette obligation est envisagée à l'article 17 des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, adoptés en 2001, qui dispose ce qui suit :

> L'État d'origine notifie, sans tarder et en utilisant les moyens les plus rapides dont il dispose, à l'État susceptible d'être affecté une situation d'urgence concernant une activité entrant dans le champ d'application des présents articles et lui communique toutes les informations pertinentes en sa possession[98].

6) Les formes que prendra la coopération seront nécessairement fonction de divers facteurs, y compris, entre autres, la nature de la catastrophe, les besoins des personnes concernées, et les capacités de l'État touché et des autres acteurs lui prêtant assistance. Tout comme le principe même de la coopération, les formes de coopération énoncées au projet d'article 8 impliquent une réciprocité, la coopération n'étant pas un acte unilatéral, mais un acte exigeant un comportement collaboratif de la part de plusieurs parties[99]. Ainsi, l'objet du projet d'article est non pas d'énumérer les activités que peut entreprendre un État prêtant assistance, mais d'indiquer les domaines dans

---

[95] Résolution 63/124 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 2008, annexe ; pour le commentaire s'y rapportant, voir *Annuaire… 2008*, vol. II (2e partie), p. 45 et suiv.

[96] *ASEAN Documents Series 1976*. Voir aussi *Malaya Law Review*, vol. 20 (1978), p. 411.

[97] Annexe, par. 27.

[98] Résolution 62/68 de l'Assemblée générale, annexe ; pour le commentaire s'y rapportant, voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 181 et suiv.

[99] Voir *supra* le paragraphe 6 du commentaire du projet d'article 7.

lesquels il peut être opportun d'harmoniser, par la concertation, les initiatives menées par l'État touché et par les autres acteurs lui prêtant assistance.

7) La coopération dans les domaines mentionnés doit s'opérer en conformité avec les autres projets d'article. Par exemple, de même que pour la coopération visée au projet d'article 7, les formes de coopération visées au projet d'article 8 doivent être compatibles avec le projet d'article 10, qui reconnaît à l'État touché le rôle principal dans les opérations de secours en cas de catastrophe, en vertu de sa souveraineté. La coopération doit également respecter l'exigence du consentement de l'État touché à l'assistance extérieure (projet d'article 13), ainsi que le droit qui est reconnu à l'État touché de poser des conditions opportunes à la fourniture de l'assistance extérieure, en particulier en ce qui concerne les besoins identifiés des personnes sinistrées et la qualité de l'assistance (projet d'article 14). La coopération est également visée au projet d'article 15, qui reconnaît à l'État touché un rôle à jouer pour faciliter la fourniture prompte et effective de l'assistance extérieure aux personnes touchées par une catastrophe. Ainsi, dès lors que le projet d'article 8 ne crée pas d'obligations juridiques supplémentaires, la relation entre l'État touché, les États lui prêtant assistance et les autres acteurs prêtant assistance en ce qui concerne les formes de coopération susmentionnées sera régie conformément aux autres dispositions du présent projet d'articles.

8) L'aide humanitaire est délibérément placée au premier rang des formes de coopération mentionnées au projet d'article 8, la Commission estimant qu'elle revêt une importance cruciale dans le contexte des secours en cas de catastrophe. La deuxième catégorie − coordination des opérations de secours et communications internationales − se veut suffisamment large pour englober la plupart des initiatives de coopération entreprises durant la phase des secours, et peut inclure la coordination, la supervision et la facilitation, du point de vue logistique, des activités et des déplacements du personnel de secours ainsi que du transport du matériel de secours et de l'échange d'informations relatives à la catastrophe. L'échange d'informations est souvent visé dans les instruments axés sur la coopération pendant la phase précédant la catastrophe, en tant que moyen de prévention permettant de réduire les risques de catastrophe[100], mais la communication et l'information sont utiles également pendant la phase d'action en cas de catastrophe, pour surveiller l'évolution de la situation et faciliter la coordination des opérations de secours entre les différents acteurs. Plusieurs instruments couvrent la question des communications et du partage d'informations dans le contexte des secours en cas de catastrophe[101]. Par «mise à disposition de personnel de secours, d'équipement et de biens et de ressources scientifiques, médicales et techniques», on entend la fourniture de toutes les ressources nécessaires aux réponses en cas de catastrophe. La référence au «personnel» peut viser la mise à disposition d'équipes de professionnels de santé, de sauveteurs, d'ingénieurs et de techniciens, de traducteurs et d'interprètes ou d'autres personnes participant aux activités de secours au nom d'un des acteurs concernés − État touché, État prêtant assistance ou autres acteurs prêtant assistance − et la coopération entre ces équipes. Le terme «ressources» englobe les compétences et les connaissances scientifiques, techniques et médicales ainsi que les équipements, les instruments, les médicaments et tout autre matériel pouvant être utile aux opérations de secours.

Article 9. Réduction des risques de catastrophe

1. Chaque État réduit les risques de catastrophe en adoptant les mesures appropriées, y compris d'ordre législatif et réglementaire, pour prévenir les catastrophes, atténuer leurs effets et s'y préparer.

2. Les mesures de réduction des risques de catastrophe incluent notamment la réalisation d'évaluations des risques, la collecte et la diffusion d'informations relatives aux risques et aux pertes subies dans le passé, ainsi que la mise en place et l'exploitation de systèmes d'alerte rapide.

Commentaire

1) Le projet d'article 9 traite de l'obligation de réduire les risques de catastrophe. Il comprend deux paragraphes. Le paragraphe 1 énonce l'obligation fondamentale de réduire les risques de catastrophe en prenant certaines mesures, et le paragraphe 2 donne une liste indicative de ces mesures.

2) Ainsi que cela est indiqué dans le projet d'article 2, la réduction des risques de catastrophe relève du champ d'application du présent projet d'articles. La notion de réduction des risques de catastrophe, qui a son origine dans plusieurs résolutions de l'Assemblée générale, a été étoffée lors de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes naturelles, tenue à Yokohama (Japon) du 23 au 27 mai 1994[102], dans le Cadre d'action de Hyogo, dans le Cadre de Sendai et lors de plusieurs sessions de la Plateforme mondiale pour la réduction des risques de catastrophe.

3) Lors de la quatrième session de la Plateforme mondiale pour la réduction des risques de catastrophe, tenue en 2013, le Président a, dans sa déclaration de clôture, appelé l'attention sur le fait qu'«[i]l [était] de plus en plus reconnu que la prévention et la réduction des risques de catastrophe [étaient] une obligation légale, qui englob[ait] les évaluations des risques, l'établissement de systèmes d'alerte rapide, et le droit d'accéder à l'information sur les risques[103]». À la troisième Conférence mondiale des Nations Unies sur la réduction des risques de catastrophe,

[100] Voir, par exemple, l'Accord de l'ASEAN, art. 18, par. 1.

[101] Voir, par exemple, l'article 3 de la Convention de Tampere (qui préconise «[l]a mise en œuvre d'équipement de télécommunication de Terre et par satellite pour prévoir et surveiller les risques naturels, les risques sanitaires et les catastrophes et pour fournir des informations y relatives» et «[l]e partage des informations concernant les risques naturels, les risques sanitaires et les catastrophes entre les États parties et avec d'autres États et des entités autres que des États, et la diffusion de ces informations auprès du public et notamment des communautés exposées»); et les Directives d'Oslo (note 30 *supra*), par. 54. Voir aussi l'étude du Secrétariat sur la protection des personnes en cas de catastrophe (A/CN.4/590 [et Add.1 à 3]) [note 14 *supra*], par. 158 à 173.

[102] *Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes naturelles, Yokohama, 23-27 mai 1994* (A/CONF.172/9), chap. I, résolution 1, annexe I: Stratégie de Yokohama pour un monde plus sûr – Directives pour la prévention des catastrophes naturelles, la préparation aux catastrophes et l'atténuation de leurs effets.

[103] Bureau des Nations Unies pour la prévention des catastrophes, *Compte rendu de la quatrième session de la plate-forme mondiale pour*

« les États ont également renouvelé l'engagement qu'ils avaient pris d'agir d'urgence pour atténuer les risques de catastrophe et accroître la résilience[104] ». Le Cadre de Sendai souligne qu'« [i]l faut d'urgence prévoir, planifier et réduire les risques de catastrophe pour mieux protéger les êtres humains, les collectivités et les pays », et que « partout, ceux qui créent de tels risques doivent rendre des comptes »[105]. En outre, il énonce le principe selon lequel « [c]haque État est responsable au premier chef de la prévention et de la réduction des risques de catastrophe, notamment par le recours à la coopération internationale, régionale, sous-régionale, transfrontière ou bilatérale[106] ». Enfin, il souligne qu'afin de parvenir à « [l]a réduction substantielle des pertes et des risques liés aux catastrophes en termes de vies humaines, d'atteinte aux moyens de subsistance et à la santé des personnes, et d'atteinte aux biens économiques, physiques, sociaux, culturels et environnementaux des personnes, des entreprises, des collectivités et des pays[107] », il faut chercher à atteindre l'objectif suivant : « [é]carter les nouveaux risques de catastrophe et réduire les risques existants en prenant des mesures intégrées et globales dans les domaines économique, structurel, juridique, social, culturel, environnemental, technologique, politique et institutionnel et dans les secteurs de la santé et de l'éducation qui permettent d'éviter l'exposition aux aléas ou de réduire la vulnérabilité aux catastrophes, améliorent la préparation à l'intervention et aux activités de relèvement, et renforcent ainsi la résilience[108] ».

4) La Commission se fonde sur les principes fondamentaux de la souveraineté de l'État et de la non-intervention, et s'inspire en même temps de principes du droit international des droits de l'homme, notamment les obligations qu'ont contractées les États pour ce qui est de respecter et de protéger les droits de l'homme, en particulier le droit à la vie. La protection implique une obligation positive, à la charge des États, de prendre les mesures nécessaires et appropriées pour prévenir les préjudices que pourrait causer une catastrophe imminente. Plusieurs décisions de juridictions internationales le confirment, en particulier les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Öneryildiz c. Turquie*[109] et *Boudaïeva et autres c. Russie*[110], dans lesquels la Cour a confirmé l'obligation de prendre des mesures préventives. Par ailleurs, le projet d'article 9 tient compte de plusieurs principes du droit international de l'environnement, y compris le principe de la « diligence requise ».

5) Un fondement juridique important du projet d'article 9 est la pratique largement répandue des États témoignant de leur engagement en faveur de la réduction des risques de catastrophe. Des États et des organisations internationales ont conclu à cette fin des accords multilatéraux, régionaux et bilatéraux, notamment l'Accord de Paris (2015) ; Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 (2015)[111] ; le Programme d'action d'Addis-Abeba issu de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement (2015)[112] ; les Modalités d'action accélérées des petits États insulaires en développement (Orientations de Samoa) (2014)[113] ; l'Accord de l'ASEAN[114] ; le Plan d'action de Beijing pour l'atténuation des risques de catastrophe en Asie (2005)[115] ; la Déclaration de Delhi sur la réduction des risques de catastrophe en Asie (2007)[116] ; la Déclaration de Kuala Lumpur sur la réduction des risques de catastrophe en Asie (2008)[117] ; la Déclaration d'Incheon sur la réduction des risques de catastrophe en Asie et dans le Pacifique (2010)[118] ; la Feuille de route régionale d'Incheon et le Plan d'action pour la réduction des risques de catastrophe par l'adaptation aux changements climatiques en Asie et dans le Pacifique[119], réaffirmant le Cadre d'action de Hyogo et proposant des initiatives asiatiques en vue de l'adaptation au changement climatique et de la réduction des risques de catastrophe, compte tenu de la vulnérabilité de la région ; la déclaration adoptée à la réunion de la Plateforme océanienne pour la gestion des risques de catastrophe, intitulée « La voie à suivre : vers un développement résilient face aux risques climatiques et aux catastrophes dans le Pacifique » (2014)[120] ; le Cadre de coopération pour renforcer la coopération régionale entre les autorités de gestion des catastrophes de la région de l'Asie centrale et du Caucase du Sud dans le domaine de la réduction des risques de catastrophe (2015)[121] ; la Stratégie régionale africaine pour la réduction des risques de catastrophe (2004)[122], élaborée par l'Union africaine et suivie d'un programme d'action pour sa mise en œuvre (initialement pour la période allant de 2005 à 2010, mais

la réduction des risques de catastrophe, Genève, 19-23 mai 2013 : investir aujourd'hui pour des lendemains plus sûrs, p. 13.

[104] Cadre de Sendai (voir *supra* la note 19), avant-propos, par. 2 (note de bas de page omise). Voir la Déclaration de Sendai dans la résolution 69/283 de l'Assemblée générale, annexe I.

[105] Cadre de Sendai (voir *supra* la note 19), par. 5 et 6.

[106] Ibid., par. 19 *a* (principes directeurs).

[107] Ibid., par. 16 (résultat escompté).

[108] Ibid., par. 17 (objectif à atteindre).

[109] *Öneryıldız c. Turquie* [GC], nº 48939/99, CEDH 2004-XII.

[110] *Boudaïeva et autres c. Russie* (voir *supra* la note 61).

[111] Résolution 70/1 de l'Assemblée générale en date du 25 septembre 2015.

[112] Résolution 69/313 de l'Assemblée générale en date du 27 juillet 2015, annexe.

[113] Résolution 69/15 de l'Assemblée générale en date du 14 novembre 2014, annexe.

[114] L'Accord de l'ASEAN est le premier traité international sur la prévention des risques de catastrophe élaboré après l'adoption du Cadre d'action de Hyogo.

[115] Adopté à la Conférence asiatique sur la prévention des catastrophes, tenue à Beijing du 27 au 29 septembre 2005.

[116] Adoptée à la deuxième Conférence ministérielle asiatique sur la réduction des risques de catastrophe, tenue à New Delhi les 7 et 8 novembre 2007.

[117] Adoptée à la troisième Conférence ministérielle asiatique sur la réduction des risques de catastrophe, tenue à Kuala Lumpur du 2 au 4 décembre 2008. Disponible à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/files/3089_KLDeclarationonDisasterRiskReductioninAsia202008.pdf.

[118] Adoptée à la quatrième Conférence ministérielle asiatique sur la réduction des risques de catastrophe, tenue à Incheon (République de Corée) du 25 au 28 octobre 2010. Disponible à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/files/16327_finalincheondeclaration1028.pdf.

[119] Voir www.unisdr.org/files/20382_summaryof4hamcdrr.pdf.

[120] Document final de la sixième session de la Plateforme océanienne pour la gestion des risques de catastrophe, 2-4 juin 2014, Suva (Fidji), document A/CONF.224/PC(I)/9.

[121] Adopté à la Réunion ministérielle régionale des autorités chargées de la gestion des catastrophes des pays de l'Asie centrale et du Caucase du Sud, tenue à Bichkek le 30 janvier 2015. Disponible à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/files/42374_frameworkofcooperationregionaldrrca.pdf.

[122] Disponible à l'adresse suivante : www.unisdr.org/files/4038_africaregionalstrategy1.pdf.

prolongé par la suite jusqu'en 2015)[123] ; le projet de loi de la Communauté d'Afrique de l'Est sur la réduction des risques de catastrophe et la gestion des catastrophes (2013)[124] ; quatre sessions de la Plateforme régionale africaine pour la réduction des risques de catastrophe, dont la plus récente s'est tenue en 2013[125] ; la Déclaration de Yaoundé sur la mise en œuvre du Cadre de Sendai en Afrique (2015)[126] ; la Stratégie arabe pour la réduction des risques de catastrophes d'ici à 2020 (2010)[127] ; la Déclaration de Charm el-Cheikh sur la réduction des risques de catastrophe (2014)[128] ; la Déclaration d'Asunción sur des principes directeurs en vue de l'adoption d'un plan d'action régional pour l'application du Cadre de Sendai 2015-2030 (2016)[129] ; la Déclaration d'Aqaba sur la réduction des risques de catastrophe dans les villes (2013)[130] ; le Protocole du Parlement latino-américain sur la gestion des risques de catastrophe en Amérique latine et dans les Caraïbes (2013)[131] ; le Communiqué de Guayaquil de la quatrième session de la Plateforme régionale pour la prévention des catastrophes dans les Amériques (2014)[132] ; le Communiqué de Nayarit sur les mesures à prendre pour renforcer la réduction des risques de catastrophe dans les Amériques (2011)[133] ; le résultat de la Conférence ministérielle européenne sur la réduction des risques de catastrophe : vers un cadre de réduction des risques de catastrophe pour l'après-2015 − Pour des nations et des collectivités résilientes face aux catastrophes (2014)[134] ; la sixième réunion annuelle du Forum européen pour la réduction des risques de catastrophe − Feuille de route pour la mise en œuvre du Cadre de Sendai (2015)[135] ; la déclaration commune des Ministres des affaires étrangères des pays du Processus de coopération d'Europe du Sud-Est intitulée « Solidarity in Action » (2013)[136] ; le mécanisme de protection civile de l'Union européenne (2013)[137] ; la résolution 6 sur le renforcement des cadres juridiques applicables aux interventions en cas de catastrophe, à la réduction des risques et aux premiers secours, adoptée à la trente-deuxième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (2015)[138] ; et le plan d'action de la Commission européenne sur le Cadre de Sendai (2016)[139].

6) L'incorporation par les États de mesures de réduction des risques de catastrophe dans leurs politiques et ordres juridiques nationaux témoigne également de cet engagement. Il ressort d'une compilation de rapports nationaux de suivi de la mise en œuvre du Cadre d'action de Hyogo[140] et d'autres sources que, en 2016, 64 États ou régions ont annoncé avoir adopté des politiques spécifiques de réduction des risques de catastrophe, couvrant ainsi de manière homogène tous les continents et parties du monde, y compris les principales zones à risque. Ces États sont les suivants : Algérie, Allemagne, Anguilla, Argentine, Arménie, Bangladesh, Bolivie (État plurinational de), Brésil, Canada, Cabo Verde, Chili, Colombie, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Cuba, États-Unis d'Amérique, ex-République yougoslave de Macédoine, Fidji, Finlande, Géorgie, Ghana, Guatemala, Honduras, Îles Cook, Îles Marshall, Îles Vierges britanniques, Inde, Indonésie, Italie, Japon, Kenya, Liban, Madagascar, Malawi, Malaisie, Maldives, Maroc, Maurice, Mexique, Mongolie, Mozambique, Népal, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Panama, Paraguay, Pérou, Pologne, République arabe syrienne, République démocratique populaire lao, République dominicaine, République-Unie de Tanzanie, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Samoa, Sénégal, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Vanuatu et Venezuela (République bolivarienne du). Plus récemment, le Bureau des Nations Unies pour la prévention des catastrophes a recensé 93 États[141] qui s'étaient dotés de dispositifs nationaux pour la réduction des risques de catastrophe qui, selon le Cadre de Sendai, sont des pôles de coordination des pouvoirs publics, composés de parties prenantes aux

[123] Programme d'action élargi pour la mise en œuvre de la Stratégie régionale africaine sur la prévention des risques de catastrophe (2006-2015). Disponible à l'adresse suivante : www.unisdr.org/files/19613_bookletpoafrench.pdf.

[124] Disponible à l'adresse suivante : www.unisdr.org/files/48230_eacdrrbill.pdf.

[125] Bureau des Nations Unies pour la prévention des catastrophes, « Africa seeks united position on disaster risk reduction », 13 février 2013. Disponible à l'adresse suivante : www.unisdr.org/archive/31224.

[126] Adoptée à la quatrième Session de haut niveau sur la réduction des risques de catastrophe, tenue à Yaoundé le 23 juillet 2015. Disponible à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/files/43907_43907yaoundedeclarationfr.pdf.

[127] Adoptée par le Conseil des ministres de la région arabe chargés des questions d'environnement à sa vingt-deuxième session, tenue au Caire les 19 et 20 décembre 2010. Disponible à l'adresse suivante : www.unisdr.org/files/18903_17934asdrrfinalenglishjanuary20111.pdf.

[128] Adoptée à la deuxième Conférence arabe sur la réduction des risques de catastrophe, tenue à Charm el-Cheikh (Égypte) du 14 au 16 septembre 2014. Disponible à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/files/42726_42726sharmdeclarationpublicationfin[1].pdf.

[129] Adoptée à la première Réunion des ministres et des responsables de haut niveau sur la mise en œuvre du Cadre de Sendai pour la réduction des risques de catastrophe 2015-2030 dans les Amériques, tenue à Asunción les 8 et 9 juin 2016. Disponible à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/files/49235_asunciondeclaration2016.pdf.

[130] Adoptée à la première Conférence arabe sur la réduction des risques de catastrophe, tenue à Aqaba (Jordanie) du 19 au 21 mars 2013. Disponible à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/files/31093_aqabadeclarationfrenchfinaldraft.pdf.

[131] https://eird.org/americas/noticias/protocolo-sobre-gestion-del-riesgo.pdf.

[132] La quatrième session a eu lieu à Guayaquil (Équateur) du 27 au 29 mai 2014. Disponible à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/files/37662_communiqueguayaquilpr1428may14%5b1%5d.pdf.

[133] Adopté à la deuxième session de la Plateforme régionale pour la prévention des catastrophes dans les Amériques, tenue à Nayarit (Mexique) du 15 au 17 mars 2011. Disponible à l'adresse suivante : www.unisdr.org/files/18603_communiquenayarit.pdf.

[134] Résultat de la Conférence ministérielle européenne sur la réduction des risques de catastrophe, document A/CONF.224/PC(I)/12.

[135] La sixième réunion annuelle a eu lieu à Paris du 7 au 9 octobre 2015. Disponible à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/files/55096_55096efdrrroadmap20152020anditsacti.pdf.

[136] Adoptée par les Ministres à Ohrid (ex-République yougoslave de Macédoine) le 31 mai 2013. Disponible à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/files/31414_solidarityinactionjointstatement.pdf.

[137] Décision nº 1313/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relative au mécanisme de protection civile de l'Union, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 347 (20 décembre 2013).

[138] La Conférence a eu lieu à Genève du 8 au 10 décembre 2015. Disponible à l'adresse suivante : https://rcrcconference.org/app/uploads/2015/04/32IC-AR6-Legal-frameworks-for-disaster_FR.pdf.

[139] Voir Commission européenne, « Action Plan on the Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030: A disaster risk-informed approach for all EU policies », document de travail, SWD(2016) 205 final/2, 17 juin 2016. Disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/echo/sites/echo-site/files/sendai_swd_2016_205_0.pdf.

[140] Cadre d'action de Hyogo, priorité 1, indicateur de base 1.1. Voir www.preventionweb.net/english/hyogo/progress.

[141] Pour consulter la liste des États qui ont adopté une plateforme nationale, voir www.undrr.org/.

niveaux national et local, tels que des dispositifs nationaux et locaux de réduction des risques de catastrophe, visant notamment à déterminer les risques de catastrophe sectoriels et multisectoriels, à sensibiliser le public aux risques de catastrophe et à faire mieux comprendre ceux-ci grâce à l'échange et à la diffusion d'informations et de données à caractère non sensible, à contribuer à l'élaboration de rapports sur les risques de catastrophe au plan local comme au plan national et à leur coordination, à coordonner des campagnes de sensibilisation du public aux risques de catastrophe, à faciliter et à appuyer la coopération multisectorielle locale (par exemple entre les administrations locales) et à contribuer à l'élaboration de plans de gestion des risques de catastrophe et de toutes les politiques s'y rapportant aux niveaux national et local, et à en rendre compte[142]. Plusieurs pays ont adopté une législation consacrée à la réduction des risques de catastrophe, sous forme de textes autonomes ou de textes s'insérant dans un cadre juridique plus général concernant à la fois la gestion des risques de catastrophe et les réponses en cas de catastrophe. C'est notamment le cas de l'Algérie[143], du Cambodge[144], du Cameroun[145], de la Chine[146], d'El Salvador[147], de la Slovénie[148], des États-Unis[149], de l'Estonie[150], des Philippines[151], de la France[152], de la Géorgie[153], du Guatemala[154], d'Haïti[155], de la Hongrie[156], de l'Inde[157], de l'Indonésie[158], de l'Italie[159], de Madagascar[160], de la Namibie[161], de la Nouvelle-Zélande[162], du Pakistan[163], du Pérou[164], de la République de Corée[165], de la République dominicaine[166], de l'Afrique du Sud[167] et de la Thaïlande[168].

7) Le projet d'article 9 doit être lu conjointement avec les règles d'applicabilité générale figurant dans le présent projet d'articles, y compris celles concernant principalement la réponse à une catastrophe.

8) Le paragraphe 1 commence par les mots « Chaque État ». La Commission a préféré utiliser cette formule plutôt que les termes « les États » pour des raisons de cohérence avec les projets d'article déjà adoptés, dans lesquels elle avait pris soin de désigner l'État ou les États ayant l'obligation juridique d'agir. Dans les projets d'article traitant directement de la réponse en cas de catastrophe, une distinction existe entre le ou les États touchés et les autres États ; en revanche, avant une catastrophe, l'obligation en question s'impose à chaque État. De plus, ainsi qu'il ressort du paragraphe 2, l'obligation de prévenir les risques appelle la prise de mesures essentiellement au niveau national. Les mesures de ce type qui nécessitent des contacts entre États ou avec d'autres entités susceptibles de prêter assistance sont censées être couvertes par le projet d'article 7. En d'autres termes, l'obligation s'applique à chaque État individuellement. C'est pourquoi la Commission a décidé de ne pas utiliser l'expression « les États », également pour éviter de porter à croire qu'il s'agit d'une obligation collective.

9) L'utilisation du temps présent signifie qu'il existe une obligation juridique internationale d'agir comme le prescrit le paragraphe et c'est là la manière la plus succincte d'exprimer cette obligation juridique. Tous les États ont la même obligation, mais il est rendu compte dans l'expression « en adoptant les mesures appropriées » des différences existant dans les moyens dont chacun dispose pour donner effet à cette obligation.

10) Il s'agit de l'obligation de « réduction des risques de catastrophe ». La Commission a adopté cette formule pour tenir compte du fait que la position actuelle de la communauté internationale, telle qu'elle est exprimée dans plusieurs textes majeurs, dont le Cadre de Sendai est le plus récent, est que l'attention doit être portée sur

---

[142] Cadre de Sendai (voir *supra* la note 19), par. 27 *g*.

[143] Loi nº 04-20 du 25 décembre 2004 relative à la prévention des risques majeurs et à la gestion des catastrophes dans le cadre du développement durable, *Journal officiel de la République algérienne*, nº 84 (29 décembre 2004).

[144] Loi sur la gestion des catastrophes, NS/RKM/0715/007, approuvée par le Sénat le 30 juin 2015. Disponible à l'adresse suivante : www.ifrc.org/Global/Publications/IDRL/DM%20acts/Cambodia%20DM%20Law_English.pdf.

[145] Arrêté nº 037/PM du 19 mars 2003 portant création, organisation et fonctionnement d'un observatoire national des risques.

[146] Loi sur les interventions d'urgence (2007). Disponible à l'adresse suivante : http://english.mee.gov.cn/Resources/laws/envir_elatedlaws/201705/t20170514_414040.shtml.

[147] Loi sur la protection civile, la prévention des catastrophes et l'atténuation de leurs effets (2005).

[148] Loi sur la protection contre les catastrophes naturelles et autres aléas (2006).

[149] Loi nº 106-390 sur l'atténuation des effets des catastrophes (2000).

[150] Loi sur la préparation aux situations d'urgence (2000).

[151] Loi sur la gestion des risques de catastrophe (2006).

[152] Loi nº 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, *Journal officiel de la République française* (31 juillet 2003).

[153] Loi sur la sécurité publique, nº 2467-IIს (2014). Disponible à l'adresse suivante : https://matsne.gov.ge/en/document/view/2363013.

[154] Loi nº 109-96 sur la Commission nationale de coordination chargée de la prévention des catastrophes (1996).

[155] Ministère de l'intérieur et des collectivité locales, « Plan national de gestion des risques et des désastres », février 2001.

[156] Loi LXXIV sur la gestion et l'organisation des mesures de protection et de lutte contre les accidents majeurs impliquant des substances dangereuses (1999).

[157] Loi nº 53 sur la gestion des catastrophes (2005), *The Gazette of India*, nº 64 (26 décembre 2005).

[158] Loi nº 24 sur la gestion des catastrophes (2007).

[159] Décret portant création d'une plateforme nationale pour la réduction des risques de catastrophe (2008).

[160] Décret nº 2005-866 fixant les modalités d'application de la loi nº 2003-010 du 5 septembre 2003 relative à la politique nationale de gestion des risques et des catastrophes (2005).

[161] Loi nº 10 sur la gestion des risques de catastrophe (2012), *Government Gazette of the Republic of Namibia*, nº 5029 (3 septembre 2012).

[162] Ordonnance portant création du plan de gestion des situations d'urgence intéressant la défense civile nationale, SR 2005/295 (2005).

[163] Loi XXIV sur la gestion des catastrophes (2010), *The Gazette of Pakistan* (11 décembre 2010). Voir également la déclaration officielle du Gouvernement pakistanais à la troisième session de la Plateforme mondiale pour la réduction des risques de catastrophe, en 2011, disponible à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistanofficialstatement.pdf.

[164] Loi nº 29664 portant création du système national de gestion des risques de catastrophe (2011).

[165] Loi sur les réponses en cas de catastrophe naturelle (1995), et loi sur la gestion des catastrophes (2010).

[166] Décret nº 874-09 portant approbation du règlement d'application de la loi nº 147-02 sur la gestion des risques et portant abrogation des chapitres 1, 2, 3, 4 et 5 du décret nº 932-03 (2009).

[167] Loi nº 57 sur la gestion des catastrophes (2002), *Government Gazette*, vol. 451, nº 24252 (15 janvier 2003).

[168] Loi sur la prévention des catastrophes et l'atténuation de leurs effets (2007).

la réduction du risque de dommages résultant d'un aléa, par opposition à la prévention et à la gestion des catastrophes elles-mêmes. C'est pourquoi l'accent est mis au paragraphe 1 sur la réduction des risques de catastrophe. Cela suppose l'adoption de certaines mesures pour prévenir les catastrophes, en atténuer les effets et s'y préparer. L'obligation envisagée est une obligation de comportement et non de résultat ; en d'autres termes, il s'agit non pas de prévenir les catastrophes ou d'en atténuer les effets de façon complète, mais plutôt de réduire le dommage qui risque d'en résulter.

11) L'expression « en adoptant les mesures appropriées » indique le comportement spécifique qui est requis. Outre la précision supplémentaire qu'apportent les mots « d'ordre législatif et réglementaire » expliqués au paragraphe 13 *infra*, les « mesures » à prendre sont qualifiées d'« appropriées », ce qui est conforme à la pratique en vigueur. Le mot « appropriées » sert donc à préciser qu'il ne s'agit pas ici de mesures générales, mais de mesures spécifiques et concrètes pour prévenir les catastrophes, en atténuer les effets et s'y préparer. Ce qui pourrait être « approprié » dans un cas particulier doit être apprécié du point de vue de l'objectif déclaré des mesures à prendre, à savoir « prévenir les catastrophes, atténuer leurs effets et s'y préparer », de manière à réduire les risques. Cela doit être évalué dans le contexte plus large des moyens de l'État concerné et des ressources dont ce dernier dispose, comme indiqué au paragraphe 9 *supra*. En conséquence, l'expression « en adoptant les mesures appropriées » vise à préciser le caractère relatif de l'obligation. L'obligation fondamentale de diligence est inhérente à la notion d'« approprié ». Il est en outre entendu que l'efficacité des mesures en question est visée implicitement dans cette formule.

12) Le paragraphe indique, par les mots « y compris d'ordre législatif et réglementaire », le contexte spécifique dans lequel les mesures doivent être prises. Le résultat envisagé consiste en plusieurs mesures concrètes qui sont généralement prises dans le contexte d'un cadre législatif ou réglementaire. C'est pourquoi, pour les États qui ne sont pas déjà dotés d'un tel cadre juridique, l'obligation générale de réduire les risques de catastrophe emporte l'obligation d'en mettre un en place afin de pouvoir prendre les mesures « appropriées ». L'expression « d'ordre législatif et réglementaire » doit être entendue au sens large, comme englobant le maximum de types de mesures d'ordre juridique, puisqu'il est généralement admis que c'est la manière la plus commune et efficace de faciliter (d'où le mot *through* dans la version anglaise) la prise de mesures de réduction des risques de catastrophe au niveau national.

13) Les mots « y compris » indiquent que, si les mesures « d'ordre législatif et réglementaire » sont peut-être les principales méthodes, il peut y avoir d'autres dispositifs permettant de prendre de telles mesures. Les mots « y compris » ont été choisis pour que la disposition ne soit pas interprétée comme exigeant toujours l'adoption et la mise en œuvre de mesures législatives et réglementaires spécifiques. Cela laisse un certain pouvoir discrétionnaire à chaque État pour décider du type de cadre juridique applicable, étant entendu qu'être doté d'un cadre juridique anticipant la prise de « mesures appropriées » est une condition *sine qua non* de la réduction des risques de catastrophe.

14) L'expression « d'ordre législatif et réglementaire » sous-entend que des mécanismes de mise en œuvre et d'engagement de la responsabilité en cas de non-exécution soient définis dans le cadre de l'ordre juridique interne. Ces questions, bien qu'importantes, ne sont pas les seules pouvant faire l'objet de mesures législatives et réglementaires dans le domaine de la réduction des risques de catastrophe.

15) Le dernier membre de phrase, à savoir « pour prévenir les catastrophes, atténuer leurs effets et s'y préparer », vise le but des mesures « appropriées » que les États doivent prendre avant qu'une catastrophe se produise pour faire face aux situations d'exposition, de vulnérabilité et de danger, l'objectif ultime étant de réduire les risques de catastrophe. Il reprend la formule qui est utilisée dans les principaux instruments relatifs à la réduction des risques de catastrophe. La Commission a tenu compte du fait qu'adopter une formulation différente risquait de donner lieu à des interprétations *a contrario* quant aux types d'activités attendues dans le cadre du projet d'article. En outre, elle était d'avis que ce dernier membre de phrase répondrait aux exigences du Cadre de Sendai, s'agissant de prévenir l'apparition de nouveaux risques et de réduire ceux qui existent déjà, et de renforcer ainsi la résilience.

16) La *Terminologie pour la prévention des risques de catastrophe* établie en 2009[169] par le Bureau des Nations Unies pour la prévention des catastrophes illustre le sens de chacun des trois mots utilisés, prévention, atténuation et préparation :

> [La prévention est l'][e]nsemble d'activités permettant d'éviter complètement l'impact négatif des aléas […].
>
> […] La prévention (c'est-à-dire la prévention des catastrophes) exprime le concept et l'intention d'éviter complètement les effets négatifs éventuels par le biais de mesures prises à l'avance. […] Très souvent, l'absence totale de pertes n'est pas possible et la tâche se transforme en mesures d'atténuation. C'est en partie pour cette raison que les termes de prévention et d'atténuation sont parfois utilisés de manière interchangeable.
>
> [Les mesures d'atténuation visent] [l]a réduction ou la limitation de l'impact négatif des aléas et des catastrophes.
>
> […] Les effets néfastes des risques ne peuvent souvent pas être entièrement évités, mais leur ampleur ou leur gravité peuvent être considérablement réduites par différentes stratégies et actions. […] Il convient de noter que dans le changement climatique, « l'atténuation » est définie différemment : il s'agit du terme utilisé pour la réduction des émissions de gaz à effet de serre qui sont à l'origine du changement climatique[170].
>
> [L'état de préparation consiste dans] [l]es connaissances et les capacités développées par les gouvernements, les professionnels d'intervention et autres organisations concernées, les communautés et les individus, de manière à anticiper efficacement, à réagir et à récupérer, des impacts probables, imminents ou en cours.
>
> […] La préparation est réalisée dans le cadre de la gestion des risques de catastrophe et vise à renforcer les capacités nécessaires pour gérer efficacement tous les types de situations d'urgence et pour permettre une transition harmonieuse entre la réponse et la reprise soutenue. La préparation est basée sur une solide analyse des risques de catastrophe et de bonnes liaisons avec les systèmes d'alerte précoce […]. [Les mesures

[169] Voir www.preventionweb.net/files/7817_UNISDRTerminologyFrench.pdf.

[170] La Commission est consciente de la différence entre les termes « *mitigation* » et « atténuation des effets » utilisés officiellement à l'Organisation des Nations Unies en anglais et en français.

à prendre] doivent être soutenu[s] par les institutions, et des capacités juridiques et budgétaires.

La Commission est consciente du fait que les termes susmentionnés peuvent faire l'objet d'une interprétation plus poussée par l'Assemblée générale sur la base des résultats des travaux du Groupe de travail intergouvernemental d'experts à composition non limitée chargé des indicateurs et de la terminologie relatifs à la réduction des risques de catastrophe, créé en application de la résolution 69/284 du 3 juin 2015.

17) Le paragraphe 2 énumère trois catégories de mesures de réduction des risques de catastrophe, à savoir : la réalisation d'évaluations des risques, la collecte et la diffusion d'informations relatives aux risques et aux pertes subies dans le passé, et la mise en place et l'exploitation de systèmes d'alerte rapide. Comme indiqué au paragraphe 3 *supra*, ces trois catégories de mesures ont été spécifiquement évoquées dans la déclaration de clôture du Président de la quatrième session de la Plateforme mondiale pour la prévention des risques de catastrophe, en mai 2013[171]. La Commission a décidé de se référer explicitement à ces trois exemples qui sont de nos jours les mesures les plus fréquentes de réduction des risques de catastrophe. L'intégration de ces mesures dans le Cadre de Sendai confirme leur intérêt. Le mot « notamment » indique que la liste n'est pas exhaustive. Les trois catégories de mesures énumérées sont sans préjudice d'autres activités de réduction des risques de catastrophe qui sont en cours ou pourraient être entreprises à l'avenir.

18) Les mesures pratiques, structurelles et non structurelles, susceptibles d'être adoptées, sont innombrables et dépendent de la situation sociale, environnementale, financière, culturelle et autre. La pratique des secteurs public et privé, ainsi que des instruments tels que le Cadre de Sendai, fournissent des exemples en abondance, parmi lesquels on peut citer : la préparation et l'éducation au niveau communautaire, la mise en place de cadres de gestion des risques de catastrophe, la planification d'urgence, la création de mécanismes de surveillance, le contrôle de l'utilisation des sols, les normes de construction, la gestion des écosystèmes, les systèmes de drainage, les dispositifs de protection sociale en ce qui concerne la vulnérabilité et la résilience, la divulgation des risques, les investissements tenant compte des risques et l'assurance.

19) Les trois catégories de mesures consécutivement énumérées au paragraphe 2 ont pour trait commun de faciliter l'élaboration et l'applicabilité de beaucoup d'autres mesures, voire de toute autre mesure, concernant par exemple les cadres normatifs et la définition de priorités ou la planification d'investissements, dans les secteurs public et privé.

20) La première catégorie de mesures − évaluations des risques − vise l'acquisition de connaissances concernant les aléas, l'exposition et les vulnérabilités, ainsi que les tendances des risques liés aux catastrophes. C'est donc la première étape de toute mesure raisonnable de réduction des risques de catastrophe. En l'absence de connaissances suffisamment solides des circonstances et des facteurs qui sous-tendent les risques de catastrophe et de leurs caractéristiques, il n'est pas possible de définir des mesures et de les appliquer efficacement. Les évaluations des risques obligent également à se pencher de plus près sur les réalités locales et à faire participer les communautés locales.

21) La deuxième catégorie de mesures − collecte et diffusion d'informations relatives aux risques et aux pertes subies dans le passé − est l'étape suivante. La réduction des risques de catastrophe requiert la participation de tous les acteurs des secteurs public et privé et de la société civile. La collecte et la diffusion d'informations devraient avoir pour corollaire le libre accès aux informations sur les risques et les pertes subies dans le passé, ce qui est un facteur d'efficacité dans la prise de décisions et dans l'action. Cela permet à toutes les parties prenantes d'assumer la responsabilité de leurs actes et de définir les priorités aux fins de la planification et des investissements en tenant compte des risques ; cela améliore aussi la transparence des opérations et la surveillance et le contrôle publics. La Commission tient à souligner combien il est souhaitable que des informations sur les risques et les pertes subies dans le passé soient diffusées et librement accessibles, ce qui correspond à la tendance actuelle mettant l'accent sur l'importance que revêt l'accès du public à ces informations. La Commission, tout en constatant l'existence de cette tendance, a estimé qu'il était préférable d'en traiter dans le commentaire plutôt que dans le paragraphe 2 lui-même, car en faire une obligation juridique uniforme pourrait être trop lourd pour certains États.

22) La troisième catégorie de mesures concerne les systèmes d'alerte rapide, qui permettent de déclencher et de mettre en œuvre des plans d'urgence, limitant ainsi l'exposition à un aléa ; de ce fait, ces systèmes sont une condition préalable à une préparation et une réponse efficaces.

23) Comme cela est expliqué au paragraphe 8 *supra*, le projet d'article 9 concerne la prise des mesures envisagées au niveau national. Tout élément interétatique sera couvert par l'obligation de coopérer énoncée dans le projet d'article 7. C'est pourquoi la portée d'une éventuelle obligation juridique internationale relative à l'une quelconque des mesures énumérées ou à d'autres mesures qui peuvent être prises pour réduire les risques de catastrophe doit être déterminée au regard des accords ou arrangements spécifiques que chaque État a conclus en la matière avec d'autres acteurs avec lesquels il a l'obligation de coopérer.

Article 10. Rôle de l'État touché

1. L'État touché a le devoir d'assurer la protection des personnes et la fourniture de secours sur son territoire, ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle.

2. L'État touché a le rôle principal en ce qui concerne la direction, le contrôle, la coordination et la supervision de tels secours.

Commentaire

1) Le projet d'article 10 concerne l'État touché dans le contexte de la protection des personnes en cas de

[171] Voir *supra* la note 103.

catastrophe sur son territoire ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle. Le terme « rôle » figurant dans le titre est une formulation large qui vise à couvrir également la « fonction » de l'État. Le paragraphe 1 exprime l'obligation de l'État touché de protéger les personnes et de fournir des secours en cas de catastrophe. Le paragraphe 2 affirme le rôle principal incombant à l'État touché en ce qui concerne la réponse en cas de catastrophe sur son territoire ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle.

2) Le projet d'article 10 repose sur le principe fondamental de souveraineté, tel qu'il est souligné dans le préambule du présent projet d'articles. Le principe de souveraineté et son corollaire, le principe de non-intervention, inspirent la Charte des Nations Unies[172] et nombre d'instruments juridiques internationaux et de décisions juridictionnelles[173]. En matière de secours en cas de catastrophe, il est affirmé ceci dans la résolution 46/182 de l'Assemblée générale : « La souveraineté, l'intégrité territoriale et l'unité nationale des États doivent être pleinement respectées en conformité avec la Charte des Nations Unies[174]. »

3) C'est en vertu de sa souveraineté que l'État touché a le devoir d'assurer la protection des personnes et la fourniture de secours en cas de catastrophe sur son territoire, ce que reconnaît le paragraphe 1. La formule « ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle » a été ajoutée pour adapter le texte au sens élargi du terme « État touché » figurant à l'alinéa *b* du projet d'article 3.

4) La notion d'un lien entre les droits souverains et les devoirs concomitants d'un État a été exprimée en particulier par le juge Álvarez dans son opinion individuelle en l'*Affaire du Détroit de Corfou* :

> Par souveraineté, il faut entendre l'ensemble des droits et des attributions que l'État a sur son territoire, à l'exclusion de tous autres États, ainsi que dans ses rapports avec ceux-ci.
>
> La souveraineté confère des droits aux États et leur impose des obligations[175].

5) Le paragraphe 1 souligne que l'État touché est l'acteur à qui incombe le devoir de protéger les personnes se trouvant sur son territoire ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle. La Commission a considéré que le terme « devoir » était plus approprié que « responsabilité », terme qui pouvait être mal compris compte tenu de son emploi dans d'autres contextes.

6) Le paragraphe 2 confirme le rôle principal de l'État dans la réponse aux catastrophes. Pour les raisons qui ont été exposées, la Commission a décidé de retenir le mot « rôle » plutôt que « responsabilité » pour définir la position de l'État touché. L'adoption du terme « rôle » a été inspirée par la résolution 46/182 de l'Assemblée générale où il est affirmé, entre autres, que « [l]e rôle premier revient donc à l'État touché dans l'initiative, l'organisation, la coordination et la mise en œuvre de l'aide humanitaire sur son territoire[176] ». La Commission a également jugé que l'emploi du mot « rôle » plutôt que celui de « responsabilité » laissait aux États une certaine souplesse dans la coordination des activités de réponse aux catastrophes. À l'inverse, une formule impliquant une obligation pour les États de diriger ou de contrôler les activités de réponse aux catastrophes pouvait être trop contraignante pour des États qui préféraient jouer un rôle plus limité dans la coordination de la réponse aux catastrophes parce que, par exemple, ils disposaient de ressources limitées.

7) L'attribution du rôle principal à l'État touché tient aussi au fait qu'il est depuis longtemps reconnu en droit international qu'un État est le mieux placé pour déterminer la gravité d'une situation d'urgence et pour définir des politiques appropriées en matière de réponse. L'affirmation au paragraphe 2 que l'État touché a le rôle principal en ce qui concerne la direction, le contrôle, la coordination et la supervision des secours doit être rapprochée de l'obligation de coopérer énoncée au projet d'article 7. Dans cette perspective, le paragraphe 2 du projet d'article 10 confirme que l'État touché a le rôle principal dans le cadre des relations de coopération avec d'autres acteurs pertinents envisagés dans le projet d'article 7.

8) Le membre de phrase « la direction, le contrôle, la coordination et la supervision » des secours est inspiré du paragraphe 8 de l'article 4 de la Convention de Tampere[177]. La formule retenue dans la Convention de Tampere gagne généralement du terrain dans le domaine des secours et représente une conception plus contemporaine[178]. Elle traduit l'idée qu'un État touché contrôle la

---

[172] Charte des Nations Unies, Article 2, par. 1 (« L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres. ») et par. 7 (« Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte ; toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au Chapitre VII. »).

[173] Voir, par exemple, la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (note 82 *supra*) [« Tous les États jouissent de l'égalité souveraine. Ils ont des droits et des devoirs égaux et sont des membres égaux de la communauté internationale » ; « L'usage de la force pour priver les peuples de leur identité nationale constitue une violation de leurs droits inaliénables et du principe de non-intervention » ; et « Les États doivent conduire leurs relations internationales dans les domaines économique, social, culturel, technique et commercial conformément aux principes de l'égalité souveraine et de la non-intervention »]. Selon la Cour internationale de Justice, « [e]ntre États indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux » [*Affaire du Détroit de Corfou* (voir *supra* la note 68), à la page 35].

[174] Annexe, par. 3.

[175] *Affaire du Détroit de Corfou* (voir *supra* la note 68), opinion individuelle du juge Álvarez, p. 39, à la page 43. Voir aussi l'opinion exprimée par l'arbitre Max Huber dans l'affaire de l'*Île de Palmas (Pays-Bas/États-Unis)*, sentence du 4 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 829, à la page 839 (« Comme on l'a déjà dit, la souveraineté territoriale suppose le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire les droits des autres États […] »).

[176] Annexe, par. 4.

[177] « Aucune disposition de la présente Convention n'altère le droit d'un État partie, en application de sa législation nationale, de diriger, de gérer, de coordonner et de superviser l'assistance en matière de télécommunication fournie sur son territoire au titre de la présente Convention. »

[178] Voir, par exemple, l'Accord de l'ASEAN, art. 3, par. 2 (« La partie requérante ou bénéficiaire exerce l'ensemble de la direction, du contrôle, de la coordination et de la supervision de l'assistance sur son territoire ») ; et la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique, art. 3 *a* (« Sauf s'il en est convenu autrement : […] [l]a direction, le contrôle, la coordination et la supervision d'ensemble de l'assistance incombent, sur son territoire, à l'État qui requiert l'assistance »).

manière dont les opérations de secours sont conduites, qui doit être conforme au droit international, y compris au présent projet d'articles. Le contrôle ainsi exercé par l'État touché ne saurait être assimilé à une ingérence dans les activités d'un acteur prêtant assistance.

9) La Commission s'est écartée de la Convention de Tampere en décidant de ne pas inclure de référence à la « législation nationale » pour définir le rôle principal de l'État touché. Dans le contexte de la Convention de Tampere, la référence à la législation nationale vise à indiquer que la coordination doit être conforme au droit interne de l'État touché. La Commission a décidé de ne pas inclure cette référence, car il se peut que le droit interne de l'État touché ne réglemente pas ou n'envisage pas dans tous les cas la place principale de l'État dans des situations de réponse aux catastrophes.

Article 11. Obligation de l'État touché de rechercher de l'assistance extérieure

Dans la mesure où une catastrophe dépasse manifestement sa propre capacité de réponse, l'État touché a l'obligation de rechercher l'assistance, selon qu'il y a lieu, d'autres États, de l'Organisation des Nations Unies et d'autres acteurs susceptibles de lui prêter assistance.

Commentaire

1) Le projet d'article 11 vise le cas particulier où une catastrophe dépasse manifestement la capacité de réponse d'un État. L'État touché a alors l'obligation de rechercher l'assistance, selon qu'il y a lieu, d'autres États, de l'Organisation des Nations Unies et d'autres acteurs susceptibles de lui prêter assistance, tels que définis à l'alinéa *d* du projet d'article 3. L'obligation énoncée au projet d'article 11 vient préciser les dispositions des projets d'articles 7 et 10. En vertu du paragraphe 1 du projet d'article 10, l'État touché a le devoir d'assurer la protection des personnes et la fourniture de secours sur son territoire ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle. Le projet d'article affirme l'obligation qu'a l'État touché de faire tout son possible pour fournir une assistance aux personnes se trouvant sur un territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle. L'obligation de coopérer sous-tend également l'obligation incombant à l'État touché dans la mesure où une catastrophe dépasse manifestement sa propre capacité de réponse. En vertu du projet d'article 7, l'obligation de coopérer incombe non seulement aux États susceptibles de prêter assistance ou aux autres acteurs susceptibles de prêter assistance, mais aussi aux États touchés lorsqu'une telle coopération est justifiée. La Commission considère que lorsque la capacité propre d'un État touché est manifestement insuffisante pour faire face à la catastrophe, la recherche de l'assistance est justifiée et nécessaire.

2) Le projet d'article souligne que l'obligation de rechercher de l'assistance n'existe que dans la mesure où la capacité de réponse propre de l'État touché est manifestement dépassée. L'expression « dans la mesure où » indique clairement que la capacité de réponse de l'État touché n'est pas toujours suffisante ou insuffisante en termes absolus. La capacité propre d'un État touché peut être manifestement dépassée par rapport à un aspect des opérations de secours, alors que l'État reste capable d'entreprendre d'autres opérations. Dans l'ensemble, le membre de phrase « [d]ans la mesure où une catastrophe dépasse manifestement sa propre capacité de réponse » vise la situation dans laquelle il paraît vraisemblable qu'une catastrophe dépasse manifestement la capacité propre de réponse de l'État touché. Cette approche souple et anticipative est conforme à l'objet fondamental du projet d'articles tel qu'il est défini au projet d'article 2. Elle facilite une réponse aux catastrophes qui soit adéquate et efficace, satisfaisant aux besoins essentiels des personnes concernées, dans le plein respect de leurs droits. La reconnaissance de l'obligation incombant aux États dans ces circonstances traduit la préoccupation de la Commission de permettre la fourniture de secours efficaces en temps voulu.

3) La Commission considère que l'obligation de rechercher de l'assistance énoncée au projet d'article 11 résulte aussi des obligations qu'imposent à l'État touché les instruments internationaux des droits de l'homme et le droit international coutumier. Le recours à un appui international peut être un élément nécessaire de l'exécution par l'État touché de ses obligations internationales envers les personnes, lorsque les ressources de l'État touché sont insuffisantes pour répondre aux besoins de protection. Bien que cela soit également le cas en l'absence de catastrophe, comme évoqué dans le commentaire du projet d'article 5, un certain nombre de droits de l'homme sont directement concernés dans le cas d'une catastrophe, notamment le droit à la vie, le droit à une nourriture suffisante, le droit à la santé et aux soins médicaux, le droit à l'eau potable, le droit à un logement convenable, à des vêtements et à des services d'assainissement, et le droit de ne pas subir de discrimination[179]. La Commission note que, selon le Comité des droits de l'homme (voir l'observation générale n° 6 sur le droit à la vie), la protection du droit à la vie exige que les États aillent au-delà du simple respect de ce droit et adoptent des mesures positives pour protéger ce droit[180]. Le droit à la vie est un droit non susceptible de dérogation selon le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, même dans le cas où un « danger public exceptionnel menace l'existence de la nation »[181] − un cas qui, selon le Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 29[182], inclut une « catastrophe naturelle ». Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dispose que, s'agissant du droit à la nourriture :

> Les États parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie[183].

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a noté dans son observation générale n° 12 sur le droit à une nourriture suffisante (article 11 du Pacte) que, si

[179] Voir les exemples présentés dans le rapport préliminaire du Rapporteur spécial, *Annuaire… 2008*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/598, par. 26.

[180] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément n° 40* (A/37/40), annexe V, par. 5.

[181] Art. 4, par. 1.

[182] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 40* [A/56/40 (Vol. I)], annexe VI, par. 5.

[183] Art. 11, par. 1.

un État partie fait valoir que des contraintes en matière de ressources le mettent dans l'impossibilité d'assurer l'accès à l'alimentation à ceux qui ne peuvent le faire par eux-mêmes,

il doit démontrer qu'aucun effort n'a été épargné pour utiliser toutes les ressources qui sont à sa disposition en vue de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimum. […] Il incombe donc à l'État, qui affirme ne pas pouvoir s'acquitter de son obligation pour des raisons indépendantes de sa volonté, de prouver que tel est bien le cas et qu'il s'est efforcé, sans succès, d'obtenir un soutien international pour assurer la disponibilité et l'accessibilité de la nourriture nécessaire[184].

La Commission note donc que parmi les « mesures appropriées » que doit prendre un État figure la recherche d'un soutien international lorsque la situation du pays est telle que le droit à l'alimentation ne peut pas être réalisé.

4) La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et la Convention relative aux droits des personnes handicapées visent expressément la protection des droits des personnes victimes de catastrophe. L'article 23 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant dispose que les États prennent « toutes les mesures appropriées » pour que les enfants cherchant à obtenir le statut de réfugié, ou possédant déjà ce statut, et les enfants déplacés en raison d'événements comme une « catastrophe naturelle » puissent recevoir « la protection et l'assistance humanitaire à laquelle il[s] peu[ven]t prétendre dans l'exercice des droits qui [leur] sont reconnus par la présente Charte et par tout autre instrument international relatif aux droits de l'homme et au droit humanitaire auquel les États sont parties ». La Convention relative aux droits des personnes handicapées prévoit que les États ont une obligation envers ces personnes en cas de catastrophe :

Les États Parties prennent, conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international, notamment le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme, toutes mesures nécessaires pour assurer la protection et la sûreté des personnes handicapées dans les situations de risque, y compris les conflits armés, les crises humanitaires et les catastrophes naturelles[185].

La formule « toutes mesures nécessaires » peut s'entendre comme incluant l'appel à l'assistance des membres de la communauté internationale lorsque la capacité propre de l'État touché est manifestement insuffisante. Cela serait conforme au principe fondamental d'humanité, tel qu'il s'applique dans le système juridique international. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'*Affaire du Détroit de Corfou*, la Cour internationale de Justice a affirmé que parmi les principes généraux et bien reconnus de l'ordre juridique international figurent des « considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre »[186]. Le projet d'article 6 affirme l'importance fondamentale du principe d'humanité lors des réponses en cas de catastrophe.

5) La Commission estime qu'une obligation de « rechercher » de l'assistance est plus appropriée qu'une obligation de « demander » de l'assistance aux fins du projet d'article 11. Elle tire cette formulation de l'obligation définie dans la résolution sur l'assistance humanitaire adoptée par l'Institut de droit international, selon laquelle :

Lorsque l'État affecté n'est pas en mesure de fournir une assistance humanitaire suffisante aux victimes relevant de sa juridiction ou soumises à son contrôle de facto, il doit solliciter l'assistance des organisations internationales compétentes ou des États tiers[187].

De même, selon les Lignes directrices de la FICR :

Un État touché qui juge qu'une situation de catastrophe dépasse les capacités nationales d'adaptation devrait demander une assistance internationale et/ou régionale pour répondre aux besoins des personnes touchées[188].

En outre, les principes directeurs figurant en annexe à la résolution 46/182 de l'Assemblée générale laissent également supposer l'existence d'une obligation pour l'État touché d'avoir recours à la coopération internationale lorsqu'une situation d'urgence excède sa capacité de réponse :

L'ampleur et la durée d'un grand nombre de situations d'urgence risquent de dépasser la capacité d'intervention de bien des pays touchés. La coopération internationale en vue de faire face à des situations d'urgence et de renforcer la capacité d'intervention des pays touchés revêt par conséquent une grande importance. Cette coopération devrait être fournie conformément au droit international et à la législation nationale[189].

6) L'autre formulation comportant la notion de « demande » figure dans les Directives d'Oslo, selon lesquelles « [s]i une assistance internationale est nécessaire, l'État touché doit en faire la demande ou l'accepter au plus vite dès la survenue de la catastrophe afin que cette assistance soit la plus efficace possible[190] ». La Commission considère qu'une « demande » d'assistance laisse supposer que l'État touché consent implicitement à recevoir l'aide d'un État ou de tout autre acteur susceptibles de lui prêter assistance qui acceptent de l'aider. Elle estime en revanche qu'une obligation de « rechercher » de l'assistance correspond à une conception plus large et à une approche négociée de la fourniture de l'aide internationale. Le verbe « rechercher » suppose que l'État touché engage de manière active un processus susceptible d'aboutir à un accord. C'est pourquoi le projet d'article 11 impose une obligation à l'État touché d'agir positivement pour rechercher de l'assistance dans la mesure où une catastrophe dépasse manifestement sa propre capacité de réponse.

7) Un État touché est le mieux placé, en principe, pour juger de la gravité d'une catastrophe et des limites de sa propre capacité de réponse. Cela étant dit, cette

[184] *Documents officiels du Conseil économique et social, vingtième et vingt et unième sessions, Supplément n° 2* (E/2000/22-E/C.12/1999/11), annexe V, par. 17.

[185] Art. 11.

[186] *Affaire du Détroit de Corfou* (voir *supra* la note 68), à la page 22 (la Cour faisant observer que « [l]es obligations qui incombaient aux autorités albanaises consistaient à faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises et à avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s'approchaient, du danger imminent auquel les exposait ce champ de mines. Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et biens reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre […] »).

[187] Résolution sur l'assistance humanitaire (voir *supra* la note 21), art. III, par. 3.

[188] Lignes directrices de la FICR (voir *supra* la note 20), partie I, sect. 3, par. 2.

[189] Annexe, par. 5.

[190] Directives d'Oslo (voir *supra* la note 30), par. 58.

appréciation demeure soumise à l'obligation de bonne foi. Le principe de bonne foi est exposé dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies[191], selon laquelle « [c]haque État a le devoir de remplir de bonne foi » les obligations qu'il a assumées « conformément à la Charte des Nations Unies »[192], « les obligations qui lui incombent en vertu des principes et règles généralement reconnus du droit international[193] » et « les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux conformes aux principes et règles généralement reconnus du droit international[194] ». L'évaluation de bonne foi de la gravité d'une catastrophe est un élément de l'obligation incombant à l'État touché d'assurer la protection des personnes et la fourniture de secours, conformément au paragraphe 1 du projet d'article 10.

8) La Commission a adopté l'expression « selon qu'il y a lieu » pour souligner le pouvoir d'appréciation qu'a l'État touché pour décider qui, parmi les autres États, l'Organisation des Nations Unies et les autres acteurs susceptibles de lui prêter assistance, peut lui fournir l'assistance la mieux adaptée à ses besoins spécifiques. Cette expression traduit en outre l'idée que le devoir de rechercher de l'assistance n'implique pas l'obligation de s'adresser à chacune des sources énumérées au projet d'article 11. L'expression « selon qu'il y a lieu » renforce donc l'idée que l'État touché a le rôle principal en ce qui concerne la direction, le contrôle, la coordination et la supervision des secours, comme cela est énoncé au paragraphe 2 du projet d'article 10.

9) L'existence d'une obligation de rechercher de l'assistance dans la mesure où la catastrophe dépasse manifestement la capacité de réponse du pays ne signifie pas que les États touchés ne devraient pas rechercher de l'assistance lors de catastrophes de moindre ampleur. La Commission estime que la coopération en matière d'assistance à tous les stades des secours est d'une importance cruciale pour faciliter une réponse adéquate et efficace aux catastrophes, et constitue une manifestation concrète du principe de solidarité. Même si l'État touché a la capacité et la volonté de fournir l'assistance requise, la coopération et l'assistance d'acteurs internationaux garantiront dans de nombreux cas une réponse plus adéquate, plus rapide et plus large aux catastrophes et une meilleure protection des personnes sinistrées.

Article 12. Offres d'assistance extérieure

1. En cas de catastrophe, les États, l'Organisation des Nations Unies et tout autre acteur susceptible de prêter assistance peuvent offrir leur assistance à l'État touché.

2. Lorsqu'une assistance extérieure est recherchée par un État touché et que celui-ci a adressé une demande à cet effet à un autre État, à l'Organisation des Nations Unies ou à tout autre acteur susceptible de prêter assistance, le destinataire examine cette demande dûment et sans tarder et fait part également sans tarder de sa réponse à l'État touché.

Commentaire

1) Le projet d'article 12 traduit l'intérêt que la communauté internationale porte à la protection des personnes en cas de catastrophe, et qu'il faut considérer comme complémentaire du rôle principal reconnu à l'État touché dans le projet d'article 10. C'est une expression des principes de solidarité et de coopération, dont il est fait état dans le préambule et qui sous-tendent l'ensemble du projet d'articles sur le sujet, le principe de coopération étant spécifiquement consacré aux projets d'articles 7 à 9.

2) Le projet d'article 12 ne vise que les « offres » d'assistance, et non la « fourniture » proprement dite de cette assistance. Qu'elles soient faites de manière unilatérale ou en réponse à une demande, les offres sont essentiellement volontaires et ne doivent pas être interprétées comme la reconnaissance de l'existence d'une quelconque obligation juridique de prêter assistance. L'offre d'assistance ne crée pas non plus pour l'État touché une obligation d'acceptation. Conformément au principe de souveraineté des États et au rôle principal de l'État touché, mis en relief dans le préambule et sur lesquels repose l'ensemble du projet d'articles, un État touché demeure libre d'accepter en totalité ou en partie, ou de ne pas accepter, les offres d'assistance émanant d'États ou d'acteurs non étatiques, dans les conditions énoncées dans le projet d'article 13.

3) Les offres d'assistance doivent être faites conformément aux principes consacrés par les présents projets d'article, en particulier le projet d'article 6. Elles ne sauraient être considérées comme une ingérence dans les affaires intérieures de l'État touché. Cette conclusion concorde avec la résolution sur la protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États adoptée en 1989 par l'Institut de droit international :

> L'offre, par un État, un groupe d'États, une organisation internationale ou un organisme humanitaire impartial tel que le Comité international de la Croix-Rouge […], de secours alimentaires ou sanitaires à un État dont la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé ne saurait être considérée comme une intervention illicite dans les affaires intérieures de cet État[195].

4) Le projet d'article 12 traite de la question des offres d'assistance faites aux États touchés par ceux qui sont les plus susceptibles de formuler de telles offres lorsqu'une catastrophe s'est produite, c'est-à-dire les États, l'Organisation des Nations Unies et les autres acteurs prêtant assistance. L'expression « autre acteur prêtant assistance », nuancée par l'adjectif « susceptible », est définie à l'alinéa *d* du projet d'article 3 comme renvoyant à toute organisation intergouvernementale compétente ou à toute organisation non gouvernementale ou entité pertinente. L'Organisation des Nations Unies et les organisations intergouvernementales sont non seulement fondées à faire des offres d'assistance à l'État touché, conformément à leurs actes constitutifs, mais également encouragées à le faire.

[191] Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, annexe.

[192] Ibid.

[193] Ibid.

[194] Ibid.

[195] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 63-II (session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 1989), p. 338, à la page 344, art. 5, disponible sur le site Web www.idi-iil.org, dans « Publications et travaux », puis « Résolutions ».

5) Les organisations non gouvernementales ou autres entités peuvent être bien placées, de par leur nature, leur présence et leurs compétences, pour fournir une assistance dans une situation particulière de catastrophe. La place des organisations non gouvernementales ou autres entités dans la conduite des opérations de secours n'est pas une nouveauté en droit international. Les Conventions de Genève de 1949 prévoyaient déjà ce qui suit, dans les situations de conflit armé :

> Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit[196].

De même, le Protocole II aux Conventions de Genève de 1949 dispose ce qui suit :

> Les sociétés de secours situées dans le territoire de la Haute Partie contractante, telles que les organisations de la Croix-Rouge (Croissant-Rouge, Lion-et-Soleil-Rouge) pourront offrir leurs services en vue de s'acquitter de leurs tâches traditionnelles à l'égard des victimes du conflit armé. La population civile peut, même de son propre chef, offrir de recueillir et soigner les blessés, les malades et les naufragés[197].

L'importante contribution des organisations non gouvernementales, qui agissent pour des motifs strictement humanitaires, aux réponses en cas de catastrophe a été soulignée par l'Assemblée générale dans sa résolution 43/131 du 8 décembre 1988, relative à l'assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre. Dans cette résolution, l'Assemblée invite, entre autres, tous les États touchés à « faciliter la mise en œuvre par ces organisations de l'assistance humanitaire, notamment l'apport de nourriture, de médicaments et de soins médicaux, pour lesquels un accès aux victimes est indispensable », et lance un appel « à tous les États pour qu'ils apportent leur appui à ces mêmes organisations dans leur action d'assistance humanitaire, là où elle est nécessaire, aux victimes de catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre »[198].

6) L'emploi du verbe « peuvent » au paragraphe 1 vise à souligner que, dans le contexte d'une offre d'assistance extérieure, ce qui importe est la possibilité ouverte à tous les acteurs susceptibles de prêter assistance de formuler une offre, quels que soient leur statut et les motifs juridiques sur lesquels ils peuvent fonder leur action.

7) Le paragraphe 2 s'inspire de l'alinéa *e* de l'article 3 de la Convention cadre d'assistance en matière de protection civile, de 2000, en vertu duquel « [l]es offres ou demandes d'assistance feront l'objet d'un examen et d'une réponse dans les meilleurs délais par les États destinataires[199] ». Il vise à parfaire l'équilibre du texte de l'ensemble du projet d'articles en énonçant une obligation correspondante pour les États ou les autres acteurs susceptibles de prêter assistance lorsqu'ils reçoivent une demande d'assistance extérieure de l'État touché. Cette obligation est le pendant de celle énoncée au paragraphe 3 du projet d'article 13, à savoir l'obligation qu'a l'État touché de faire connaître dans les meilleurs délais sa décision au sujet de l'offre d'assistance. Elle est toutefois formulée de manière distincte dans chacun de ces deux articles pour tenir compte du fait que l'État touché, lorsqu'une catastrophe relevant du champ d'application du présent projet d'articles s'est produite, ne se trouve pas dans une situation comparable à celle d'un État ou d'autres acteurs prêtant assistance.

8) Le paragraphe 2 comporte trois éléments. Premièrement, la recherche par l'État touché d'une assistance extérieure, qui déclenche l'application de la disposition. Si l'obligation de l'État touché énoncée au projet d'article 11 est une obligation générale de « rechercher » l'assistance, le paragraphe 2 porte sur le cas dans lequel une assistance particulière est recherchée par l'État touché qui a « adressé une demande à cet effet » à l'un des acteurs susceptibles de prêter assistance qui sont énumérés. Cette précision est importante, puisqu'elle a pour effet de limiter l'application de la disposition à certaines demandes, à l'exclusion des appels généraux à l'assistance.

9) Deuxièmement, la disposition renvoie à la multiplicité de destinataires de demandes d'assistance, notamment les autres États, l'Organisation des Nations Unies et les autres acteurs susceptibles de prêter assistance, et elle fait écho à la définition énoncée à l'alinéa *d* du projet d'article 3. L'Organisation des Nations Unies est mentionnée tout particulièrement du fait de son rôle central dans la réception des demandes d'assistance.

10) Troisièmement, le paragraphe 2 énonce l'obligation du destinataire ou des destinataires de la demande, obligation qui comporte deux volets : premièrement, examiner dûment la demande ; deuxièmement, faire part de sa réponse à l'État touché. Ces deux obligations sont renforcées par les mots « sans tarder », qui renvoient à l'idée de rapidité. Le libellé de l'obligation d'examiner « dûment » la demande est tiré de l'article 19 des articles sur la protection diplomatique adoptés en 2006[200]. Le mot « dûment » renvoie moins à l'idée de rapidité, déjà couverte par les mots « sans tarder », qu'à l'effectivité de l'examen de la demande.

Article 13. Consentement de l'État touché à l'assistance extérieure

1. La fourniture de l'assistance extérieure requiert le consentement de l'État touché.

2. Le consentement à l'assistance extérieure ne saurait être refusé arbitrairement.

3. Lorsqu'une assistance extérieure lui est offerte conformément au présent projet d'articles, l'État touché doit, dans la mesure du possible, faire connaître dans les meilleurs délais sa décision au sujet de l'offre d'assistance.

---

[196] Voir, par exemple, la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, de 1949, art. 3, par. 2.

[197] Protocole II additionnel aux Conventions de Genève de 1949, art. 18, par. 1.

[198] Par. 4 et 5.

[199] Voir également l'Accord de l'ASEAN, art. 4 *c* (« Conformément à l'objectif du présent Accord, les Parties […] répondent rapidement à une demande d'assistance de la part d'une Partie touchée ») ; et l'Accord de l'Association sud-asiatique de coopération régionale sur l'intervention rapide en cas de catastrophes naturelles, art. IV, par. 3.

[200] Résolution 62/67 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, annexe ; pour le commentaire y relatif, voir *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 54 et suiv.

Commentaire

1) Le projet d'article 13 porte sur le consentement de l'État touché à la fourniture de l'assistance extérieure. Dans l'ensemble, il crée pour les États touchés un régime de consentement soumis à conditions dans le domaine des opérations de secours en cas de catastrophe. Le paragraphe 1 énonce le principe essentiel selon lequel la mise en œuvre de l'assistance internationale est subordonnée au consentement de l'État touché. Le paragraphe 2 prévoit que ce consentement à l'assistance extérieure ne peut pas être refusé arbitrairement, tandis que le paragraphe 3 impose l'obligation à l'État touché, dans la mesure du possible, de faire connaître dans les meilleurs délais sa décision au sujet de l'offre d'assistance extérieure.

2) Le principe selon lequel la fourniture de l'assistance extérieure requiert le consentement de l'État touché est fondamental en droit international. Ainsi, le paragraphe 3 des principes directeurs figurant en annexe à la résolution 46/182 de l'Assemblée générale précise que «l'aide humanitaire devrait être fournie avec le consentement du pays touché et en principe sur la base d'un appel du pays touché». Aux termes de la Convention de Tampere, «[a]ucune assistance en matière de télécommunication ne sera fournie par un État partie au titre de la présente Convention sans le consentement de l'État partie demandeur[201]», tandis que l'Accord de l'ASEAN prévoit que «l'aide ou l'offre d'aide extérieure ne sera fournie qu'à la demande ou avec le consentement de la Partie touchée[202]». L'exigence du consentement de l'État à l'assistance extérieure est conforme à la teneur du paragraphe 2 du projet d'article 10, selon lequel l'État touché a le rôle principal en ce qui concerne la direction, le contrôle, la coordination et la supervision des secours sur son territoire ou sur les territoires relevant de sa juridiction ou sous son contrôle.

3) L'indication, au paragraphe 2, que le droit de l'État touché de refuser une offre n'est pas illimité traduit la double nature de la souveraineté, qui comporte à la fois des droits et des obligations. Cette approche est exprimée au paragraphe 1 du projet d'article 10 où il est affirmé que l'État touché «a le devoir d'assurer la protection des personnes et la fourniture de secours sur son territoire, ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle».

4) La Commission estime que l'obligation qu'a l'État touché de fournir protection et assistance en cas de catastrophe aux personnes se trouvant sur son territoire ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle vise à préserver la vie et la dignité des personnes touchées par la catastrophe et à garantir l'accès des personnes qui en ont besoin à l'assistance humanitaire. C'est là un devoir primordial qu'a l'État touché de garantir le droit à la vie de ceux qui se trouvent sur son territoire ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle[203]. Le Comité des droits de l'homme a interprété le droit à la vie tel qu'il est consacré à l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques comme comportant l'obligation pour les États d'adopter des mesures positives pour protéger ce droit[204]. Le refus d'une offre d'assistance pourrait dans certaines conditions constituer une violation du droit à la vie. L'Assemblée générale a réaffirmé dans ses résolutions 43/131, du 8 décembre 1988, et 45/100, du 14 décembre 1990, que «le fait de laisser les victimes de catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre sans assistance humanitaire représente une menace à la vie humaine et une atteinte à la dignité de l'homme[205]».

5) L'idée que l'État touché ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation illimité quant à son consentement est exprimée dans les Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays[206]. Dans ces principes directeurs, que la Commission des droits de l'homme et l'Assemblée générale ont accueillis favorablement dans des résolutions adoptées à l'unanimité et que le Secrétaire général a qualifiés de «norme fondamentale internationale pour la protection» des déplacés[207], il est indiqué que

> [c]es services [humanitaires] ne sauraient être refusés arbitrairement, surtout si les autorités concernées ne sont pas en mesure de fournir l'aide humanitaire requise ou ne sont pas disposées à le faire[208].

L'Institut de droit international a traité par deux fois la question du consentement dans le contexte de l'assistance humanitaire. Sa résolution de 1989 sur la protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États, dont le texte français fait foi, énonce, au deuxième paragraphe de l'article 5, ce qui suit :

> Les États sur le territoire desquels de telles situations de détresse [où la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé] existent ne refuseront pas arbitrairement de pareilles offres de secours humanitaires[209].

En 2003, l'Institut de droit international est revenu sur cette question et a précisé dans sa résolution sur l'assistance humanitaire, sous le titre «Devoir des États affectés de ne pas rejeter arbitrairement une assistance humanitaire offerte de bonne foi», ce qui suit :

> Les États affectés ont l'obligation de ne pas refuser de façon arbitraire et injustifiée une offre de bonne foi, exclusivement destinée à fournir une assistance humanitaire, ou l'accès aux victimes. Ils ne peuvent, en particulier, refuser cette offre ou cet accès si un tel refus est susceptible de mettre en danger les droits humains fondamentaux des victimes ou si ce comportement revient à violer l'interdiction d'affamer les populations civiles en tant que méthode de guerre[210].

---

[201] Art. 4, par. 5.

[202] Art. 3, par. 1.

[203] Voir le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 6, par. 1.

[204] Observation générale n° 6 (voir *supra* la note 180), par. 5 («L'expression le droit à la vie … inhérent à la personne humaine ne peut pas être entendue de façon restrictive et la protection de ce droit exige que les États adoptent des mesures positives.»).

[205] Résolution 43/131 de l'Assemblée générale, huitième alinéa du préambule ; et résolution 45/100 de l'Assemblée générale, sixième alinéa du préambule.

[206] E/CN.4/1998/53/Add.2, annexe.

[207] A/59/2005, par. 210.

[208] E/CN.4/1998/53/Add.2, annexe, principe 25, par. 2.

[209] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 63-II (voir *supra* la note 195), à la page 344. Le texte français est rédigé en termes péremptoires, tandis que la traduction anglaise se lit ainsi : *States in whose territories these emergency situations exist should not arbitrarily reject such offers of humanitarian assistance*. Le membre de phrase explicatif «[où] la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé» est tiré du premier paragraphe de l'article 5 de cette résolution.

[210] Résolution sur l'assistance humanitaire (voir *supra* la note 21), art. VIII, par. 1.

6) Dans le contexte des conflits armés, le Conseil de sécurité a souvent demandé aux parties au conflit d'accorder un accès humanitaire et il a plusieurs fois adopté des mesures en rapport avec les opérations d'aide humanitaire[211]. Face à la crise humanitaire causée par le conflit en République arabe syrienne, il a adopté une approche plus proactive. Dans sa résolution 2139 (2014), en date du 22 février 2014, il a condamné tous les cas de refus d'accès aux populations et rappelé que « les refus arbitraires d'accès humanitaire et la privation des civils de biens indispensables à leur survie, notamment en entravant intentionnellement l'acheminement des secours, peuvent constituer une violation du droit international humanitaire[212] ». Dans sa résolution 2165 (2014), en date du 14 juillet 2014, il a décidé d'autoriser les agences humanitaires des Nations Unies et leurs partenaires d'exécution à utiliser les routes franchissant les lignes de conflit ainsi que des postes-frontières donnés afin de faire en sorte que l'aide humanitaire parvienne aux personnes qui en avaient besoin, en le notifiant aux autorités syriennes[213].

7) La détermination du caractère arbitraire du refus fait intervenir un élément temporel, comme le sous-entend le terme anglais *withheld*. Tant le refus de l'assistance que le fait pour l'État touché de ne pas faire connaître sa décision conformément au paragraphe 3 du projet d'article 13 dans un délai raisonnable peuvent être jugés arbitraires. Cette idée est exprimée dans les résolutions 43/131[214] et 45/100[215] de l'Assemblée générale, qui comportent l'une et l'autre dans leur préambule les alinéas suivants :

> *Préoccupée* par les difficultés […] que peuvent rencontrer les victimes de catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre pour recevoir une assistance humanitaire,
>
> *Convaincue* que, dans la mise en œuvre de l'assistance humanitaire, en particulier dans l'apport de nourriture, de médicaments ou de soins médicaux, pour lesquels l'accès aux victimes est indispensable, la rapidité permet d'éviter que le nombre de ces victimes ne s'accroisse tragiquement[.]

La Convention cadre d'assistance en matière de protection civile, de 2000, dispose également, au titre des principes que les États parties s'engagent à respecter dans les actions d'assistance en cas de catastrophe, que « [l]es offres ou demandes d'assistance feront l'objet d'un examen et d'une réponse dans les meilleurs délais par les États destinataires[216] ».

8) Le terme « arbitrairement » appelle l'attention sur les motifs qui fondent la décision de l'État touché de refuser son consentement. La réponse à la question de savoir si le refus du consentement a un caractère arbitraire doit être déterminée au cas par cas, bien que plusieurs principes puissent être posés à titre de règle générale. Tout d'abord, la Commission considère que le refus du consentement à l'assistance extérieure n'est pas arbitraire lorsque l'État a la capacité de fournir, et la volonté de fournir, une réponse adéquate et efficace à une catastrophe en s'appuyant sur ses ressources propres. Ensuite, le refus du consentement à l'assistance extérieure n'est pas arbitraire si l'État touché a accepté une assistance appropriée et suffisante d'une autre source. Enfin, le refus du consentement n'est pas arbitraire si l'offre considérée n'est pas faite conformément au présent projet d'articles. En particulier, le projet d'article 6 dispose que l'assistance humanitaire doit être apportée conformément aux principes d'humanité, de neutralité et d'impartialité, et sur la base de la non-discrimination. En revanche, lorsque l'assistance est offerte conformément au projet d'articles et qu'aucune autre source d'assistance n'est disponible, on pourrait supposer à bon droit que le consentement est refusé arbitrairement.

9) En 2013, le Secrétaire général a demandé au Bureau de la coordination des affaires humanitaires d'examiner plus avant la question du refus arbitraire de consentement aux opérations de secours humanitaire[217]. Selon le document d'orientation qui en résulte[218], le consentement est refusé arbitrairement si : *a*) il est refusé dans des circonstances qui entraînent la violation par un État de ses obligations en vertu du droit international ; *b*) le refus de consentement contrevient aux principes de nécessité et de proportionnalité ; ou *c*) le consentement est refusé d'une manière déraisonnable, injuste, imprévisible ou inappropriée pour toute autre raison. Même si ce document traite des situations de conflit armé, il fournit des orientations précieuses pour définir les facteurs permettant de déterminer si le refus de consentement peut être considéré comme « arbitraire ». Il est évident que, dans les faits comme en droit, les situations de conflit armé diffèrent des catastrophes. Néanmoins, pour ce qui concerne le refus non arbitraire de consentement, les points de droit soulevés se présentent de manière similaire dans les deux types de situation.

10) Le pouvoir d'appréciation de l'État touché pour déterminer la forme d'assistance la mieux adaptée est un aspect du rôle principal qui lui incombe en ce qui concerne la direction, le contrôle, la coordination et la supervision des secours en vertu du paragraphe 2 du projet d'article 10. Ce pouvoir doit être exercé de bonne foi, conformément aux obligations internationales de l'État touché[219]. La Commission encourage les États touchés,

---

[211] En ce qui concerne le nord de l'Iraq, résolution 688 (1991) du Conseil de sécurité, en date du 5 avril 1991 ; en ce qui concerne la Bosnie-Herzégovine, résolution 770 (1992), en date du 13 août 1992, et résolution 781 (1992), en date du 9 octobre 1992 ; en ce qui concerne la Somalie, résolution 794 (1992), en date du 3 décembre 1992.

[212] Résolution 2139 (2014) du Conseil de sécurité, en date du 22 février 2014, dixième alinéa du préambule.

[213] Résolution 2165 (2014) du Conseil de sécurité, en date du 14 juillet 2014, par. 2.

[214] Neuvième et dixième alinéas du préambule.

[215] Huitième et neuvième alinéas du préambule.

[216] Convention cadre d'assistance en matière de protection civile, alinéa *e* de l'article 3, également cité au paragraphe 7 du commentaire du projet d'article 12.

[217] Voir le rapport du Secrétaire général sur la protection des civils en période de conflit armé (S/2013/689), par. 80.

[218] D. Akande et E.-C. Gillard, *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, publication commandée par le Bureau de la coordination des affaires humanitaires, 2016.

[219] Voir, par exemple, la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (note 82 *supra*), où il est indiqué, entre autres, que « [c]haque État a le devoir de remplir de bonne foi » les obligations qu'il a assumées « conformément à la Charte des Nations Unies », « les obligations qui lui incombent en vertu des principes et règles généralement reconnus du droit international » et « les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux conformes aux principes et règles généralement reconnus du droit international » (par. 1).

lorsqu'ils refusent leur consentement à l'assistance, à donner les raisons de leur refus. La motivation est fondamentale pour déterminer si la décision de l'État touché de refuser son consentement est prise de bonne foi. En l'absence de motifs, il pourrait être justifié d'en déduire que le refus du consentement est arbitraire.

11) À cet égard, il est généralement admis en droit international que la bonne foi a notamment pour objet d'établir des limites admissibles à l'exercice des droits et du pouvoir discrétionnaire. La Cour internationale de Justice et les tribunaux arbitraux internationaux ont examiné cette notion de bonne foi dans un certain nombre d'affaires[220]. Ainsi, la bonne foi sert de limite extérieure à la souveraineté et à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, aussi bien lorsque la décision d'un État nécessite de prendre en compte des facteurs politiques que lorsque l'exécution d'obligations conventionnelles est en jeu. C'est a fortiori le cas lorsque la disposition conventionnelle en question impose l'obligation positive d'agir d'une certaine manière, comme c'est le cas, par exemple, de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visé plus haut.

12) Au paragraphe 3, la Commission a retenu le libellé « faire connaître dans les meilleurs délais sa décision au sujet de l'offre d'assistance » afin de laisser aux États touchés un certain degré de souplesse pour déterminer la meilleure réponse à apporter aux offres d'assistance. Prévoir une obligation stricte de répondre officiellement à chaque offre d'assistance risquait d'imposer une trop lourde charge aux États touchés par une catastrophe. Cela est pondéré par l'indication selon laquelle la décision doit intervenir dans les meilleurs délais, afin de donner aux acteurs qui proposent une assistance extérieure la possibilité de réagir en conséquence. La Commission estime que la formulation actuelle recouvre un large éventail de modes éventuels de réponse, y compris une publication générale de la décision de l'État touché concernant toutes les offres d'assistance. Le paragraphe s'applique tant aux situations où l'État touché accepte l'assistance qu'aux cas où il refuse son consentement.

13) La Commission considère que l'expression « dans la mesure du possible » a une portée restreinte. Cette expression vise des situations extrêmes dans lesquelles un État est incapable de se déterminer par rapport au consentement faute de gouvernement en état de fonctionner ou en cas d'impuissance comparable. Elle est employée pour rendre l'idée de flexibilité générale qui sous-tend cette disposition. Cette expression restreint également la portée des termes « dans les meilleurs délais ». La Commission estime en outre que l'État touché peut faire connaître sa décision de la manière qu'il juge la plus appropriée en dehors des circonstances exceptionnelles décrites dans le présent paragraphe.

[220] *Admission d'un État aux Nations Unies (Charte, Art. 4)*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1948*, p. 57, aux pages 63 et 64 ; *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, à la page 212 ; *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 177, à la page 229, par. 145 ; et *Pêcheries côtières de l'Atlantique Nord (Grande-Bretagne/États-Unis)*, sentence du 7 septembre 1910, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (numéro de vente : 61.V.4), p. 167, à la page 188.

Article 14. Conditions de fourniture de l'assistance extérieure

L'État touché peut poser des conditions à la fourniture de l'assistance extérieure. De telles conditions doivent être conformes au présent projet d'articles, aux règles applicables du droit international et au droit national de l'État touché. Elles doivent prendre en compte les besoins identifiés des personnes touchées par les catastrophes et la qualité de l'assistance. Lorsqu'il formule de telles conditions, l'État touché doit indiquer la portée et le type de l'assistance requise.

Commentaire

1) Le projet d'article 14 vise les cas où l'État touché pose des conditions à la fourniture d'une assistance extérieure sur son territoire, ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle. Il réaffirme le droit qu'a cet État d'imposer des conditions à une telle assistance, dans le respect du présent projet d'articles et des règles applicables du droit international et national. Le projet d'article précise la manière dont ces conditions doivent être établies. La nature des conditions doit être définie en fonction des besoins identifiés des personnes touchées par les catastrophes et de la qualité de l'assistance. Le projet d'article exige également de l'État touché qu'il indique, lorsqu'il formule des conditions, la portée et le type de l'assistance requise.

2) Le projet d'article renforce le principe consacré au projet d'article 10, à savoir le rôle principal de l'État touché en ce qui concerne la direction, le contrôle, la coordination et la supervision des secours sur son territoire, ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle. En disposant que l'État touché « peut poser des conditions », ce qui est conforme au caractère consensuel de la fourniture de l'assistance, le projet d'article 14 reconnaît le droit de cet État de poser des conditions à ladite assistance, de préférence avant la survenance d'une catastrophe, mais aussi à l'égard de formes spécifiques d'assistance fournies par des acteurs particuliers au cours de la phase de réponse. La Commission vise ici l'assistance « extérieure », parce que cette disposition concerne l'assistance fournie par des États tiers ou d'autres acteurs prêtant assistance, mais non l'assistance fournie par des sources internes, telles que les organisations non gouvernementales nationales.

3) Le projet d'article limite le droit d'un État touché de poser des conditions à l'assistance, ce droit devant être exercé conformément aux règles de droit applicables. La deuxième phrase définit le cadre juridique dans lequel les conditions peuvent être imposées, à savoir « [le] présent projet d'articles, [les] règles applicables du droit international et [le] droit national de l'État touché ». La Commission a inclus le « présent projet d'articles » afin de souligner que toutes les conditions posées doivent être compatibles avec les principes énoncés dans les projets d'article, sans qu'il soit nécessaire d'énumérer de nouveau les principes humanitaires et juridiques déjà traités ailleurs, tels que, notamment, la souveraineté, la bonne foi et les principes humanitaires visés au projet d'article 6, à savoir l'humanité, la neutralité, l'impartialité et la non-discrimination.

4) La référence au droit national rappelle que les lois nationales font autorité dans la zone touchée. Cependant, elle n'implique pas l'existence préalable d'une législation nationale (droit interne) régissant les conditions particulières susceptibles d'être posées par un État touché en cas de catastrophe. Même si la préexistence d'une législation nationale spécifique n'est pas requise pour que des conditions puissent être fixées, celles-ci doivent néanmoins être conformes à toute disposition interne pertinente en vigueur dans l'État touché, conformément au projet d'article 15.

5) L'État touché et l'acteur prêtant assistance doivent tous deux se conformer aux règles applicables du droit national de l'État touché. L'État touché ne peut imposer que des conditions compatibles avec ces règles, et l'acteur prêtant assistance doit respecter celles-ci à tout moment pendant toute la durée de l'assistance. Cette réciprocité n'est pas mentionnée de manière explicite dans le projet d'article, car elle est inhérente au principe général du respect du droit national. Les accords internationaux existants confirment l'obligation des acteurs prêtant assistance de se conformer au droit national. Par exemple, l'Accord de l'ASEAN dispose, au paragraphe 2 de l'article 13, que « les membres de l'opération d'assistance respectent et observent toutes les lois et réglementations nationales ». Plusieurs autres accords internationaux exigent des acteurs prêtant assistance qu'ils respectent le droit national[221] ou qu'ils agissent conformément au droit de l'État touché[222].

6) Le devoir de respecter le droit national qui incombe aux acteurs prêtant assistance implique que les participants aux opérations de secours observent les lois et réglementations nationales de l'État touché[223] ; que le responsable des opérations de secours prenne toutes les mesures voulues pour assurer le respect des lois et réglementations nationales de l'État touché[224] ; et que le personnel prêtant assistance coopère avec les autorités nationales[225]. L'obligation de respecter les lois nationales et de coopérer avec les autorités nationales de l'État touché est conforme au principe général de la souveraineté de l'État touché et au principe de coopération.

7) Le droit de poser des conditions à l'assistance traduit le droit qui est reconnu à l'État touché de refuser une assistance non souhaitée ou non nécessaire et de déterminer quelle assistance est appropriée et à quel moment. La troisième phrase du projet d'article explique ce qui est attendu des conditions posées par les États touchés, à savoir qu'elles doivent « prendre en compte » non seulement les besoins identifiés des personnes touchées par la catastrophe, mais aussi la qualité de l'assistance. Néanmoins, l'expression « prendre en compte » n'implique pas que les conditions liées aux besoins identifiés et à la qualité de l'assistance soient les seules que les États puissent poser à la fourniture de l'assistance extérieure.

8) La Commission a ajouté le terme « identifiés » pour indiquer que les besoins doivent être apparents au moment où les conditions sont posées, et qu'ils peuvent changer à mesure que la situation sur le terrain évolue et que de nouvelles informations sont disponibles. Cela signifie que les conditions posées ne doivent pas être arbitraires, mais formulées dans le but de protéger les personnes touchées par la catastrophe. Le terme « identifiés » indique qu'il doit exister une procédure permettant de connaître les besoins, par exemple une évaluation de ceux-ci, conduite de préférence en concertation avec les acteurs prêtant assistance. La procédure d'identification des besoins n'est toutefois pas prédéterminée et l'État touché reste libre de suivre la plus appropriée. Il s'agit là d'une obligation souple à laquelle il sera satisfait en fonction des circonstances de la catastrophe et des capacités de l'État touché. L'identification des besoins ne devrait en aucun cas entraver ou retarder la fourniture prompte et effective de l'assistance. La disposition énoncée à la troisième phrase vise à « répondre aux besoins essentiels des personnes concernées » en cas de catastrophe, ainsi que le requiert le projet d'article 2, et doit être vue comme une protection supplémentaire des droits et des besoins des personnes touchées par des catastrophes. La référence aux « besoins » dans ces deux projets d'article est suffisamment large pour comprendre les besoins spécifiques des femmes, des enfants, des personnes âgées, des personnes handicapées, et des personnes et groupes vulnérables ou défavorisés.

9) La notion de « qualité » a été introduite pour garantir aux États touchés le droit de refuser une assistance qui n'est pas nécessaire ou qui peut être néfaste. Les conditions posées peuvent consister en des restrictions motivées par des considérations de sécurité, de sûreté, d'alimentation et de pertinence culturelle, entre autres.

10) Le projet d'article 14 vise « la portée et le type de l'assistance requise », ce qui va dans le même sens que des accords internationaux antérieurs qui comportent une disposition analogue[226]. Par l'expression « doit indiquer », le projet d'article souligne qu'il incombe à l'État touché de préciser le type et la portée de l'assistance requise lorsqu'il pose des conditions à la fourniture de cette assistance. En même temps, cela laisse entendre qu'une fois fixés, le type et la portée de l'assistance seront communiqués aux acteurs susceptibles de fournir celle-ci, ce qui facilitera la concertation. Cela permettra de rendre la procédure d'assistance plus efficace, et de faire en sorte que l'assistance voulue parvienne en temps utile à ceux qui en ont besoin.

---

[221] Voir, par exemple, la Convention interaméricaine visant à faciliter l'apport d'assistance dans les cas de catastrophes, art. VIII et XI, par. *d* ; et la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique, art. 8, par. 7.

[222] Ibid. ; et Accord entre les gouvernements des États participants de l'Organisation de coopération économique de la mer Noire relatif à la collaboration en matière d'aide et d'intervention d'urgence en cas de catastrophe naturelle ou due à l'homme, art. 5 et 9.

[223] Voir, par exemple, la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, annexe X, par. 1 (« Le personnel participant à l'opération d'assistance agit conformément à la législation pertinente de la Partie qui demande l'assistance »).

[224] Voir, par exemple, l'Accord de l'ASEAN, art. 13, par. 2 (« Le responsable de l'opération d'assistance prend toutes les mesures voulues pour assurer le respect de la législation et de la réglementation nationales »).

[225] Voir, par exemple, MacAlister-Smith (note 73 *supra*), par. 22 *b* (« À tout moment au cours des opérations d'assistance humanitaire, le personnel chargé de cette assistance […] coopère avec l'autorité compétente désignée de l'État bénéficiaire »).

[226] Voir, par exemple, la Convention de Tampere, art. 4, par. 2 (« Un État partie demandeur d'une assistance en matière de télécommunication précise l'ampleur et le type d'assistance requise […] »).

11) La Commission a examiné plusieurs possibilités pour le choix du verbe relié aux « conditions ». Elle a décidé d'employer deux verbes différents, « poser » et « formuler », pour des considérations d'ordre stylistique qui n'impliquent aucune différence de sens.

Article 15. Facilitation de l'assistance extérieure

1. L'État touché prend les mesures nécessaires, dans le cadre de son droit national, afin de faciliter la fourniture prompte et effective de l'assistance extérieure en ce qui concerne, en particulier :

***a*) le personnel de secours, dans des domaines tels que les privilèges et immunités, les conditions de visa et d'entrée, les permis de travail et la liberté de circulation ; et**

***b*) l'équipement et les biens, dans des domaines comme la réglementation douanière et les droits de douane, l'imposition, le transport, ainsi que leur cession.**

2. L'État touché s'assure que ses textes législatifs et réglementaires pertinents sont facilement accessibles aux fins de faciliter le respect du droit national.

Commentaire

1) Le projet d'article 15 traite de la facilitation de l'assistance extérieure. Il vise notamment à faire en sorte que la législation nationale permette la fourniture d'une assistance prompte et effective. À cet effet, il énonce en outre, au paragraphe 2, l'obligation pour l'État touché de s'assurer que ses législation et réglementation pertinentes sont facilement accessibles aux acteurs prêtant assistance.

2) Le projet d'article dispose que les États touchés doivent prendre « les mesures nécessaires » pour faciliter la fourniture prompte et effective de l'assistance. L'expression « mesures nécessaires, dans le cadre de son droit national » peut notamment s'entendre de mesures d'ordre législatif, exécutif ou administratif. Il peut s'agir également de dispositions prises en vertu d'une législation d'urgence, ainsi que de l'adaptation ou de la suspension légitime, à titre temporaire, de l'application de certaines lois ou réglementations nationales, le cas échéant. Il peut en outre s'agir de mesures pratiques conçues pour faciliter l'assistance extérieure, sous réserve qu'elles ne soient pas interdites par le droit interne. En formulant ainsi le projet d'article, la Commission encourage les États à permettre la non-application temporaire des dispositions de leur droit interne risquant d'entraver inutilement l'assistance en cas de catastrophe, et à se doter des dispositions appropriées sur la facilitation dans leur droit national pour ne pas créer d'insécurité juridique pendant la période critique qui suit une catastrophe lorsque de telles dispositions d'urgence deviennent nécessaires. Certaines mesures de facilitation peuvent aussi demeurer nécessaires après que l'assistance a cessé de l'être, afin que le retrait, la remise, la sortie et/ou la réexportation de l'équipement et des biens inutilisés ainsi que la sortie du personnel de secours s'effectuent de manière efficace et appropriée à la cessation de l'assistance extérieure. C'est ce que souligne l'expression « ainsi que leur cession » figurant au paragraphe 1 *b*. Si le projet d'article 15 est axé sur l'État touché, la facilitation au bénéfice des personnes touchées par les catastrophes implique que l'État de transit prenne les mesures nécessaires, dans le cadre de son droit interne, pour assurer la fourniture effective de l'assistance extérieure.

3) Le projet d'article donne des exemples de domaines d'assistance dans lesquels le droit national devrait permettre que les mesures voulues soient prises. L'expression « en particulier », avant l'énumération des exemples, montre qu'il s'agit non pas d'une liste exhaustive, mais plutôt d'une illustration des différents domaines que le droit national devrait traiter afin de faciliter la fourniture prompte et effective de l'assistance. On trouve des indications quant à ces mesures dans les instruments pertinents, par exemple les Lignes directrices de la FICR de 2007[227] et la loi type de 2013 relative à la facilitation et à la réglementation des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe[228].

4) L'alinéa *a* concerne les facilités accordées au personnel de secours. Les exemples de domaines cités dans cet alinéa permettent d'avoir une idée de la façon dont on peut faciliter la tâche de ce personnel. L'octroi de privilèges et d'immunités aux acteurs prêtant assistance est une mesure importante, prévue par nombre d'accords internationaux pour encourager les travailleurs humanitaires étrangers à apporter leur concours[229]. La suppression ou l'accélération des formalités de visa, d'entrée sur le territoire et de permis de travail sont des mesures nécessaires pour faire en sorte qu'une assistance soit fournie sans délai[230]. En l'absence de régime spécial, les travailleurs humanitaires risquent d'être retenus aux frontières ou de ne pas pouvoir travailler légalement pendant les jours critiques qui suivent une catastrophe, ou d'être contraints de partir et revenir continuellement afin de ne pas dépasser la durée de leur visa. La liberté de circulation signifie que les travailleurs humanitaires doivent pouvoir se déplacer librement à l'intérieur d'une zone sinistrée pour s'acquitter convenablement de leurs fonctions expressément convenues[231]. En restreignant sans nécessité les déplacements du personnel de secours, on réduit la capacité de celui-ci de fournir une assistance modulable.

5) L'alinéa *b* concerne l'équipement et les biens, tels qu'ils sont définis à l'alinéa *g* du projet d'article 3, à savoir

---

[227] Voir *supra* la note 20.

[228] Élaborée par la FICR, le Bureau de la coordination des affaires humanitaires et l'Union interparlementaire en 2013.

[229] Voir, par exemple, la Convention cadre d'assistance en matière de protection civile, paragraphe 5 de l'article 4 (« L'État bénéficiaire accordera, dans le cadre de ses lois nationales, tous les privilèges, immunités, et facilités, nécessaires à l'accomplissement de l'assistance […] »).

[230] La Ligue des sociétés de la Croix-Rouge (aujourd'hui dénommée Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge) a noté de longue date que « l'obtention de visas pour les délégués et les équipes chargés des secours en cas de catastrophes reste une procédure requérant beaucoup de temps, qui souvent retarde l'envoi de délégués et d'équipes de cette nature », retardant de ce fait l'aide indispensable que l'État touché a l'obligation de fournir (voir la résolution n° 13 du Conseil des Gouverneurs de la Ligue des sociétés de la Croix-Rouge, adoptée à sa trente-troisième session, Genève, 28 octobre-1er novembre 1975).

[231] Voir M. El Baradei *et al.*, *Model Rules for Disaster Relief Operations*, Policy and Efficacy Studies No. 8 (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.82.XV.PE/8), annexe A, règle 16, qui dispose que l'État touché doit accorder au « personnel [prêtant assistance] la liberté d'accès aux zones frappées par la catastrophe et la liberté de circulation à l'intérieur de ces zones qui sont nécessaires à l'exercice de leurs fonctions spécifiquement convenues ».

le matériel, les outils, les machines, les animaux dressés à des fins particulières, les denrées alimentaires, l'eau potable, les fournitures médicales, les abris, les vêtements, le couchage, les véhicules, le matériel de télécommunications ainsi que tout autre objet nécessaire aux opérations de secours. La Commission considère qu'il convient d'inclure dans cette catégorie les chiens de recherche, habituellement assimilés aux biens et à l'équipement, plutôt que de créer une catégorie distincte pour les animaux. Les biens et l'équipement sont essentiels pour faciliter une assistance effective, et les législations nationales doivent être souples à cet égard pour répondre aux besoins des personnes touchées par une catastrophe et garantir la prompte fourniture de l'assistance. Des mesures de dérogation ou d'assouplissement devraient être prises en matière de réglementation douanière et de droits de douane, ainsi que de fiscalité, afin de diminuer les coûts et d'éviter les retards dans l'acheminent des biens[232]. L'équipement et les biens peuvent perdre rapidement de leur utilité s'ils arrivent en retard, et les procédures normales mises en place pour protéger les intérêts économiques d'un État peuvent devenir un obstacle lorsqu'elles s'appliquent à du matériel de secours qui peut sauver des vies ou apporter une aide indispensable. Les États peuvent donc réduire ou suspendre les inspections aux frontières, ou leur assigner des priorités, en ce qui concerne l'équipement et les biens associés aux États et autres acteurs prêtant assistance. La réglementation nationale peut aussi inclure des dispositions concernant les droits de survol et d'atterrissage, les outils, la réduction de la documentation requise pour importer et faire transiter l'équipement et les biens, et la reconnaissance temporaire de l'immatriculation étrangère des véhicules. L'alinéa *b* ne donne pas la liste exhaustive des mesures qui peuvent être prises pour faciliter l'assistance extérieure en ce qui concerne l'équipement et les biens. Par exemple, étant donné le rôle crucial que jouent les télécommunications dans les situations d'urgence, il sera souvent nécessaire de réduire ou de limiter la réglementation restreignant l'utilisation de matériel de télécommunications ou du spectre des radiofréquences, comme le prévoit la Convention de Tampere de 1998.

6) Le second paragraphe du projet d'article porte sur l'obligation de rendre toutes les dispositions de la législation et de la réglementation pertinentes facilement accessibles aux acteurs prêtant assistance. Par l'expression « facilement accessibles », on entend que les lois en question doivent être faciles d'accès, notamment, si nécessaire, traduites dans d'autres langues, sans que l'État touché se voie pour autant imposer la charge de fournir cette information à chacun des acteurs prêtant assistance. Ce paragraphe confirme également qu'il importe que les États adoptent une réglementation concernant la facilitation de l'assistance extérieure en prévision des catastrophes, comme l'envisage le paragraphe 1 du projet d'article 9.

Article 16. Protection du personnel de secours, de l'équipement et des biens

L'État touché prend les mesures appropriées pour assurer la protection du personnel de secours et de l'équipement et des biens présents sur son territoire, ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle, aux fins d'y fournir une assistance extérieure.

Commentaire

1) Le projet d'article 16 pose l'obligation pour l'État touché de prendre les mesures adaptées aux circonstances en vue d'assurer la protection du personnel de secours, de l'équipement et des biens associés à la fourniture de l'assistance extérieure. Compte tenu des situations souvent chaotiques résultant des catastrophes, les craintes pour la sécurité de ces personnes et objets risquent de faire obstacle à l'exécution des activités visant à apporter une aide aux victimes, réduisant ainsi la probabilité d'une réponse adéquate à leurs besoins essentiels.

2) Ce projet d'article complète donc le projet d'article 15 en prévoyant un ensemble cohérent d'obligations à la charge de l'État touché, lequel est censé mener une série d'activités qui sont nécessaires pour garantir aux États et autres acteurs prêtant assistance la possibilité de fournir une assistance prompte et effective. Cependant, l'objectif et la démarche qui sous-tendent les deux projets d'article sont sensiblement différents. Le projet d'article 15 met l'accent sur la nécessité pour l'État touché d'établir un ordre juridique interne propre à faciliter l'assistance extérieure, principalement par l'adoption d'une série de mesures d'ordre législatif et réglementaire. En revanche, la question de la protection du personnel de secours ainsi que de son équipement et de ses biens est traditionnellement considérée − pour des raisons impérieuses de principe liées à sa nature et au type de mesures à adopter − comme un domaine distinct méritant d'être traité séparément, comme le fait le présent projet d'article.

3) Les mesures que doit adopter l'État touché sont susceptibles de varier dans leur contenu et peuvent nécessiter différentes formes de conduite de sa part, puisque la nature de l'obligation concernée dépend du contexte. En particulier, la souplesse inhérente au concept de « mesures appropriées » porte à croire que l'État touché peut assumer différentes obligations en fonction des acteurs en cause quant à d'éventuelles menaces pour le personnel de secours, l'équipement et les biens.

4) Avant toute chose, l'État touché doit empêcher que ses organes compromettent les activités de secours. En ce sens, l'obligation imposée à l'État touché consiste à faire en sorte qu'il ne soit pas porté préjudice au personnel, à l'équipement et aux biens mobilisés dans le cadre de l'assistance extérieure, par des actes de ses organes.

5) Ensuite, le projet d'article 16 envisage une série de mesures qu'il convient d'adopter pour prévenir des activités préjudiciables menées par des acteurs non étatiques visant, par exemple, à profiter de l'instabilité des conditions de sécurité qui peut résulter de catastrophes afin de tirer des gains illicites d'activités criminelles visant le personnel de secours, l'équipement et les biens. On attend de l'État touché non pas qu'il réussisse, quelles que soient les circonstances, à empêcher la commission d'actes préjudiciables, mais plutôt qu'il s'efforce d'atteindre l'objectif visé par l'obligation pertinente. En particulier, l'expression « mesures appropriées » laisse à l'État touché

[232] Plusieurs traités internationaux insistent sur ce point. Voir, par exemple, la Convention de Tampere, art. 9, par. 4 ; et l'Accord de l'ASEAN, art. 14 *b*.

une marge d'appréciation pour décider quelles mesures prendre à cet égard. L'État doit agir avec diligence en s'efforçant d'éviter les comportements dommageables de la part d'acteurs non étatiques. Les mesures à prendre par les États dans le cadre de leur obligation de tout mettre en œuvre pour atteindre l'objectif visé dépendent du contexte. En conséquence, le projet d'article 16 n'énumère pas les moyens d'atteindre le résultat recherché, puisque cette obligation peut revêtir un caractère dynamique en fonction de l'évolution de la situation.

6) Plusieurs facteurs peuvent être pertinents pour permettre d'évaluer l'opportunité des mesures à prendre dans une situation de catastrophe afin d'exécuter cette obligation. Il peut notamment s'agir des difficultés auxquelles un État pourrait se heurter en tentant de mener à bien ses activités courantes en raison du désordre créé par l'ampleur de la catastrophe et la détérioration de sa situation économique, du fait que les ressources dont il dispose, tout comme sa capacité d'exercer un contrôle dans certaines régions frappées par la catastrophe, peuvent avoir été gravement touchées par celle-ci. Il pourrait s'agir de même des conditions de sécurité existant dans la zone des opérations et de l'attitude et du comportement des acteurs humanitaires participant aux opérations de secours. En fait, même si les acteurs extérieurs sont priés de consulter l'État touché et de coopérer avec lui en ce qui concerne leur protection et leur sécurité, ils pourraient ne pas tenir compte du rôle de direction attribué aux autorités locales, aggravant ainsi les risques qu'ils peuvent courir en ce qui concerne leur sécurité. En outre, si des actes dommageables visent le personnel de secours, l'équipement et les biens, l'État touché y réagira en exerçant sa compétence propre concernant la répression des infractions commises à l'intérieur de la zone touchée par une catastrophe.

7) Les acteurs humanitaires internationaux eux-mêmes peuvent contribuer à la réalisation de l'objectif recherché en adoptant, dans le cadre de leur organisation et de leurs opérations propres, une série de mesures d'atténuation visant à réduire leur vulnérabilité aux menaces concernant leur sécurité. Les moyens d'y parvenir pourraient consister par exemple en l'élaboration de codes de conduite, des activités de formation et une information suffisante quant aux conditions dans lesquelles leurs personnels sont appelés à agir et aux normes de comportement qu'ils sont tenus de respecter. En tout état de cause, l'adoption de telles mesures d'atténuation ne devrait pas compromettre l'adoption de mesures autonomes par l'État touché.

8) En outre, il convient de souligner que, lors de l'évaluation des risques en matière de sécurité, il faut tenir compte du caractère des missions de secours et de la nécessité de garantir aux victimes une réponse adéquate et efficace à la catastrophe. Le projet d'article 16 ne doit pas être interprété à tort comme ayant pour effet de dresser des obstacles déraisonnables et disproportionnés aux activités de secours. Ainsi que cela a déjà été souligné à propos du projet d'article 15, les mesures qui peuvent être adoptées pour des considérations de sécurité en vue de restreindre les déplacements du personnel de secours ne devraient pas aboutir à réduire inutilement la capacité de ces acteurs de fournir une assistance aux victimes de catastrophes.

9) De même, en ce qui concerne le recours éventuel à des escortes armées pour les opérations de secours en cas de catastrophe afin de dissiper les préoccupations concernant la sécurité, il conviendrait d'évaluer strictement cette possibilité en fonction des meilleures pratiques mises en œuvre dans ce domaine par les principaux acteurs humanitaires. L'attention est particulièrement appelée sur les Directives non contraignantes du Comité permanent interorganisations sur l'utilisation d'escortes armées pour les convois humanitaires[233], de 2013, qui ont pour but d'aider les acteurs concernés à évaluer comme il se doit l'adoption éventuelle d'une mesure aussi délicate. Comme cela est expliqué dans ce document, la règle générale est que les convois humanitaires n'utilisent pas d'escortes armées ou militaires, sauf en cas de circonstances exceptionnelles rendant nécessaire le recours à une escorte armée. Pour retenir cette solution, il incombe aux acteurs concernés d'examiner les conséquences de l'utilisation d'escortes armées et les autres solutions possibles, compte tenu en particulier du fait que les problèmes de sécurité qui peuvent exister dans des situations de catastrophe peuvent être beaucoup moins graves que ceux existant dans d'autres situations.

10) Le projet d'article 16 vise la protection « du personnel de secours et de l'équipement et des biens », c'est-à-dire des personnes et des objets mentionnés à ce titre aux alinéas *f* et *g* du projet d'article 3, et mobilisés pour fournir une assistance extérieure. Comme cela est souligné dans d'autres dispositions du présent projet d'articles, principalement les projets d'articles 10 et 13, l'assistance extérieure requiert le consentement de l'État touché, qui a le rôle principal en ce qui concerne la direction, le contrôle, la coordination et la supervision de ces activités. C'est pourquoi, une fois que l'État touché a demandé une assistance ou a accepté les offres d'assistance présentées par des États, il doit s'efforcer de garantir la protection prévue au projet d'article 16.

11) Une telle approche globale est nécessaire à la bonne exécution de l'obligation consacrée dans le projet d'article 16. Les autorités nationales sont les mieux placées pour mettre en place un cadre de sécurité adapté au bon déroulement des activités de secours. Il leur faut en particulier évaluer les risques de sécurité auxquels pourrait être exposé le personnel international de secours, coopérer avec ce personnel pour régler les questions de sécurité et coordonner les activités des acteurs extérieurs, compte tenu de ces préoccupations.

12) Conformément à l'alinéa *f* du projet d'article 3, le personnel de secours susceptible de bénéficier de la protection prévue par le projet d'article 16 peut appartenir au personnel civil ou militaire envoyé, selon le cas, par un État prêtant assistance ou un autre acteur prêtant assistance, à savoir une organisation intergouvernementale compétente, ou une organisation non gouvernementale ou entité pertinente, prêtant assistance à l'État touché avec le consentement de celui-ci. Toutes ces catégories sont donc concernées par l'application du projet d'article 16. La référence à une « assistance extérieure » traduit la position, également affirmée dans le commentaire relatif au

[233] Comité permanent interorganisations, « IASC Non-Binding Guidelines on the Use of Armed Escorts for Humanitarian Convoys », 27 février 2013.

projet d'article 14[234], selon laquelle seules les activités des acteurs extérieurs à l'État touché sont régies par les projets d'article.

13) L'équipement et les biens, tels qu'ils sont définis à l'alinéa *g* du projet d'article 3, liés aux activités du personnel de secours, relèvent de même de l'application du projet d'article 16. Étant à la disposition des États prêtant assistance ou des autres acteurs prêtant assistance, l'équipement et les biens seront couverts par l'application du projet d'article 16 indépendamment de leur origine. Ces objets pourraient aussi être directement acquis sur le marché intérieur de l'État touché. L'expression « présents sur son territoire, ou sur tout territoire relevant de sa juridiction ou sous son contrôle » vise à préciser cet aspect.

Article 17. Cessation de l'assistance extérieure

L'État touché, l'État qui lui prête assistance, l'Organisation des Nations Unies ou tout autre acteur prêtant assistance peut mettre fin à l'assistance extérieure à tout moment. Tout État ou acteur qui compte mettre fin à son assistance le notifie de manière appropriée. L'État touché et, selon le cas, l'État qui lui prête assistance, l'Organisation des Nations Unies ou tout autre acteur prêtant assistance se consultent au sujet de cette cessation et de ses modalités.

Commentaire

1) Le projet d'article 17 concerne la question de la cessation de l'assistance extérieure. La disposition se compose de trois phrases. La première confirme le droit fondamental des acteurs concernés, c'est-à-dire de l'État touché, de l'État qui lui prête assistance, de l'Organisation des Nations Unies ou de tout autre acteur prêtant assistance, de mettre fin à l'assistance extérieure à tout moment. La deuxième exige des parties qui comptent mettre fin à l'assistance qu'elles le notifient de manière appropriée. La troisième énonce l'obligation qui incombe à l'État touché et, selon le cas, à l'État qui lui prête assistance, à l'Organisation des Nations Unies ou à tout autre acteur prêtant assistance de se consulter au sujet de la cessation de l'assistance extérieure, y compris des modalités de cette cessation. Il est entendu que la notion de cessation de l'assistance renvoie ici tant à une cessation complète qu'à une cessation partielle. En outre, il est fait expressément référence à l'Organisation des Nations Unies parmi les acteurs susceptibles de prêter assistance dans le projet d'article 17, compte tenu du rôle de premier plan que joue l'Organisation dans la fourniture des secours.

2) Un État touché qui accepte une offre d'assistance reste maître de la durée pendant laquelle cette assistance est fournie. Le paragraphe 2 du projet d'article 10 dispose expressément que l'État touché a le rôle principal en ce qui concerne la direction, le contrôle, la coordination et la supervision des secours sur son territoire. Le projet d'article 13 dispose quant à lui que l'État touché doit consentir à l'assistance extérieure, en précisant toutefois que ce consentement ne saurait être refusé arbitrairement. La portée conjuguée de ces dispositions signifie que l'État touché peut retirer son consentement, faisant ainsi cesser l'assistance extérieure.

3) Le projet d'article 17 ne reconnaît pas au seul État touché un droit de cessation unilatérale de l'assistance. Au contraire, la Commission reconnaît que les États qui prêtent assistance à l'État touché, l'Organisation des Nations Unies et tout autre acteur prêtant assistance peuvent eux-mêmes avoir besoin de mettre fin à leurs activités d'assistance. Le projet d'article 17 préserve ainsi le droit de toute partie de faire cesser l'assistance fournie.

4) Il convient d'interpréter le projet d'article 17 à la lumière de l'objet du projet d'articles tel qu'il est énoncé au projet d'article 2. Il convient donc de prendre les décisions concernant la cessation de l'assistance en tenant compte des besoins des personnes touchées par la catastrophe, autrement dit en vérifiant s'il a été pourvu à ces besoins et dans quelle mesure, de sorte que la cessation de l'assistance extérieure ne porte pas préjudice aux personnes touchées par la catastrophe ; si elle est prématurée, la décision de mettre fin à l'assistance risquerait en effet de mettre à mal le processus de relèvement.

5) La Commission envisage qu'il puisse devenir nécessaire de mettre fin à la fourniture de l'assistance pour diverses raisons et à différents stades de cette assistance. Les opérations de secours peuvent atteindre un stade où l'État touché ou un ou plusieurs des acteurs prêtant assistance se voient dans la nécessité d'y mettre fin. Différentes situations peuvent conduire à la cessation de l'assistance, notamment l'épuisement des ressources d'un État ou de tout autre acteur prêtant assistance, ou la survenance d'une autre catastrophe exigeant une réaffectation des ressources. De même, les États touchés devraient pouvoir mettre fin à l'assistance si celle-ci n'a plus lieu d'être ou si elle s'écarte de l'offre initiale. Le projet d'article 17 offre une certaine souplesse en ce qu'il permet d'adapter la durée de l'assistance en fonction des circonstances, tout en laissant entendre que les parties devraient se concerter de bonne foi. Tel qu'il est libellé, il évoque une relation bilatérale, mais n'exclut pas le cas où une assistance extérieure serait fournie par de multiples acteurs.

6) Dans son projet d'articles sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique, de 1989, la Commission dispose au paragraphe 2 de l'article 9 que « [l]e courrier diplomatique ne peut être choisi parmi les ressortissants de l'État de réception qu'avec le consentement de cet État, qui peut à tout moment le retirer[235] ». Selon le commentaire correspondant, « [l]'expression "à tout moment" n'a pas pour objet de légitimer tout retrait arbitraire du consentement[236] ».

7) La deuxième phrase du projet d'article impose une obligation de notification à la partie qui compte mettre fin à l'assistance extérieure. Une notification appropriée est nécessaire pour préserver une certaine stabilité, de sorte qu'aucune des parties ne soit lésée par une cessation soudaine de l'assistance. Le libellé de la disposition est souple, de façon à permettre que la notification soit faite avant, pendant ou après les consultations. Aucune contrainte n'est imposée quant à la procédure de notification. Cependant, celle-ci doit être « appropriée » au vu des

[234] Voir *supra* le paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 14.

[235] *Annuaire… 1989*, vol. II (2e partie), p. 16 et suiv., par. 72.

[236] Ibid., paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 9.

circonstances, notamment en ce qui concerne sa forme et le moment où elle est faite, de préférence à l'avance.

8) L'obligation de consultation, énoncée dans la troisième phrase, traduit l'esprit de solidarité et de coopération qui sous-tend l'ensemble du projet d'articles, ainsi qu'il ressort du préambule, et le principe de coopération consacré aux projets d'articles 7 et 8. Le terme « modalités » fait référence aux procédures qui doivent être suivies pour mettre fin à l'assistance. Même si la cessation réciproque n'est pas toujours possible, une concertation quant aux modalités devrait permettre aux parties concernées de procéder plus facilement à une cessation amiable et efficace. L'expression « selon le cas » vise à préciser que la consultation envisagée a lieu entre l'État touché et toute autre partie lui prêtant assistance (qu'il s'agisse d'un État, de l'Organisation des Nations Unies ou d'un autre acteur).

Article 18. Relation avec d'autres règles de droit international

1. Le présent projet d'articles est sans préjudice des autres règles de droit international.

2. Le présent projet d'articles ne s'applique pas dans la mesure où la réponse à une catastrophe est régie par les règles du droit international humanitaire.

Commentaire

1) Le projet d'article 18 traite de la relation entre le projet d'articles et d'autres règles de droit international. Il vise à préciser la manière dont le projet d'articles interagit avec certaines règles de droit international qui traitent du même sujet que le projet d'articles, ou ne concernent pas directement les catastrophes mais s'appliqueraient néanmoins dans des situations visées par le projet d'articles.

2) La référence à « d'autres règles », dans le titre, vise à préserver la continuité d'application des obligations existantes concernant des questions traitées par le projet d'articles. La formule « autres règles de droit international », au paragraphe 1, a été choisie parce qu'elle offre une certaine souplesse : les autres règles dont il est ici question ne sont pas qualifiées de « spéciales » par rapport au projet d'articles ; elles peuvent en effet l'être ou non en fonction de leur contenu.

3) Le paragraphe 1 vise différentes formes d'« autres règles de droit international ». Celles-ci comprennent en particulier des règles plus précises inscrites dans des traités dont la portée *ratione materiae* entre dans le champ du projet d'articles (par exemple, traités régionaux ou bilatéraux sur l'assistance mutuelle en cas de catastrophe) ainsi que celles figurant dans des traités portant sur d'autres questions mais qui comportent des règles spécifiques concernant les situations de catastrophe[237].

4) Ce projet d'article traite également, au paragraphe 1, des interactions entre le présent projet d'articles et les règles de droit international qui ne concernent pas directement les catastrophes mais qui peuvent néanmoins être appliquées en cas de catastrophe. C'est par exemple le cas des dispositions relatives au droit des traités − en particulier celles concernant la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible et le changement fondamental de circonstances − ainsi que les règles relatives à la responsabilité des États et des organisations internationales, et à la responsabilité des individus. Cette disposition confirme que cette catégorie de règles n'est pas supplantée par le projet d'articles.

5) La clause « sans préjudice » figurant au projet d'article 18 s'applique aussi aux règles de droit international coutumier. De fait, le projet d'articles ne traite pas de toutes les questions susceptibles d'être dignes d'attention en cas de catastrophe. En outre, il ne vise pas à empêcher le développement de règles de droit international coutumier dans ce domaine. Le projet d'article 18 s'inspire donc de l'avant-dernier alinéa du préambule de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969, dans lequel il est affirmé ce qui suit : « les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions non réglées dans les dispositions de la présente Convention ».

6) De plus, il convient de garder à l'esprit que des règles d'application générale ne concernant pas directement les catastrophes pourraient aussi être inscrites dans le droit conventionnel. C'est pourquoi la Commission a estimé que le libellé « autres règles de droit international » était le mieux à même de viser toutes les règles de droit international susceptibles d'interagir avec le projet d'articles, car il exprime l'idée que la clause « sans préjudice » figurant au projet d'article 18 s'applique à toutes les catégories de règles de droit international.

7) Le paragraphe 2 traite spécifiquement de la relation entre le projet d'articles et le droit international humanitaire. La disposition est formulée de manière à préciser cette relation en donnant la primauté aux règles du droit international humanitaire.

8) La Commission avait envisagé d'ajouter à la définition du terme « catastrophe » (alinéa *a* du projet d'article 3) une disposition excluant expressément toute applicabilité du projet d'articles en situation de conflit armé, de façon à écarter toute interprétation selon laquelle, aux fins du projet d'articles, les conflits armés seraient inclus dès lors que les critères énoncés dans le projet d'article 3 seraient remplis. Une telle approche n'a pas été suivie car une exclusion catégorique risquait d'être contraire au but recherché, particulièrement dans les « situations d'urgence complexes » dans lesquelles une catastrophe se produit dans une région où se déroule un conflit armé. Une exclusion absolue de l'applicabilité du projet d'articles en raison de la coexistence d'un conflit armé serait préjudiciable à la protection des personnes touchées par la catastrophe, en particulier si la catastrophe est survenue avant le déclenchement du conflit armé[238].

9) Dans de telles situations, les règles du droit international humanitaire doivent s'appliquer à titre de *lex specialis*, tandis que celles énoncées dans le projet d'articles continueraient de s'appliquer « dans la mesure » où des questions juridiques soulevées par une catastrophe ne

[237] Voir, par exemple, la section F du chapitre 5 de l'annexe à la Convention visant à faciliter le trafic maritime international, de 1965 (modifiée en 1977).

[238] Voir *supra* le paragraphe 10 du commentaire du projet d'article 3.

seraient pas couvertes par les règles du droit international humanitaire. Le projet d'articles contribuerait ainsi à combler les vides juridiques dans la protection des personnes touchées par des catastrophes au cours d'un conflit armé, tandis que, dans les situations régies à la fois par le projet d'articles et par le droit international humanitaire, ce dernier aurait la primauté. Plus particulièrement, on ne saurait interpréter le projet d'articles de telle manière qu'il représente un obstacle à la capacité des organisations humanitaires de mener leurs activités en période de conflit armé (que le conflit en question soit international ou non et même s'il survient parallèlement à une catastrophe) conformément à leur mandat en vertu du droit international humanitaire.

Chapitre V

DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

A. Introduction

50. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail et a nommé Sir Michael Wood Rapporteur spécial pour le sujet[239]. À la même session, la Commission était saisie d'une note du Rapporteur spécial[240]. À la même session également, la Commission a prié le Secrétariat de préparer une étude recensant les éléments des travaux antérieurs de la Commission qui pourraient être particulièrement utiles pour ce sujet[241].

51. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial, ainsi que le mémorandum du Secrétariat sur le sujet[242]. À la même session, elle a décidé de renommer le sujet comme suit : « Détermination du droit international coutumier ».

52. À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial[243] et a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 1 à 11, figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial. La Commission a ensuite examiné le rapport intérimaire du Comité de rédaction sur la « Détermination du droit international coutumier », contenant les huit projets de conclusion adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction à la soixante-sixième session.

53. À sa soixante-septième session (2015), la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial[244] et a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusion figurant dans ce rapport. La Commission a ensuite pris note des projets de conclusions 1 à 16 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction aux soixante-sixième et soixante-septième sessions[245]. La Commission a également prié le Secrétariat de préparer une étude sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et des tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier[246].

B. Examen du sujet à la présente session

54. À la présente session, la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/695 et Add.1), contenant une bibliographie sur le sujet. Le quatrième rapport présentait les propositions formulées par les États et d'autres à propos des projets de conclusion provisoirement adoptés ainsi que les modifications qu'il était proposé d'apporter à plusieurs projets de conclusion à la lumière des observations reçues. Il traitait également des moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, en faisant l'historique des travaux antérieurs de la Commission, qui étaient susceptibles de servir de base à l'examen de la question par la Commission dans le cadre du sujet. En outre, la Commission était saisie d'une étude du Secrétariat concernant le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/691).

55. La Commission a examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial, ainsi que l'étude du Secrétariat, de sa 3301e à sa 3303e séance, du 19 au 24 mai 2016. À sa 3303e séance, le 24 mai 2016, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les propositions de modification des projets de conclusion figurant dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial[247].

56. À sa 3303e séance, le 24 mai 2016, la Commission a prié le Secrétariat d'élaborer une étude sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, dans laquelle il ferait le point sur l'état actuel de la documentation relative au droit international coutumier et formulerait des propositions d'amélioration.

---

[239] À sa 3132e séance, le 22 mai 2012 [voir *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 70, par. 157]. L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 67/92 du 14 décembre 2012, a noté avec satisfaction la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Le sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa soixante-troisième session (2011), sur la base de la proposition reproduite à l'annexe I de son rapport sur les travaux de cette session [*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 180, par. 365 à 367 ; et ibid., annexe I, p. 189 et suiv.].

[240] *Annuaire… 2012*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/653. Voir aussi ibid., vol. II (2e partie), p. 70 et suiv., par. 157 à 202.

[241] *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 70, par. 159.

[242] *Annuaire… 2013*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/663 (premier rapport) ; et ibid., document A/CN.4/659 (mémorandum du Secrétariat). Voir aussi *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 69, par. 64.

[243] *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/672. Voir aussi ibid., vol. II (2e partie), p. 157, par. 135.

[244] *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/682.

[245] Ibid., vol. II (2e partie), p. 29, par. 60. Le texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction figure dans le document A/CN.4/L.869 (disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-septième session).

[246] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 29, par. 61.

[247] A/CN.4/695 et Add.1, annexe I [Modifications qu'il est proposé d'apporter au projet de conclusion 3 (Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments), au projet de conclusion 4 (Exigence d'une pratique), au projet de conclusion 6 (Formes de pratique), au projet de conclusion 9 (Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit [*opinio juris*]) et au projet de conclusion 12 (Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales)].

57. La Commission a examiné et adopté le rapport du Comité de rédaction sur les projets de conclusions 1 à 16 (A/CN.4/L.872) à sa 3309e séance, le 2 juin 2016. Elle a en conséquence adopté en première lecture un ensemble de 16 projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier (voir *infra* la section C.1).

58. À sa 3291e séance, le 2 mai 2016, la Commission a décidé de constituer un groupe de travail à composition non limitée, sous la présidence de M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, en vue d'aider le Rapporteur spécial à élaborer les projets de commentaire des projets de conclusion qui seraient soumis à l'adoption de la Commission. Le Groupe de travail a tenu cinq réunions entre le 3 et le 11 mai 2016.

59. À ses 3338e à 3340e séances, les 5 et 8 août 2016, la Commission a adopté les commentaires des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier (voir *infra* la section C.2).

60. À sa 3340e séance, le 8 août 2016, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, de transmettre les projets de conclusion (section C *infra*), par l'entremise du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations, en demandant que ces commentaires et observations soient soumis au Secrétaire général le 1er janvier 2018 au plus tard.

61. À sa 3340e séance, le 8 août 2016, la Commission a exprimé sa profonde gratitude au Rapporteur spécial, Sir Michael Wood, pour son excellente contribution aux travaux sur le sujet, qui lui avait permis de mener à bien sa première lecture des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier.

C. Texte des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier adoptés par la Commission en première lecture

1. Texte des projets de conclusion

62. Le texte des projets de conclusion adoptés en première lecture par la Commission est reproduit ci-après.

DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

Première partie

INTRODUCTION

Conclusion 1. Portée

Les présents projets de conclusion concernent la manière dont l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier doivent être déterminés.

Deuxième partie

APPROCHE FONDAMENTALE

Conclusion 2. Deux éléments constitutifs

Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Conclusion 3. Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs

1. Dans l'appréciation des moyens permettant d'établir l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens.

2. Chacun des deux éléments constitutifs doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence.

Troisième partie

PRATIQUE GÉNÉRALE

Conclusion 4. Exigence d'une pratique

1. L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier signifie que c'est principalement la pratique des États qui contribue à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier.

2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2.

Conclusion 5. Comportement de l'État en tant que pratique de l'État

La pratique de l'État consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre.

Conclusion 6. Formes de pratique

1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction.

2. Les formes de pratique étatique comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques ; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ; la conduite relative aux traités ; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle « sur le terrain » ; les actes législatifs et administratifs ; et les décisions des juridictions internes.

3. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

Conclusion 7. Appréciation de la pratique d'un État

1. Il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble.

2. Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit.

Conclusion 8. La pratique doit être générale

1. La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante.

2. Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale.

Quatrième partie

ACCEPTÉE COMME ÉTANT LE DROIT (*OPINIO JURIS*)

Conclusion 9. Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

1. La condition, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, que la pratique générale soit acceptée comme

étant le droit (*opinio juris*) signifie que la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit.

2. Une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude.

Conclusion 10. Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)

1. La preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une large variété de formes.

2. Les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États ; les publications officielles ; les avis juridiques gouvernementaux ; la correspondance diplomatique ; les décisions des juridictions nationales ; les dispositions de traités ; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale.

3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction.

CINQUIÈME PARTIE

PORTÉE DE CERTAINS MOYENS DE DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

Conclusion 11. Traités

1. Une règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la règle conventionnelle :

***a*) a codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité ;**

***b*) a abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité ; ou**

***c*) a servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier.**

2. Le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier.

Conclusion 12. Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales

1. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ne peut pas, en elle-même, créer une règle de droit international coutumier.

2. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir un élément de preuve pour établir l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement.

3. Une disposition d'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que cette disposition correspond à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Conclusion 13. Décisions de juridictions

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier constituent un moyen auxiliaire de détermination desdites règles.

2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, à titre de moyen auxiliaire de détermination de telles règles.

Conclusion 14. Doctrine

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier.

SIXIÈME PARTIE

OBJECTEUR PERSISTANT

Conclusion 15. Objecteur persistant

1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection.

2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante.

SEPTIÈME PARTIE

DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER PARTICULIER

Conclusion 16. Droit international coutumier particulier

1. Une règle de droit international coutumier particulier, qu'elle soit régionale, locale ou autre, est une règle de droit international coutumier qui ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États.

2. Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier particulier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qui est acceptée par eux comme étant le droit (*opinio juris*).

2. TEXTE DES PROJETS DE CONCLUSION ET DES COMMENTAIRES Y RELATIFS

63. Le texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs adoptés en première lecture par la Commission à sa soixante-huitième session est reproduit ci-après.

DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

Commentaire général

1) Les présents projets de conclusion concernent le mode de détermination des règles du droit international coutumier[248]. Ils visent à indiquer la voie à suivre pour déterminer l'existence (ou l'inexistence) de règles de droit international coutumier et leur contenu. Cette question n'intéresse pas seulement les spécialistes du droit international public ; d'autres praticiens, y compris ceux qui collaborent avec les juridictions nationales, sont de plus en plus appelés à appliquer le droit international coutumier ou consultés à ce sujet. Cette tâche requiert une méthode structurée et fiable d'analyse juridique et d'évaluation pour faire en sorte que toute règle de droit international coutumier soit dûment déterminée, afin de renforcer la crédibilité de cette détermination.

[248] Comme il se doit pour les travaux de la Commission, les projets de conclusion doivent être lus conjointement avec les commentaires.

2) Le droit international coutumier reste une source importante du droit international public[249]. Dans l'ordre juridique international, ce droit non écrit, issu d'une pratique acceptée comme étant le droit, peut être pour les sujets de droit international un moyen efficace de réguler leur comportement, et il est d'ailleurs souvent invoqué par les États, entre autres. Le droit international coutumier fait en outre partie des sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice qui vise, en son alinéa *b*, « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit[250] ». Ce libellé fait ressortir les deux éléments constitutifs du droit international coutumier : une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (ou *opinio juris*).

3) La détermination du droit international coutumier est un sujet sur lequel il existe une abondante documentation, y compris des décisions de jurisprudence et des travaux de doctrine[251]. Les projets de conclusion rendent compte de la démarche adoptée par les États, ainsi que par les juridictions internationales et au sein des organisations internationales. Partant du constat que le processus de détermination du droit international coutumier ne se prête pas toujours à des formulations précises, ils visent à indiquer la voie à suivre sans être excessivement prescriptifs.

4) Les 16 projets de conclusion énoncés ci-après se répartissent en sept parties. La première partie est consacrée à la portée et à l'objet. La deuxième partie décrit l'approche fondamentale de la détermination du droit international coutumier, celle des « deux éléments ». Les troisième et quatrième parties donnent plus d'indications sur les deux éléments constitutifs du droit international coutumier, qui servent également de critères de détermination, « une pratique générale » et « l'acceptation comme étant le droit » (*opinio juris*). La cinquième partie traite de certaines catégories d'éléments qui sont fréquemment invoqués pour la détermination de règles de droit international coutumier. Les sixième et septième parties sont consacrées à deux situations exceptionnelles : l'objecteur persistant et le droit international coutumier particulier (entendu comme certaines règles de droit international coutumier qui ne s'appliquent qu'entre un nombre limité d'États).

[249] Certains domaines importants du droit international sont encore régis essentiellement par le droit international coutumier, lorsqu'il n'existe que peu, ou pas, de traités applicables. Même lorsqu'un traité est en vigueur, les règles du droit international coutumier continuent de régir les questions non visées par celui-ci et les relations avec et entre les États non parties. En outre, les traités peuvent renvoyer aux règles du droit international coutumier ; et ces règles peuvent être prises en considération pour l'interprétation des traités conformément à l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969). Il peut en outre être nécessaire, parfois, de déterminer le droit applicable à l'époque où certains faits se sont produits (« le droit intertemporel »), ce qui peut être le droit international coutumier même si un traité est désormais en vigueur. Une règle de droit international coutumier peut subsister et rester applicable, séparément d'un traité, même si les deux ont le même contenu et même entre les parties au traité [voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, aux pages 93 à 96, par. 174 à 179 ; et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2015*, p. 3, aux pages 47 et 48, par. 88].

[250] Ce libellé a été proposé par le Comité consultatif de juristes, institué par la Société des Nations en 1920 pour élaborer un projet de statut de la Cour permanente de Justice internationale ; il a été conservé, sans changement, dans le Statut de la Cour internationale de Justice en 1945. Si ce libellé a été critiqué en raison de son imprécision, il est néanmoins considéré comme exprimant de façon synthétique l'essence du droit international coutumier.

[251] Pour une bibliographie relative au droit international coutumier, notamment des ouvrages correspondant à des thèmes traités dans certains des projets de conclusion, ou ayant trait au rôle du droit international coutumier dans différents domaines, voir le quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/695 et Add.1), annexe II.

Première partie

INTRODUCTION

La première partie, qui ne comporte qu'un seul projet de conclusion, définit la portée des projets de conclusion, en donnant un aperçu de leur fonction et de leur objet.

Conclusion 1. Portée

Les présents projets de conclusion concernent la manière dont l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier doivent être déterminés.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 1 a un caractère introductif. Il dispose que les projets de conclusion concernent la manière dont les règles de droit international coutumier doivent être déterminées, c'est-à-dire qu'il énonce la méthode juridique applicable pour entreprendre cet exercice.

2) L'expression « droit international coutumier » est employée dans tout le texte des projets de conclusion, car elle est couramment utilisée et traduit le plus clairement la nature de cette source du droit international. Parmi les autres termes que l'on trouve parfois dans des instruments juridiques (y compris des constitutions), dans la jurisprudence et dans la doctrine, on peut citer « coutume », « coutume internationale » et « droit coutumier international », ainsi que « droit des gens » et « droit international général »[252]. Parmi les « règles » de droit international coutumier, certaines sont parfois qualifiées de « principes » (de droit) en raison de leur caractère plus général et plus fondamental[253].

[252] Certains de ces termes peuvent être employés dans d'autres sens ; en particulier, l'expression « droit international général » est employée de diverses manières (sans que cela soit toujours clairement précisé), notamment pour désigner des règles de droit international d'application générale, qu'il s'agisse de droit conventionnel, de droit international coutumier ou de principes généraux du droit. Pour une analyse juridique de l'expression « droit international général », voir *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2015*, p. 665, opinion individuelle de la juge Donoghue (par. 2), opinion individuelle du juge ad hoc Dugard (par. 12 à 17).

[253] Voir *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 246, aux pages 288 à 290, par. 79 (« Quant à l'association des termes "règles" et "principes", il ne s'agit […] que d'une expression double pour énoncer la même idée, car dans ce contexte [de la détermination du droit international applicable] on entend manifestement par principes des principes de droit, donc aussi des règles du droit international pour lesquelles l'appellation de principes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental. ») ; et *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 septembre 1927, *C.P.J.I. série A, n° 10*, p. 16 et 17 (« la Cour estime que le sens des mots "principes du droit international" ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale »).

3) Les termes *identify* et *determine* sont utilisés de manière interchangeable dans le texte anglais des projets de conclusion et des commentaires. L'idée de déterminer « l'existence et le contenu » des règles de droit international coutumier traduit le fait qu'il est souvent nécessaire de déterminer à la fois l'existence et le contenu d'une règle mais que, dans certains cas, alors que l'existence de la règle est admise, sa portée exacte est contestée. Tel peut être le cas, par exemple, s'il y a un désaccord sur le point de savoir si une formulation particulière (figurant généralement dans des textes de traités ou de résolutions) correspond en fait à une règle existante de droit international coutumier ou si la question se pose de savoir s'il existe des exceptions à une règle reconnue de droit international coutumier.

4) Les projets de conclusion portent sur la détermination des règles de droit international coutumier et ne traitent donc pas directement des processus d'élaboration du droit international coutumier dans le temps. Cela étant, dans la pratique, la détermination ne peut pas toujours être envisagée isolément de la formation ; la détermination de l'existence et du contenu d'une règle de droit international coutumier peut très bien nécessiter l'examen des processus par lesquels cette règle a vu le jour. Il est donc inévitable que les projets de conclusion renvoient parfois à la formation des règles, mais ils ne traitent pas systématiquement de la façon dont les règles apparaissent ni de quelle manière elles se modifient ou prennent fin.

5) Plusieurs autres questions sont extérieures au champ d'application des projets de conclusion. Tout d'abord, ceux-ci ne traitent pas du contenu du droit international coutumier ; ils ne visent que la question méthodologique du mode de détermination des règles de droit international coutumier[254]. Ensuite, les projets de conclusion ne tentent nullement d'expliquer les rapports existant entre le droit international coutumier et d'autres sources du droit international ; ils n'abordent cet aspect que dans la mesure où cela est nécessaire pour expliquer comment il convient de déterminer les règles de droit international coutumier, par exemple la pertinence des traités à cet égard. De plus, les projets de conclusion sont sans préjudice des questions de hiérarchie entre les règles du droit international, y compris celles concernant les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), ou des questions concernant le caractère *erga omnes* de certaines obligations. Enfin, les projets de conclusion ne portent pas sur le statut du droit international coutumier au sein des ordres juridiques nationaux.

Deuxième partie

APPROCHE FONDAMENTALE

La deuxième partie expose l'approche fondamentale de la détermination du droit international coutumier. Dans les deux projets de conclusion qu'elle comprend, il est précisé que la détermination d'une règle de droit international coutumier suppose que soit établie l'existence des deux éléments constitutifs : une pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), ce qui exige une analyse minutieuse de la preuve de chaque élément.

Conclusion 2. Deux éléments constitutifs

Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Commentaire

1) Le projet de conclusion 2 expose l'approche fondamentale selon laquelle la détermination d'une règle de droit international coutumier suppose une recherche concernant deux questions distinctes, mais liées : celles de savoir, d'une part, s'il existe une pratique générale et, d'autre part, si cette pratique générale est acceptée comme étant le droit (c'est-à-dire assortie de l'*opinio juris*)[255]. En d'autres termes, il faut rechercher quels États agissent ainsi et tenter de comprendre s'ils considèrent qu'il y a une obligation ou un droit d'agir de cette façon. Cette méthodologie, « l'approche des deux éléments », qui sous-tend les projets de conclusion, est largement appuyée par les États, la jurisprudence et la doctrine. Elle permet de faire en sorte que l'exercice de détermination des règles de droit international coutumier ne serve à déterminer que les règles qui existent effectivement[256].

2) Une pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*) sont les deux éléments constitutifs du droit international coutumier ; ensemble, elles sont les conditions indispensables à l'existence d'une règle de droit international coutumier. La détermination d'une telle règle exige donc un examen minutieux des éléments de preuve disponibles pour établir leur présence dans tel ou tel cas. Cela est notamment confirmé par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, laquelle vise « deux conditions [qui] doivent être remplies[257] » et a, de façon répétée, indiqué qu'« une "pratique effective" assortie d'une *opinio juris* est en particulier requise pour qu'existe une telle règle [de droit international coutumier][258] ». Établir le bien-fondé d'une affirmation concernant l'existence et/ou le contenu d'une règle de droit international coutumier

[254] À cet égard, il importe de noter que toute référence, dans les présents commentaires, à des décisions particulières de juridictions vise à illustrer la méthodologie et non le fond des décisions.

[255] L'expression latine a été conservée parallèlement à la formule « acceptation comme étant le droit » non seulement parce qu'elle est largement employée dans le discours juridique, ces termes étant notamment employés comme des synonymes dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, mais encore parce qu'elle caractérise mieux la nature particulière de cet élément subjectif qui constitue une conviction juridique plutôt qu'un consentement formel.

[256] Il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur l'existence et le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle de droit international coutumier ; il faut s'assurer de l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit : *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 249), aux pages 97 et 98, par. 184.

[257] *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 44, par. 77.

[258] *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, aux pages 122 et 123, par. 55 ; voir aussi, par exemple, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 13, aux pages 29 et 30, par. 27 ; et *Plateau continental de la mer du Nord* (note 257 *supra*), à la page 44, par. 77.

implique la recherche d'une pratique dont l'acceptation par les États est telle qu'elle peut être considérée comme l'expression d'une obligation juridique ou d'un droit (c'est-à-dire qu'elle est requise, autorisée ou interdite en droit)[259]. Le test doit toujours être le suivant : existe-t-il une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit ?

3) Lorsque l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ne peut être établie, il y a lieu de conclure que la prétendue règle de droit international coutumier n'existe pas. Dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, par exemple, la Cour internationale de Justice a considéré que les faits relatifs à l'existence prétendue d'une règle de droit international coutumier (particulier) révélaient

> tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances dans l'exercice de l'asile diplomatique et dans les vues officiellement exprimées à diverses occasions ; il y a eu un tel manque de consistance dans la succession rapide des textes conventionnels relatifs à l'asile, ratifiés par certains États et rejetés par d'autres, et la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique dans les divers cas, qu'il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le droit en ce qui concerne la prétendue règle de la qualification unilatérale et définitive du délit[260].

4) Comme l'indique clairement le projet de conclusion 2, la présence d'un seul élément constitutif ne suffit pas pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier. La pratique, même répandue et constante, qui n'est pas acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) ne peut être qu'un usage non contraignant, tandis qu'une croyance que quelque chose est (ou devrait être) le droit n'est qu'une simple aspiration si elle n'est pas étayée par la pratique ; ce sont les deux éléments qui, ensemble, établissent l'existence d'une règle de droit international coutumier[261]. Si, de temps à autre, des auteurs ont tenté de concevoir d'autres approches pour la détermination du droit international coutumier, en privilégiant un élément constitutif par rapport à l'autre, voire en excluant totalement un élément, de telles théories ne sont pas appuyées par les États ni étayées par la jurisprudence.

5) L'approche des deux éléments est souvent qualifiée d'« inductive », par opposition à d'éventuelles approches « déductives » suivant lesquelles les règles peuvent être établies par un raisonnement juridique plutôt que par la preuve empirique d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). L'approche des deux éléments n'exclut pas, en fait, tout élément déductif, en particulier lorsque l'on envisage d'éventuelles règles de droit international coutumier qui entrent en jeu dans le contexte de règles formulées en termes plus généraux qui elles-mêmes découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*)[262], ou lorsque l'on conclut que d'éventuelles règles de droit international font partie d'un « tout indivisible[263] ».

6) L'approche des deux éléments s'applique à la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international coutumier dans tous les domaines du droit international. Cela est confirmé par la pratique des États et la jurisprudence, et est conforme à l'unité et à la cohérence du droit international, qui constitue un système juridique unique que l'on ne saurait diviser en branches distinctes dont chacune aurait sa propre approche à l'égard des sources[264]. Si, concrètement, il est possible que l'application de l'approche fondamentale tienne compte des circonstances et du contexte particuliers dans lesquels une règle supposée est apparue et doit être appliquée[265], la nature fondamentale du droit international coutumier en tant que pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) doit toujours être respectée.

Conclusion 3. Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs

1. Dans l'appréciation des moyens permettant d'établir l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens.

2. Chacun des deux éléments constitutifs doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence.

---

[259] Par exemple, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, une étude approfondie de la pratique des États sous la forme de lois nationales, de décisions judiciaires et de demandes et autres déclarations officielles, assorties de façon avérée d'une *opinio juris*, a permis de déterminer la portée de l'immunité de l'État en droit international coutumier [*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 258), aux pages 122 à 139, par. 55 à 91].

[260] *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 277.

[261] Dans l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien*, par exemple, la Cour internationale de Justice a estimé que rien n'indiquait que la pratique récurrente du passage des forces armées et de la police armée portugaises entre Damao et les enclaves portugaises en Inde, ou entre les enclaves elles-mêmes à travers le territoire indien, avait été autorisée ou exercée à titre de droit. La Cour a expliqué « qu'eu égard aux circonstances spéciales de l'espèce l'exigence d'une autorisation préalable au passage est la négation même de l'exercice du passage à titre de droit. La pratique suppose que le souverain territorial avait le pouvoir discrétionnaire de retirer ou de refuser son autorisation. Il est allégué que cette autorisation était toujours accordée mais, de l'avis de la Cour, cela ne saurait affecter la situation juridique. Rien dans le dossier n'indique que les Britanniques ou les Indiens aient été obligés d'accorder leur autorisation. » (*Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, aux pages 42 et 43). Dans son avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a considéré que « [l]'apparition, en tant que *lex lata*, d'une règle coutumière prohibant spécifiquement l'emploi des armes nucléaires en tant que telles se heurte aux tensions qui subsistent entre, d'une part, une *opinio juris* naissante et, d'autre part, une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion. » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 255, par. 73). Voir aussi *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, affaire nº SCSL-2004-14-AR72(E), décision du 31 mai 2004 concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (recrutement d'enfants), Tribunal spécial pour la Sierra Leone, par. 17.

[262] Telle est apparemment l'approche suivie dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, aux pages 55 et 56, par. 101.

[263] *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 624, à la page 674, par. 139.

[264] Voir les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 186, par. 251 1).

[265] Voir *infra* le projet de conclusion 3.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 3 concerne l'appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs du droit international coutumier[266]. Les deux paragraphes du projet de conclusion contiennent des orientations générales pour la détermination de l'existence (ou de l'absence) et du contenu d'une règle de droit international coutumier à partir des différents éléments de preuve disponibles au moment de l'appréciation, orientations qui reflètent à la fois l'analyse rigoureuse requise et la nature dynamique du droit international coutumier en tant que source de droit international.

2) Le paragraphe 1 énonce un principe général qui sous-tend l'ensemble du projet de conclusions, à savoir que l'appréciation de tous les éléments de preuve disponibles doit être minutieuse et contextualisée. La question de l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) doit être étudiée soigneusement dans chaque cas, à la lumière des circonstances pertinentes[267]. Pareille analyse non seulement renforce la crédibilité de chaque décision particulière mais permet aussi d'appliquer l'approche des deux éléments, avec la souplesse nécessaire, à tous les domaines du droit international.

3) La condition selon laquelle il faut tenir compte du contexte général reflète la nécessité d'appliquer l'approche des deux éléments tout en tenant compte de la matière que la règle est réputée réglementer. Cela signifie que, dans chaque cas, les principes du droit international qui pourraient être applicables en la matière devraient être pris en considération[268]. En outre, le type d'éléments de preuve consultés (et l'examen de leur existence ou inexistence) doit être adapté à la situation, et certaines formes de pratique et de preuves de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peuvent se révéler particulièrement importantes, compte tenu du contexte. Par exemple, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice a considéré ce qui suit :

> Dans le cas d'espèce, une pratique étatique particulièrement importante se dégage de la jurisprudence des tribunaux internes qui ont été amenés à se prononcer sur l'immunité d'un État étranger, des lois adoptées par ceux des États qui ont légiféré en la matière, de l'invocation de l'immunité par certains États devant des tribunaux étrangers, ainsi que des déclarations faites par les États à l'occasion de l'examen approfondi de cette question par la Commission du droit international puis de l'adoption de la convention des Nations Unies. Dans ce contexte, l'*opinio juris* est reflétée notamment par l'affirmation, de la part des États qui invoquent l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'autres États, qu'ils sont, en vertu du droit international, fondés à en bénéficier ; par la reconnaissance, de la part des États qui accordent cette immunité, qu'il s'agit d'une obligation que leur impose le droit international ; et, inversement, par l'affirmation par des États, dans d'autres affaires, de leur droit d'exercer leur juridiction à l'égard d'États étrangers[269].

4) La nature de la règle en question peut aussi être importante dans l'appréciation des éléments de preuve en vue de déterminer s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*). En particulier, lorsqu'il s'agit de règles prohibitives (comme l'interdiction de la torture), il peut parfois être difficile de trouver une pratique étatique positive (par opposition à l'inaction) ; dans les affaires portant sur de telles règles, il s'agit la plupart du temps d'évaluer si la pratique (à savoir l'inaction délibérée) est acceptée comme étant le droit[270].

5) Étant donné qu'un comportement peut présenter de multiples ambiguïtés, le paragraphe 1 indique en outre qu'il faut tenir compte des circonstances propres à chacun des moyens ; ce n'est qu'alors que toute l'importance voulue peut leur être accordée. Dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, par exemple, la Cour internationale de Justice, cherchant à déterminer l'existence d'une règle (particulière) de droit international coutumier, a déclaré ce qui suit :

> On trouve dans la correspondance diplomatique des expressions isolées qui, prises hors de leur contexte, peuvent être considérées comme la reconnaissance des prétentions des États-Unis d'exercer la juridiction consulaire et autres droits capitulaires. Mais d'autre part, la Cour ne peut ignorer la teneur générale de la correspondance qui démontre qu'à tout moment la France et les États-Unis cherchaient une solution fondée sur un accord réciproque et que ni l'une ni l'autre des Parties n'envisageait l'abandon de sa position juridique[271].

---

[266] Le terme « moyens » est employé ici dans un sens général qui renvoie à tous les éléments qui pourraient être pris en considération pour la détermination du droit international coutumier, et non dans le sens technique que lui accordent certains tribunaux ou systèmes juridiques.

[267] Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord* (note 257 *supra*), opinion dissidente du juge Tanaka, à la page 175 : « Déterminer si ces deux facteurs sont réunis ou non dans le processus de formation d'un droit coutumier soulève des problèmes délicats et difficiles à résoudre. On ne peut pas mesurer selon des critères mathématiques et uniformes la répétition, le nombre d'exemples de la pratique des États ou la durée nécessaires à la formation d'un droit coutumier. Chaque fait doit être apprécié en fonction des circonstances particulières. »

[268] Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice a estimé que la règle coutumière de l'immunité de l'État procédait du principe de l'égalité souveraine des États, et, dans ce contexte, devait être considérée conjointement avec celui en vertu duquel chaque État détient la souveraineté sur son propre territoire, souveraineté dont découle pour lui un pouvoir de juridiction à l'égard des faits qui se produisent sur son sol et des personnes qui y sont présentes [*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 258), aux pages 123 et 124, par. 57]. Voir aussi *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (note 252 *supra*), opinion individuelle de la juge Donoghue (par. 3 à 10).

[269] *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 258), à la page 123, par. 55. Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, où s'est posée la question de savoir si la pratique, établie de longue date, de la pêche à des fins de subsistance (reconnue par les deux parties à l'affaire) avait évolué pour devenir une règle (particulière) de droit international coutumier, la Cour internationale de Justice a fait observer « qu'il ne faut pas s'attendre qu'une telle pratique, par sa nature même, et tout particulièrement au vu de l'isolement de la région, ainsi que de la faible densité et du caractère clairsemé de sa population, soit consignée de manière formelle dans un quelconque compte rendu officiel. De l'avis de la Cour, le fait que le Nicaragua n'ait pas nié l'existence d'un droit découlant de cette pratique, qui s'était poursuivie sans être entravée ni remise en question durant une très longue période, est particulièrement révélateur » [*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 213, aux pages 265 et 266, par. 141]. La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a noté qu'il était difficile d'observer la pratique des États sur le champ de bataille : *Le Procureur c. Duško Tadić alias « Dule »*, affaire nº IT-94-1-AR72, arrêt du 2 octobre 1995 relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. I, p. 352 et suiv., à la page 140, par. 99.

[270] Sur l'inaction comme forme de pratique, voir le projet de conclusion 6 et le commentaire y relatif, par. 3.

[271] *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, à la page 200.

Lors de l'examen de la législation en tant que pratique, la manière dont le texte a été interprété et appliqué peut parfois être plus importante que son contenu même. Les décisions des juridictions nationales auront moins d'influence si elles sont invalidées par le législateur ou demeurent inappliquées en raison de problèmes de compatibilité avec le droit international. Les déclarations impromptues ou impulsives compteront généralement moins que celles qui sont mûrement réfléchies, et celles faites par des subalternes peuvent avoir moins de poids que celles de hauts responsables du Gouvernement. L'importance à accorder au fait qu'un État s'abstient de protester dépendra de toutes les circonstances, mais elle peut être particulièrement déterminante lorsque des mesures concrètes dont cet État a connaissance et qui ont des incidences négatives immédiates sur ses intérêts ont été prises. Et lorsque la pratique d'un État va à l'encontre de ses intérêts manifestes ou engendre pour lui des coûts importants, elle est davantage susceptible de refléter une acceptation comme étant le droit.

6) Le paragraphe 2 dispose que, pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier, l'existence de chacun des deux éléments constitutifs doit être établie, et précise que cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence. En d'autres termes, la pratique et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) pris ensemble donnent les informations nécessaires à la détermination du droit international coutumier, mais deux examens distincts doivent être effectués. Même si les éléments constitutifs peuvent être indissolublement liés (dans le sens où la pratique peut être assortie d'une certaine motivation), chacun d'eux est une notion autonome aux fins de la détermination d'une règle de droit international coutumier.

7) Bien que le droit international coutumier se manifeste par un comportement assorti d'une *opinio juris*, les actes constituant la pratique pertinente ne sont pas en eux-mêmes une preuve de l'acceptation comme étant le droit. En outre, l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) doit être recherchée non seulement chez ceux qui prennent part à la pratique mais aussi chez ceux qui sont en mesure d'y réagir. Aucune conclusion simple concernant l'acceptation comme étant le droit ne peut donc se déduire de la pratique en question ; la Cour internationale de Justice a ainsi déclaré que « le fait d'avoir agi ou de s'être engagé à agir d'une certaine façon ne prouve rien sur le plan juridique[272] ».

8) Le paragraphe 2 souligne que l'existence d'un élément ne peut pas être déduite de la seule existence de l'autre et qu'un examen distinct doit être effectué pour chaque élément. Néanmoins, il n'exclut pas que le même matériau puisse être utilisé pour établir une pratique et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). Une décision d'une juridiction nationale, par exemple, pourrait constituer une pratique pertinente et indiquer que ses effets sont nécessaires en vertu du droit international coutumier. Le point important reste cependant que les éléments doivent faire l'objet de deux examens distincts, l'un pour établir la pratique, l'autre pour s'assurer de son acceptation comme étant le droit.

9) Même si, pour déterminer une règle de droit international coutumier, l'existence d'une pratique générale est souvent le premier facteur à prendre en considération, et que ce n'est qu'ensuite qu'un examen est entrepris pour déterminer si cette pratique générale est acceptée comme étant le droit, il n'est pas obligatoire de respecter cet ordre. La détermination d'une règle de droit international coutumier peut aussi consister à évaluer d'abord un texte écrit ou une déclaration qui exprimerait une certaine conviction juridique, puis à chercher à vérifier l'existence d'une pratique générale correspondant à celle-ci.

Troisième partie

PRATIQUE GÉNÉRALE

Comme cela est indiqué dans le projet de conclusion 2, il est nécessaire, pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier, d'établir à la fois l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). La troisième partie contient des directives plus détaillées sur le premier de ces deux éléments constitutifs du droit international coutumier, « une pratique générale ». Également appelé élément « matériel » ou « objectif »[273], celui-ci vise les comportements (accompagnés de leur acceptation comme étant le droit) qui contribuent à la formation ou à l'expression du droit international coutumier. Un certain nombre de facteurs doivent être pris en considération pour déterminer si une pratique générale existe bel et bien.

Conclusion 4. Exigence d'une pratique

1. L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier signifie que c'est principalement la pratique des États qui contribue à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier.

2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2.

---

[272] *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 44, par. 76. Dans l'*Affaire du « Lotus »*, la Cour permanente de Justice internationale a de même considéré ce qui suit : « Même si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué […], il en résulterait simplement que les États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire ; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. Le fait allégué ne permet pas de conclure que les États aient été conscients de pareil devoir » [*Affaire du « Lotus »* (voir *supra* la note 253), à la page 28]. Voir aussi *infra* le projet de conclusion 10, par. 2.

[273] Parfois également appelé *usus* (usage), ce qui risque de prêter à confusion avec l'expression « du simple usage ou de la simple habitude », qui est à distinguer du droit international coutumier : voir *infra* le projet de conclusion 9, par. 2.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 4 précise quelle est la pratique à prendre en considération pour déterminer l'existence d'une règle du droit international coutumier et le rôle de cette pratique.

2) Le paragraphe 1 indique clairement que c'est avant tout la pratique des États qui doit être recherchée pour déterminer l'existence et le contenu des règles du droit international coutumier ; l'élément matériel de ce droit est en effet souvent appelé « pratique des États »[274]. Le mot « principalement » met en évidence la primauté des États en tant que sujets de droit international disposant d'une compétence générale, et souligne le rôle prédominant de leur conduite dans la formation et la détermination du droit international coutumier. La Cour internationale de Justice, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, a considéré que pour « identifier les règles du droit international coutumier applicables au présent différend […], elle [devait] examiner la pratique et l'*opinio juris* des États[275] ». Dans le même temps, le mot « principalement » indique que ce n'est pas exclusivement la pratique des États qui est pertinente et oriente le lecteur vers le paragraphe 2.

3) Le paragraphe 2 a trait à la pratique des organisations internationales et précise que, « dans certains cas », cette pratique contribue également à la détermination des règles du droit international coutumier. Dans les projets de conclusion et les commentaires, les références à la pratique des États devraient donc être lues comme renvoyant aussi, lorsque cela est pertinent, à la pratique des organisations internationales. Le paragraphe traite de la pratique attribuée aux organisations internationales elles-mêmes, et non de celle de leurs États membres agissant dans le cadre de celles-ci (qui est attribuée aux États en question)[276]. Le terme « organisations internationales » renvoie, aux fins des projets de conclusion et des commentaires, aux organisations qui ont été instituées par des instruments régis par le droit international, en général des traités, et qui sont aussi dotées d'une personnalité juridique internationale propre. Il ne vise pas les organisations non gouvernementales.

4) Les organisations internationales ne sont pas des États[277]. Ce sont des entités créées et habilitées par des États (ou par des États et/ou des organisations internationales) dans le but d'exercer certaines fonctions et dont, à cette fin, la personnalité juridique internationale a été reconnue, c'est-à-dire qu'elles peuvent avoir leurs propres droits et obligations au regard du droit international. Leur pratique dans les relations internationales peut aussi être tenue pour une pratique qui, lorsqu'elle s'accompagne de l'acceptation de ces relations comme étant le droit (*opinio juris*), donne lieu à des règles du droit international coutumier ou atteste de leur existence dans les domaines dans lesquels elles opèrent[278], mais uniquement dans certains cas, comme décrit ci-après[279].

5) Sans nul doute, la pratique visée au paragraphe 2 se manifeste lorsque des États membres ont transféré des compétences exclusives à l'organisation internationale afin que celle-ci exerce certaines prérogatives de puissance publique de ses États membres, de sorte que la pratique de l'organisation peut être assimilée à la pratique de ces États. C'est le cas pour certaines compétences de l'Union européenne.

6) La pratique visée au paragraphe 2 peut également se manifester dans certains cas où les États membres ont transféré à l'organisation internationale non pas des compétences exclusives, mais des pouvoirs fonctionnellement équivalents à ceux qu'ils exercent. La pratique des secrétariats d'organisations internationales dans leur fonction de dépositaires de traités, lorsqu'ils déploient des forces militaires (par exemple, dans le cadre d'opérations de maintien de la paix) ou qu'ils prennent position sur l'étendue des privilèges et immunités de l'organisation et de ses fonctionnaires, pourrait contribuer à la formation ou à l'expression de règles du droit international coutumier dans ces domaines. Il est peu probable que les actes des organisations internationales qui ne sont pas fonctionnellement équivalents aux actes des États constituent une pratique pertinente.

7) La pratique des organisations internationales peut être particulièrement pertinente s'agissant des règles du droit international coutumier qui les concernent spécifiquement, telles que celles se rapportant à leur responsabilité internationale ou relatives à des traités auxquels elles sont parties.

8) Dans le même temps, la pertinence et l'importance d'une telle pratique doivent être appréciées avec prudence. Les organisations internationales sont très diverses, non seulement quant à leurs pouvoirs, mais aussi quant à leur composition et à leurs fonctions. En règle générale, plus une pratique d'une organisation internationale est menée directement au nom de ses États membres ou approuvée

---

[274] La pratique des États remplit d'autres fonctions importantes en droit international public, notamment en ce qui concerne l'interprétation des traités (voir le chapitre VI du présent rapport sur « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »).

[275] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 249), à la page 97, par. 183. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour a confirmé que c'est de « la pratique des États [que] découle le droit international coutumier » [*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 258), à la page 143, par. 101].

[276] Voir aussi *infra* les projets de conclusions 6, 10 et 12, qui traitent notamment de la pratique des États (et de son acceptation comme étant le droit) au sein des organisations internationales.

[277] Voir aussi le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adopté par la Commission en 2011, commentaire général, par. 7 : « Les organisations internationales sont tout à fait différentes des États, et sont elles-mêmes très diverses. Au rebours des États, elles ne disposent pas d'une compétence générale et elles ont été établies pour exercer des fonctions spécifiques (“principe de spécialité”). Il existe des différences considérables entre les organisations internationales au regard de leurs pouvoirs et fonctions, du nombre de leurs membres, des relations entre l'organisation et ses membres, des procédures de délibération, de leur structure et de leurs moyens matériels, ainsi que s'agissant des règles primaires, y compris les obligations conventionnelles, auxquelles elles sont tenues. » [*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 45].

[278] La pratique qui est extérieure à l'organisation internationale (c'est-à-dire la pratique dans ses relations avec les États, les organisations internationales et autres entités) peut être particulièrement utile à la détermination du droit international coutumier.

[279] Voir aussi *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174, à la page 178 (« Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits »).

par eux et plus le nombre de ces États membres est élevé, plus elle peut avoir de poids s'agissant de la formation, ou de l'expression, de règles du droit international coutumier. La réaction des États membres à une telle pratique est importante. Les autres facteurs à prendre en considération dans l'appréciation de la pratique sont notamment : la nature de l'organisation ; la nature de l'organe dont le comportement est examiné ; l'objet de la règle en question et le fait que l'organisation serait elle-même liée ou non par cette règle ; la question de savoir si le comportement est *ultra vires* de l'organisation ou de l'organe ; et la question de savoir si le comportement est conforme à celui des États membres de l'organisation.

9) Le paragraphe 3 rend explicite ce qui est peut-être implicite dans les paragraphes 1 et 2, à savoir le fait que la conduite d'autres entités que les États et les organisations internationales − par exemple, des organisations non gouvernementales, des groupes armés non étatiques, des sociétés transnationales et des particuliers − ne contribue ni à la formation ni à l'expression du droit international coutumier. En elle-même, leur conduite ne constitue pas une preuve directe (première) de l'existence et du contenu de règles du droit international coutumier. Il est cependant reconnu dans le paragraphe qu'elle peut jouer un rôle indirect important dans la détermination du droit international coutumier, en stimulant ou en constatant la pratique des États et des organisations internationales et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)[280]. Si la conduite des groupes armés non étatiques n'est pas une pratique dont on peut dire qu'elle est un élément constitutif ou une expression du droit international coutumier, tel peut bel et bien être le cas de la réaction des États à cette conduite. De la même manière, les actes de particuliers peuvent aussi parfois être pertinents, mais seulement dans la mesure où des États les ont approuvés ou y ont réagi[281].

10) Les déclarations officielles du Comité international de la Croix-Rouge, telles que ses appels en faveur du respect du droit international humanitaire et ses études sur le sujet, peuvent également jouer un rôle important en orientant la pratique des États qui réagissent à ces déclarations ; en outre, les publications du Comité peuvent servir de registres utiles de la pratique pertinente. Ces activités peuvent donc contribuer au développement et à la détermination du droit international coutumier, mais elles ne constituent pas une pratique en tant que telle[282].

Conclusion 5. Comportement de l'État en tant que pratique de l'État

La pratique de l'État consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre.

Commentaire

1) Bien que, dans leurs relations internationales, les États agissent le plus souvent par leur exécutif, le projet de conclusion 5 dispose que la pratique de l'État consiste dans tout comportement de celui-ci, quelles que soient la branche concernée et les fonctions exercées. Conformément au principe de l'unité de l'État, cela inclut le comportement de tout organe de l'État faisant partie de son organisation et agissant en cette qualité, dans l'exercice des fonctions exécutive, législative, judiciaire ou « autre », par exemple l'exercice d'activités commerciales ou la promulgation par l'administration de directives à l'intention du secteur privé.

2) Pour être qualifié de pratique de l'État, le comportement en question doit être « de l'État ». Le comportement de tout organe de l'État doit être considéré comme le comportement de cet État, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autre, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État ; le comportement d'une personne ou entité autrement habilitée par le droit de l'État à exercer les prérogatives de la puissance publique est un comportement « de l'État », pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité[283].

3) La pratique pertinente des États n'est pas limitée à leur comportement vis-à-vis d'autres États ou d'autres sujets de droit international ; un comportement au sein de l'État, comme le traitement par celui-ci de ses propres ressortissants, peut aussi être lié à des questions de droit international.

4) La pratique étatique peut être celle d'un seul État ou de deux États ou davantage agissant ensemble. Des exemples de ce dernier type de pratique peuvent concerner une action conjointe de plusieurs États patrouillant en haute mer pour lutter contre la piraterie ou coopérant pour la mise en orbite d'un satellite. Il faut distinguer ce type d'action conjointe de l'action des organisations internationales[284].

5) La pratique doit être publiquement accessible ou au moins connue des autres États[285] pour contribuer à la formation et à la détermination des règles du droit international coutumier. De fait, on voit mal comment le comportement confidentiel d'un État pourrait jouer ce rôle tant qu'il n'est pas révélé.

---

[280] En cette dernière capacité, leur production peut relever du projet de conclusion 14. La Commission a examiné un point similaire s'agissant de la pratique des « acteurs non étatiques » dans le cadre de son sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » : voir le chapitre VI du présent rapport, par. 75 (projet de conclusion 5, par. 2).

[281] Voir, par exemple, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (note 269 *supra*), aux pages 265 et 266, par. 141.

[282] Cela est sans préjudice de l'importance des actes du Comité international de la Croix-Rouge dans l'exercice des fonctions spécifiques qui lui sont conférées, en particulier par les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre.

[283] Voir les articles 4 et 5 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe. Pour le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires s'y rapportant, voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

[284] Voir aussi *supra* le projet de conclusion 4, par. 2, et le commentaire y relatif.

[285] Ou, dans le cas du droit international coutumier particulier, connue d'au moins un autre État ou d'un groupe d'États (voir *infra* le projet de conclusion 16).

Conclusion 6. Formes de pratique

1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction.

2. Les formes de pratique étatique comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques ; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ; la conduite relative aux traités ; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle « sur le terrain » ; les actes législatifs et administratifs ; et les décisions des juridictions internes.

3. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 6 indique les types de comportement que recouvre le terme « pratique », en donnant des exemples et en précisant qu'aucun type de pratique ne prévaut a priori sur un autre. Il vise les formes de pratique en tant que faits empiriquement vérifiables et évite, pour le moment, de distinguer entre un acte et la preuve de l'existence d'une pratique.

2) Vu que les États exercent leurs compétences de diverses manières et ne se limitent pas à certains types d'actes, le paragraphe 1 dispose que la pratique peut revêtir une large variété de formes. Si certains auteurs ont soutenu que ce qui compte en tant que pratique aux fins de déterminer le droit international coutumier est ce que les États « font » et non ce qu'ils « disent », il est désormais généralement admis qu'un comportement verbal (qu'il soit écrit ou oral) peut constituer une pratique ; un acte peut parfois consister seulement en déclarations, par exemple une protestation adressée par un État à un autre.

3) Le paragraphe 1 dispose en outre clairement que l'inaction peut constituer une pratique. L'expression « dans certaines circonstances » vise toutefois à rappeler que seule l'inaction délibérée peut jouer ce rôle : l'État en question doit s'abstenir consciemment d'agir dans une situation donnée. Des exemples de telles omissions (parfois dénommées « pratique négative ») consistent notamment à s'abstenir d'engager des poursuites pénales ; à ne pas protéger certaines personnes naturalisées ; ou à s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force[286].

4) Le paragraphe 2 donne une liste des formes de pratique qui sont souvent jugées utiles pour la détermination du droit international coutumier. Comme le soulignent les mots « sans y être limitées », la liste n'est pas exhaustive ; en tout état de cause, compte tenu du rythme de l'évolution politique et technologique, et du caractère inévitable de celle-ci, il serait impossible d'établir une liste de la totalité des nombreuses formes que la pratique est susceptible de prendre[287]. Les formes de pratique énumérées ne sont que des exemples qui, de plus, peuvent se chevaucher (par exemple, « les actes et la correspondance diplomatiques » et « la conduite exécutive »).

5) L'ordre dans lequel les formes de pratique sont énumérées au paragraphe 2 n'entraîne aucune conséquence. Il convient de donner à chaque forme une interprétation large pour tenir compte de la grande variété des manières dont les États agissent et réagissent ; ainsi, l'expression « la conduite exécutive » vise de manière générale tout acte de l'exécutif, qu'il s'agisse d'ordonnances, de décrets ou d'autres mesures ; de déclarations officielles faites sur le plan international, devant un organe législatif ou à l'intention des médias ; et de demandes soumises à des juridictions nationales ou internationales. L'expression « les actes législatifs et administratifs » englobe de même toute forme de réglementation émanant d'une autorité publique. Par la formule « la conduite opérationnelle "sur le terrain" », on entend les mesures de police et la saisie de biens, ainsi que les opérations sur le champ de bataille ou toute autre activité militaire, comme le mouvement de troupes ou de navires, ou le déploiement de certaines armes. Les mots « la conduite relative aux traités » visent tous les actes liés à la négociation et à la conclusion des traités, ainsi que leur application ; en concluant un traité, un État peut participer à une pratique dans le domaine auquel se rapporte le traité, par exemple des accords de délimitation maritime ou des accords avec le pays hôte. Le membre de phrase « la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale » recouvre de même tous les actes des États liés à la négociation, à l'adoption et à l'application de résolutions, de décisions ou d'autres actes adoptés par les États dans le cadre d'organisations internationales ou lors de conférences intergouvernementales, quel que soit leur intitulé et indépendamment de leur caractère juridiquement contraignant ou non. La question de savoir si l'un quelconque de ces exemples de formes de pratique est en fait pertinent dans un cas déterminé dépendra, notamment, de la règle particulière en cause[288].

6) Les décisions des juridictions internes, à tous les niveaux, peuvent constituer la pratique de l'État[289] (même si, vraisemblablement, celles des juridictions supérieures auront plus de poids) ; des décisions ayant été infirmées sur le point particulier en cause ne seront probablement pas considérées comme pertinentes. Il convient de distinguer le rôle des décisions des juridictions internes comme forme de pratique de l'État de leur rôle éventuel en tant

[286] À titre d'illustrations, voir *Affaire du « Lotus »* (note 253 *supra*), à la page 28 ; *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4, à la page 22 ; et *Immunités juridictionnelles de l'État* (note 258 *supra*), à la page 135, par. 77.

[287] Voir aussi « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), deuxième partie, par. 31.

[288] Voir *supra* le paragraphe 3 du commentaire du projet de conclusion 3.

[289] Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État* (note 258 *supra*), aux pages 131 à 135, par. 72 à 77 ; et *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, à la page 24, par. 58. Le terme « juridictions internes » peut aussi s'entendre de juridictions ayant une composante internationale exerçant leur activité dans le cadre d'un ou de plusieurs ordres juridiques internes, comme les juridictions à composition mixte nationale et internationale.

que «moyen auxiliaire» de détermination des règles de droit international coutumier[290].

7) Le paragraphe 3 précise qu'en principe aucune forme de pratique n'a, dans l'abstrait, une valeur probante supérieure aux autres. Dans certains cas particuliers, cependant, comme cela est expliqué dans les commentaires des projets de conclusions 3 et 7, il peut arriver que pour apprécier différents types (ou cas) de pratique dans leur contexte, il faille leur accorder un poids différent.

Conclusion 7. Appréciation de la pratique d'un État

1. Il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble.

2. Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 7 concerne l'appréciation de la pratique d'un État particulier afin de déterminer la position de cet État dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'une pratique générale (qui fait l'objet du projet de conclusion 8). Comme le font clairement ressortir les deux paragraphes du projet de conclusion 7, il est nécessaire de prendre en considération et d'apprécier dans son ensemble toute la pratique accessible de l'État concerné sur la question en cause, y compris sa constance.

2) Le paragraphe 1 dispose, d'abord, que pour tenter de déterminer la position d'un État sur la question considérée, il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de cet État. Cela signifie que la pratique examinée devrait être exhaustive, dans les limites de son accessibilité, c'est-à-dire qu'elle devrait inclure la pratique pertinente de tous les organes de l'État et toute la pratique pertinente d'un organe particulier. Il est en outre indiqué dans le paragraphe que cette pratique doit être appréciée dans son ensemble; c'est alors seulement que la position effective de l'État peut être déterminée.

3) L'obligation d'apprécier toute la pratique accessible «dans son ensemble» est illustrée par l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, dans laquelle la Cour de cassation grecque a décidé, sur la base de «l'exception territoriale», que l'immunité de l'État en droit international coutumier ne s'étendait pas aux actes perpétrés par les forces armées au cours d'un conflit armé. Toutefois, une position différente a été adoptée par le Tribunal supérieur spécial, par le Gouvernement grec lorsqu'il a refusé de faire exécuter l'arrêt rendu par la Cour de cassation grecque et a défendu cette position devant la Cour européenne des droits de l'homme, et par la Cour de cassation grecque elle-même dans une décision ultérieure. L'appréciation de cette pratique «dans son ensemble» a conduit la Cour internationale de Justice à conclure que «la pratique suivie par l'État grec, considérée dans son ensemble, contredit plutôt qu'elle n'étaye l'argument de l'Italie[291]».

4) Le paragraphe 2 vise expressément les situations dans lesquelles la pratique d'un État particulier est ou paraît être incertaine. Comme le montre le paragraphe 3 *supra*, tel peut être le cas lorsque différents organes ou branches au sein de l'État adoptent des comportements différents sur la même question ou que la pratique d'un organe varie dans le temps. Si, dans de telles circonstances, la pratique d'un État dans son ensemble s'avère être inconstante, la contribution de cet État à la «pratique générale» peut être réduite, voire vidée de toute valeur.

5) L'emploi du verbe «peut» indique cependant qu'il convient de faire preuve de prudence pour une telle appréciation et que la même conclusion ne serait pas nécessairement tirée dans tous les cas. Dans l'*Affaire des pêcheries*, la Cour internationale de Justice a ainsi estimé qu'il n'y avait pas lieu

> d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions, apparentes ou réelles, […] dans la pratique norvégienne. Elles s'expliquent assez naturellement si l'on prend en considération la diversité des faits et des situations au cours de la longue période […][292].

De même, par exemple, en cas de divergence dans la pratique des organes de niveaux différents du même État, il est peu probable que cela aboutisse à accorder moins de poids à la pratique de l'organe supérieur. Aux fins de la présente étude, la pratique des organes d'un gouvernement central sera souvent plus importante que celle des composantes d'un État fédéral ou des subdivisions politiques de l'État; et la pratique de l'exécutif est souvent la plus pertinente sur le plan international, bien qu'il puisse être nécessaire de tenir compte de la position constitutionnelle des différents organes en question[293].

Conclusion 8. La pratique doit être générale

1. La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante.

2. Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 8 concerne le critère de généralité auquel doit répondre la pratique, et vise à dégager l'essence de ce critère et l'examen auquel il convient de procéder pour établir qu'il y est bien répondu dans un cas particulier.

2) Le paragraphe 1 explique que la notion de généralité, qui renvoie à la totalité des cas dans lesquels la règle supposée de droit international coutumier a été suivie, inclut deux conditions. Tout d'abord, la pratique doit être suivie par un nombre suffisamment élevé et représentatif d'États. Ensuite, ces cas doivent révéler de la constance. Comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans les

[290] Voir *infra* le projet de conclusion 13, par. 2. Les décisions des juridictions internes peuvent aussi constituer la preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*); voir à ce propos *infra* le projet de conclusion 10, par. 2.

[291] *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 258), à la page 134, par. 76. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 249 *supra*), à la page 98, par. 186.

[292] *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 138.

[293] Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État* (note 258 *supra*), à la page 136, par. 83 (affaire dans laquelle la Cour a fait observer que, «en vertu du droit grec», le point de vue exprimé par le Tribunal supérieur spécial prévalait sur celui de la Cour de cassation grecque).

affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la pratique en question doit être « fréquente et pratiquement uniforme[294] » ; les actes doivent représenter une « pratique constante[295] ». Comme cela est expliqué plus loin, il ne peut être indiqué aucune norme absolue pour l'une ou l'autre condition ; il convient de tenir compte du contexte pour apprécier le seuil à atteindre pour chacune d'elles[296]. Dans chaque cas, cependant, la pratique devrait être de nature à permettre de dégager un usage constant et uniforme.

3) La condition selon laquelle la pratique doit être « répandue et représentative » ne se prête pas à des formulations précises, dès lors que les circonstances peuvent considérablement varier d'un cas à un autre (par exemple, la fréquence des situations appelant une action)[297]. S'agissant des relations diplomatiques, par exemple, auxquelles tous les États participent régulièrement, une pratique devrait se manifester largement, tandis que, dans le cas des canaux internationaux, qui sont très peu nombreux, la somme de pratique serait nécessairement inférieure. C'est ce qu'exprime le terme « suffisamment », qui laisse entendre que le nombre et la répartition nécessaires des États participant à la pratique pertinente (comme le nombre de cas de pratique) ne peuvent être déterminés dans l'abstrait. Il est toutefois évident qu'une participation universelle n'est pas exigée : il n'est pas nécessaire de montrer que tous les États ont participé à la pratique en question[298]. Les États participants devraient inclure ceux ayant eu l'occasion ou la possibilité d'appliquer la règle supposée[299]. Il est important que ces États soient représentatifs des différentes régions géographiques et/ou des différents intérêts en jeu.

4) Dans l'évaluation de la généralité, il importe de prendre en considération la mesure dans laquelle les États qui sont particulièrement impliqués dans l'activité considérée ou les plus susceptibles d'être concernés par la règle supposée ont participé à la pratique[300]. Il serait manifestement impossible de déterminer, par exemple, l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier relative à la navigation dans des zones maritimes sans prendre en considération la pratique des États côtiers et des États qui ont les flottes les plus importantes, ou l'existence et le contenu d'une règle sur l'investissement étranger sans évaluer la pratique des pays exportateurs de capitaux ainsi que celle des États dans lesquels l'investissement est réalisé. Dans de nombreux cas, la totalité ou la quasi-totalité des États seront également concernés.

5) La condition relative à la constance de la pratique signifie que, lorsque les actes pertinents sont à ce point divergents qu'aucune forme de comportement systématique ne peut être dégagée, aucune pratique générale (et, partant, aucune règle correspondante de droit international coutumier) n'est censée exister. Dans l'*Affaire des pêcheries*, la Cour internationale de Justice a ainsi estimé que

> si la règle des dix milles a été adoptée par certains États, […] d'autres États, en revanche, ont adopté une limite différente. En conséquence, la règle des dix milles n'a pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international[301].

6) Pour déterminer si la pratique est cohérente, il est naturellement important de prendre en considération des comportements qui sont en fait comparables, c'est-à-dire qui sont intervenus alors que les questions qui se posaient étaient identiques ou analogues de sorte qu'ils pourraient effectivement constituer des guides fiables. Dans l'*Affaire du « Lotus »*, la Cour permanente de Justice internationale a fait état

> de précédents présentant une analogie étroite avec le cas d'espèce ; car c'est seulement dans les précédents de cette nature que pourrait se manifester, le cas échéant, l'existence d'un principe général [de droit international coutumier] applicable à l'espèce[302].

7) En revanche, une totale uniformité dans la pratique des États n'est pas nécessaire. La pratique pertinente doit être pratiquement ou sensiblement uniforme ; certaines incohérences ou contradictions n'invalideront donc pas nécessairement la constatation de l'existence d'une « pratique générale ». Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour internationale de Justice a déclaré ce qui suit :

---

[294] *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 43, par. 74. De nombreux termes ont été employés pour qualifier le critère de généralité, notamment par la Cour internationale de Justice, sans que cela implique une quelconque différence de sens.

[295] Ibid., à la page 44, par. 77.

[296] Voir aussi *supra* le projet de conclusion 3.

[297] Voir aussi Cour fédérale d'Australie, *Ure v. The Commonwealth of Australia*, [2016] FCAFC 8, arrêt du 4 février 2016, par. 37 (« nous ne dirions peut-être pas qu'il est impossible de déduire l'existence d'une règle de droit international coutumier d'un petit nombre de cas de pratique étatique. Nous pourrions souscrire à la proposition moins prescriptive selon laquelle la tâche est d'autant plus difficile que le nombre de cas est restreint »).

[298] Voir, par exemple, Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvR 1506/03, ordonnance de la Deuxième Chambre du 5 novembre 2003, BVerfGE, vol. 109, p. 38, par. 59 (« Cette pratique n'est cependant pas suffisamment répandue pour être considérée comme une pratique uniforme créatrice de droit international coutumier. »).

[299] Un nombre relativement faible d'États participant à une certaine pratique peut ainsi être suffisant si, de fait, cette pratique, ainsi que l'inaction des autres États face à celle-ci, est généralement acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

[300] Comme l'a dit la Cour internationale de Justice, « il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme », *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 43, par. 74.

[301] *Affaire des pêcheries* (voir *supra* la note 292), p. 131. Une chambre de la Cour a estimé dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* que la pratique était là pour démontrer « que chaque cas concret est finalement différent des autres […]. Les conditions pour la formation de principes et règles de nature coutumière […] ne sauraient donc être réunies. » [*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* (voir *supra* la note 253), à la page 290, par. 81]. Voir aussi, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (note 260 *supra*), à la page 277 (« Les faits soumis à la Cour révèlent tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances dans l'exercice de l'asile diplomatique […] qu'il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme […] en ce qui concerne la prétendue règle de la qualification unilatérale et définitive du délit. ») ; et *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy*, avis consultatif du 17 juillet 1965, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI (numéro de vente : E/F.69.V.1), p. 75, à la page 100 (« Il est exact que seule une pratique constante, observée dans les faits et sans changement, peut constituer une règle de droit international coutumier. »).

[302] *Affaire du « Lotus »* (voir *supra* la note 253), à la page 21. Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord* (note 257 *supra*), à la page 45, par. 79 ; et *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-A, arrêt du 28 mai 2008, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, par. 406.

Il ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique […]. La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale […][303].

8) Lorsque des comportements non conformes prennent la forme de violations d'une règle, cela n'empêche pas nécessairement l'établissement d'une pratique générale. Cela est particulièrement vrai lorsque l'État concerné nie la violation et/ou exprime son soutien à la règle. Comme l'a fait observer la Cour internationale de Justice :

Il lui paraît suffisant […] que les États […] traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle. Si un État agit d'une manière apparemment inconciliable avec une règle reconnue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet État puisse ou non se justifier en fait sur cette base[304].

9) Le paragraphe 2 vise l'élément temporel, en indiquant clairement que le fait qu'une pratique générale soit suivie durant une période relativement brève ne constitue pas en soi un obstacle à la détermination de l'existence d'une règle correspondante de droit international coutumier. Une longue période peut générer une pratique pertinente plus abondante, mais l'existence d'une règle coutumière n'est pas subordonnée à une pratique générale observée depuis des temps immémoriaux ou pendant une période considérable ou d'une durée déterminée[305]. C'est ce qu'a confirmé la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, en déclarant que « le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier[306] ». Cependant, ainsi qu'il ressort clairement de ce passage, il doit s'écouler un certain temps pour qu'une pratique générale se dégage ; il n'existe pas de « coutume instantanée ».

Quatrième partie

ACCEPTÉE COMME ÉTANT LE DROIT (*OPINIO JURIS*)

Il ne suffit pas d'établir qu'une certaine pratique est suivie de manière constante par un nombre suffisamment important et représentatif d'États pour dégager une règle de droit international coutumier. La quatrième partie concerne le second élément constitutif du droit international coutumier, parfois qualifié d'élément « subjectif » ou « psychologique » : dans chaque cas, il convient aussi de s'assurer de l'existence, parmi les États, d'une acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) quant à la valeur obligatoire de la pratique considérée.

*Conclusion 9. Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)*

1. La condition, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) signifie que la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit.

2. Une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 9 vise à présenter de façon synthétique la nature et la fonction du second élément constitutif du droit international coutumier, l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*).

2) Le paragraphe 1 explique que l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, vise l'exigence que la pratique pertinente soit menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit ; c'est-à-dire que cette pratique doit être assortie de la conviction qu'elle est autorisée, requise ou interdite par le droit international coutumier. Il est donc essentiel d'établir dans chaque cas que les États ont agi d'une certaine façon parce qu'ils se sentaient ou se croyaient juridiquement contraints ou autorisés à le faire en vertu d'une règle de droit international coutumier : ils doivent avoir poursuivi la pratique en vertu d'un droit, ou s'y être soumis en vertu d'une obligation. Comme la Cour internationale de Justice l'a souligné dans l'arrêt relatif au *Plateau continental de la mer du Nord* :

Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique[307].

3) Il convient de distinguer l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) d'autres motifs d'action extrajuridiques, comme la courtoisie, l'opportunité politique ou la convenance ; si la pratique en question est motivée uniquement par ces autres considérations, il n'existe aucune règle de droit international coutumier. Ainsi, dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, la Cour internationale de Justice a refusé d'admettre l'existence d'une règle de droit international coutumier, considérant que, dans les cas particuliers cités, il n'avait pas été établi, notamment, que la règle prétendue qui avait été invoquée avait été

appliquée […] par les États qui accordaient l'asile, en tant que droit appartenant à ceux-ci, et respectée par les États territoriaux en tant que devoir leur incombant, et pas seulement pour des raisons d'opportunité politique. […] [D]es considérations de convenance ou de simple

[303] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 249), à la page 98, par. 186.

[304] Ibid. Voir aussi, par exemple, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (note 261 *supra*), par. 51. La même observation vaut pour l'appréciation de la pratique d'un État particulier : voir *supra le* projet de conclusion 7.

[305] Dans des domaines comme le droit international de l'espace ou le droit de la mer, par exemple, le droit international coutumier s'est, en plusieurs occasions, développé rapidement.

[306] *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 43, par. 74.

[307] Ibid., à la page 44, par. 77 ; voir aussi ibid., par. 76 (visant la condition selon laquelle les États « croyaient appliquer une règle de droit international coutumier à caractère obligatoire »).

opportunité politique semblent avoir déterminé l'État territorial à reconnaître l'asile sans que cette décision lui fût dictée par le sentiment d'un devoir juridique quelconque[308].

4) L'intention de se conformer à une obligation conventionnelle en tant que telle, de même que celle de se conformer au droit interne, ne correspond pas à l'acceptation comme étant le droit aux fins de la détermination du droit international coutumier, et l'on ne saurait en conséquence déduire de la pratique guidée par une telle intention l'existence d'une règle de droit international coutumier[309]. Cependant, un État peut considérer qu'il est lié par une certaine obligation à la fois par le droit international coutumier et par un traité ; mais cela devrait être démontré. En revanche, le fait que des États agissent en conformité avec un traité par lequel ils ne sont pas liés, ou appliquent les dispositions de celui-ci dans leurs relations avec des États qui n'y sont pas parties, peut établir l'existence d'une acceptation comme étant le droit en l'absence de toute explication indiquant le contraire.

5) L'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) doit être recherchée en ce qui concerne à la fois les États qui suivent la pratique pertinente et ceux qui sont en position d'y réagir ; il faut démontrer qu'ils ont interprété la pratique comme étant conforme au droit international coutumier[310]. Il n'est pas nécessaire d'établir que tous les États ont considéré (accepté comme étant le droit) la règle supposée comme une règle de droit international coutumier ; ce qu'il faut, c'est une large acceptation conjuguée à l'absence ou à la quasi-absence d'objection[311].

6) Le paragraphe 2 fait valoir que sans l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), une pratique générale ne peut être censée créer, ou exprimer, le droit international coutumier ; c'est alors un simple usage ou une simple habitude. En d'autres termes, lorsque les États estiment avoir juridiquement toute latitude pour suivre une pratique ou ne pas en tenir compte, cette pratique ne contribue pas et ne correspond pas au droit international coutumier (à moins que la règle à déterminer ne prévoie elle-même cette faculté de choix)[312]. Les constantes de comportement observées au niveau international n'ont pas toutes une portée juridique ; les mesures de courtoisie diplomatique, par exemple, comme le déroulement de tapis rouges lors de visites de chefs d'État, ne sont assorties d'aucun sentiment d'obligation juridique et ne sauraient donc générer ni démontrer un quelconque devoir ou droit d'agir ainsi[313].

*Conclusion 10. Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (***opinio juris***)*

1. La preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une large variété de formes.

2. Les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États ; les publications officielles ; les avis juridiques gouvernementaux ; la correspondance diplomatique ; les décisions des juridictions nationales ; les dispositions de traités ; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale.

3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 10 concerne la preuve permettant d'établir qu'une pratique est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*). Il en ressort que l'acceptation comme étant le droit peut être manifestée par divers comportements de la part des États.

2) Le paragraphe 1 énonce le principe général selon lequel l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)

---

[308] *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra* la note 260), aux pages 277 et 286. Voir aussi *Affaire du « Lotus »* (note 253 *supra*), à la page 28 (« Même si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué […], il en résulterait simplement que les États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire ; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. Le fait allégué ne permet pas de conclure que les États aient été conscients de pareil devoir ; par contre, […] il y a d'autres circonstances qui sont de nature à persuader du contraire. ») ; et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 249 *supra*), aux pages 108 à 110, par. 206 à 209.

[309] Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord* (note 257 *supra*), à la page 43, par. 76. Il peut ainsi être particulièrement difficile de déterminer l'éventuelle émergence d'une règle de droit international coutumier lorsqu'un traité non déclaratoire a suscité une participation quasi universelle.

[310] Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 249 *supra*), à la page 109, par. 207 [« Ou bien les États agissant de la sorte ou bien d'autres États en mesure de réagir doivent s'être comportés d'une façon qui témoigne "de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit." » (citant l'arrêt du *Plateau continental de la mer du Nord*)].

[311] Ainsi, lorsque « les membres de la communauté internationale sont profondément divisés » sur la question de savoir si une certaine pratique est assortie de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il n'est pas possible de conclure à l'existence d'une telle *opinio juris* : voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 261 *supra*), à la page 254, par. 67.

[312] Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien*, la Cour internationale de Justice a ainsi fait observer, à propos du passage des forces armées et de la police armée : « La pratique suppose que le souverain territorial avait le pouvoir discrétionnaire de retirer ou de refuser son autorisation. Il est allégué que cette autorisation était toujours accordée mais, de l'avis de la Cour, cela ne saurait affecter la situation juridique. Rien dans le dossier n'indique que les Britanniques ou les Indiens aient été obligés d'accorder leur autorisation. » [*Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra* la note 261), aux pages 42 et 43]. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État,* la Cour internationale de Justice a de même estimé, en tentant de déterminer la teneur d'une règle de droit international coutumier, ce qui suit : « S'il est vrai que les États décident parfois d'accorder une immunité plus large que ne l'impose le droit international, le fait est que, aux fins de la présente instance, la reconnaissance de l'immunité en pareil cas n'est pas assortie de l'*opinio juris* requise et, partant, n'éclaire pas la question dont la Cour est saisie. » [*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 258), à la page 123, par. 55]. Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord* (note 257 *supra*), aux pages 43 et 44, par. 76.

[313] La Cour internationale de Justice a ainsi souligné : « Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique. » [*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 44, par. 77].

peut revêtir une grande variété de formes. Les États peuvent faire savoir qu'ils acceptent (ou non) l'existence d'une règle de droit international coutumier de nombreuses manières différentes. Ainsi qu'il ressort clairement des paragraphes suivants, l'acceptation d'une pratique comme étant le droit peut être déduite tant d'une déclaration que d'une action (ou au contraire d'une inaction) au regard de la pratique en question.

3) Le paragraphe 2 donne une liste non exhaustive des formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). Les éléments énumérés peuvent également permettre de démontrer qu'une pratique n'est pas acceptée comme étant le droit. À certains égards, les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit et les formes de pratique étatique se recoupent, ce qui s'explique en partie par le fait que les moyens permettant d'établir l'existence de l'un et l'autre élément sont parfois les mêmes (ces deux éléments devant néanmoins toujours être établis séparément)[314]. Quoi qu'il en soit, les déclarations sont davantage susceptibles d'exprimer la conviction juridique de l'État et s'avèrent souvent plus révélatrices de l'acceptation (ou non) comme étant le droit que de l'existence d'une pratique.

4) En ce qui concerne les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), une déclaration publique faite au nom d'un État dont il ressort expressément qu'une pratique est autorisée, interdite ou prescrite par le droit international coutumier est le meilleur moyen de déterminer si l'État en question a rejeté ou, au contraire, adopté cette pratique (ou reconnu qu'elle a à juste titre été rejetée ou adoptée par d'autres) avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit. Sont notamment considérés comme des déclarations publiques faites au nom d'un État les déclarations faites dans le cadre d'une instance multilatérale, les projets de loi présentés au parlement, les écritures ou plaidoiries présentées devant les tribunaux, les déclarations dénonçant le caractère illicite de la conduite d'un autre État et les réponses à des propositions de codification. Ces déclarations peuvent être individuelles ou conjointes. Inversement, l'effet de la pratique correspondant à une règle présumée peut être annulé par une déclaration niant l'existence de la règle[315].

5) Les autres formes de preuve énumérées au paragraphe 2 peuvent aussi permettre de déterminer la position juridique des États en ce qui concerne certaines pratiques. Les « publications officielles » sont les documents publiés au nom de l'État, y compris les manuels militaires et les cartes officielles, susceptibles de révéler l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). Les avis publiés de conseillers juridiques gouvernementaux peuvent aussi être indicatifs de la position juridique de l'État, sauf lorsque celui-ci a refusé d'y souscrire. La correspondance diplomatique désigne notamment les circulaires adressées aux missions diplomatiques, par exemple celles portant sur les privilèges et immunités. La législation nationale, bien qu'elle découle dans la plupart des cas d'un choix politique, peut démontrer l'acceptation d'une pratique comme étant le droit, en particulier lorsqu'il est précisé qu'elle a été prescrite par le droit international coutumier ou vise à donner effet à celui-ci. Il arrive également que les décisions de juridictions nationales portant sur des questions de droit international contiennent pareilles précisions.

6) Les instruments multilatéraux et les négociations diplomatiques sont des éléments accessibles et très utiles pour établir la conviction juridique des États au regard du contenu du droit international coutumier lorsqu'ils examinent cette question et en débattent, d'où la référence aux « dispositions de traités » et à la « conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale », dont l'utilité potentielle aux fins de la détermination des règles de droit international coutumier est examinée plus avant dans les projets de conclusions 11 et 12.

7) Le paragraphe 3 prévoit que, dans certaines conditions, le fait pour un État de ne pas réagir dans un délai raisonnable peut aussi, comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire des pêcheries*, « atteste[r] que [les gouvernements] [n']ont pas considér[é] [une pratique adoptée par d'autres] comme étant contraire au droit international[316] ». Effectivement, le fait de tolérer une pratique peut être une preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) s'il traduit l'adhésion à cette pratique. Toutefois, pour que l'absence d'objection ou de protestation expresses ait une valeur probante, deux conditions doivent être remplies, l'objectif étant de s'assurer que cette absence ne procède pas de motifs sans rapport avec la légalité de la pratique en question[317]. Premièrement, il faut que les circonstances aient appelé une réaction à la pratique[318], ce qui peut être le cas, par exemple,

---

[314] Voir *supra* le projet de conclusion 3.

[315] Parfois, la pratique elle-même s'accompagne du rejet explicite de toute obligation juridique, par exemple lorsque les États versent des indemnités *ex gratia* au titre de dommages causés aux biens de missions ou d'agents diplomatiques étrangers.

[316] *Affaire des pêcheries* (voir *supra* la note 292), à la page 139. Voir aussi *Affaire du « Lotus »* (note 253 *supra*), à la page 29 (« [L]a Cour croit devoir souligner le fait qu'il n'apparaît pas que les États intéressés se soient opposés aux poursuites pénales relatives à des cas d'abordage devant les tribunaux d'un pays autre que celui du pavillon ou qu'ils aient avancé des protestations : leur conduite ne semble guère avoir été différente de celle qu'ils tiennent dans tous les cas de juridictions concurrentes. Cette circonstance va directement à l'encontre de l'existence du consentement tacite des États en faveur de la compétence exclusive de l'État du pavillon, que l'agent du Gouvernement français a cru pouvoir déduire de la rareté des questions de compétence devant les tribunaux répressifs. Il ne semble guère probable, et il ne serait pas conforme à la pratique internationale, que le Gouvernement français dans le cas de l'*Ortigia − Oncle-Joseph* et le Gouvernement allemand dans celui de l'*Ekbatana − West-Hinder* eussent omis de protester contre l'exercice de la juridiction pénale de la part des tribunaux italiens et belges, si vraiment ils avaient pensé qu'il y avait là une violation du droit international. ») ; et Cour suprême de l'Argentine, *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, affaire nº 16.063/94, arrêt du 2 novembre 1995, opinion du juge Gustavo A. Bossert, par. 90.

[317] Voir aussi, plus généralement, *Plateau continental de la mer du Nord* (note 257 *supra*), à la page 27, par. 33.

[318] Dans un contexte différent, la Cour internationale de Justice a fait observer ce qui suit : « L'absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement. […] Autrement dit, un silence peut aussi être éloquent, mais seulement si le comportement de l'autre État appelle une réponse. » [*Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 12, aux pages 50 et 51, par. 121]. Voir aussi *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (note 269 *supra*), aux pages 265 et 266, par. 141 (« De l'avis de la Cour, le fait que le Nicaragua n'ait pas nié l'existence d'un droit découlant de cette pratique, qui s'était poursuivie sans être entravée ni remise en question durant une très longue période, est particulièrement révélateur. »).

lorsque celle-ci a un effet (direct ou indirect) − surtout s'il est défavorable − sur les intérêts ou les droits de l'État n'ayant pas réagi ou ayant refusé de réagir[319]. Deuxièmement, l'État doit avoir été « en mesure de réagir », c'est-à-dire qu'il doit avoir eu connaissance de la pratique (ce qui est présumé être le cas lorsque celle-ci a bénéficié d'une large publicité, par exemple) et avoir disposé du temps et des moyens nécessaires pour réagir. Lorsque l'État n'a pas eu connaissance de la pratique, qu'on ne pouvait pas s'attendre à ce qu'il en ait connaissance, ou qu'il n'a pas eu suffisamment de temps pour réagir, son inaction ne saurait valoir acceptation du fait que cette pratique est prescrite (ou permise) par le droit international coutumier.

Cinquième partie

PORTÉE DE CERTAINS MOYENS DE DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

1) Pour déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier, il peut être recouru à diverses sources autres que des preuves directes de l'acceptation d'une pratique comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*). On citera notamment les textes portant sur des questions juridiques, en particulier les traités, les résolutions des organisations et des conférences internationales, la jurisprudence des tribunaux (nationaux et internationaux) et la doctrine, qui peuvent aider à collecter, synthétiser et interpréter les informations indicatives de la pratique pertinente aux fins de la détermination du droit international coutumier et contenir des formulations explicites permettant d'encadrer et d'orienter l'établissement de ses deux éléments constitutifs. La cinquième partie a pour but d'expliquer la valeur potentielle de ces sources et de souligner qu'il est éminemment important d'examiner soigneusement tant leur contenu que leur contexte.

2) La Commission a décidé de ne pas inclure à ce stade une conclusion distincte sur les textes issus de ses travaux. Ces textes méritent toutefois une attention particulière aux fins de la question qui nous intéresse. Comme la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions l'ont fait observer[320], la détermination par la Commission de l'existence (ou de l'absence) et du contenu d'une règle de droit international coutumier peut avoir un poids considérable. Cela tient au fait que la Commission tient des États un mandat unique de développement progressif et de codification du droit international[321], ainsi qu'au caractère minutieux de ses procédures (qui supposent notamment la réalisation d'études approfondies de la pratique des États) et à l'étroite relation qu'elle entretient avec les États en sa qualité d'organe subsidiaire de l'Assemblée générale (et au fait que ceux-ci lui transmettent des observations orales et écrites tout au long de ses travaux). Le poids à accorder aux déterminations de la Commission dépend toutefois de divers facteurs, dont les sources sur lesquelles se fonde la Commission, l'état d'avancement de ses travaux et, surtout, la réaction des États aux produits obtenus[322].

Conclusion 11. Traités

1. Une règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la règle conventionnelle :

***a*) a codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité ;**

***b*) a abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité ; ou**

***c*) a servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier.**

2. Le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 11 porte sur l'importance des traités, en particulier les traités multilatéraux largement ratifiés, aux fins de la détermination du droit international coutumier. Il ne traite pas de la question de la conduite des États au regard des traités en tant que forme de pratique, qui est traitée dans le projet de conclusion 6, et ne concerne pas non plus directement le processus d'élaboration des traités et les projets de dispositions conventionnelles, qui peuvent contribuer à la formation d'une pratique étatique et constituer une preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), ainsi qu'il est indiqué dans les projets de conclusions 6 et 10.

2) Bien que les traités ne lient que les parties, ils « peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant[323] ». Leurs dispositions (et les processus qui conduisent à leur adoption et à leur application)

[319] Il est fort possible qu'une pratique soit considérée comme ayant une incidence sur la totalité ou la quasi-totalité des États.

[320] Voir, par exemple, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 40, par. 51 ; *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1er février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, à la page 56, par. 169 ; *Le Procureur c. Élizaphan Ntakirutimana et Gérard Ntakirutimana*, affaires nos ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, arrêt du 13 décembre 2004, Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel, par. 518 ; *Dubai-Sharjah Border Arbitration*, 19 octobre 1981, *International Law Reports*, vol. 91, p. 543 à 701, à la page 575 ; et 2 BvR 1506/03 (note 298 *supra*), par. 47.

[321] Voir le statut de la Commission du droit international, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 174 (II) du 21 novembre 1947.

[322] Une fois que l'Assemblée générale a pris des mesures à l'égard d'un projet final de la Commission, par exemple qu'elle l'a approuvé et annexé à une résolution, ce projet peut aussi relever du projet de conclusion 12.

[323] *Plateau continental* (voir *supra* la note 258), aux pages 29 et 30, par. 27 (« Il est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant. »). L'article 38 de la Convention de Vienne de 1969 fait référence à la possibilité « qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un État tiers en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle ».

peuvent faire la lumière sur le contenu du droit international coutumier[324]. Les dispositions conventionnelles explicites peuvent s'avérer être des preuves particulièrement claires de l'existence ou du contenu des règles du droit international coutumier lorsqu'elles sont déclaratoires de ces règles. La référence à une « règle énoncée dans un traité » vise à indiquer qu'une règle n'est pas nécessairement exprimée par une seule disposition conventionnelle, mais peut être reflétée par plusieurs dispositions prises ensemble[325]. Quoi qu'il en soit, l'expression « peut refléter » indique que les traités ne peuvent en eux-mêmes créer le droit international coutumier, ni en fournir une preuve concluante.

3) Le nombre d'États qui adhèrent à un traité peut être un facteur important lorsqu'il s'agit de déterminer si le traité reflète le droit international coutumier, les traités acceptés par la quasi-totalité des États pouvant être particulièrement révélateurs à cet égard[326]. Cela étant, les traités qui ne sont pas encore entrés en vigueur ou n'ont pas encore recueilli une large adhésion peuvent également être significatifs dans certaines circonstances, surtout lorsqu'ils ont été adoptés sans opposition ou par une très grande majorité d'États[327].

4) Le paragraphe 1 décrit les trois situations dans lesquelles une règle énoncée dans un traité peut être considérée comme une expression du droit international coutumier, ces situations se distinguant l'une de l'autre par le moment auquel la règle de droit international coutumier s'est formée (ou a commencé à se former). Le membre de phrase « s'il est établi que » indique clairement qu'il ne suffit pas d'examiner le texte d'un traité pour déterminer si une règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier ; dans chaque cas, l'existence de la règle doit être confirmée par la pratique (qui doit être acceptée comme étant le droit). Il faut pouvoir démontrer que les États ne suivent pas une pratique (seulement) parce que le traité leur en fait obligation, mais parce qu'ils sont convaincus que la règle énoncée est, ou est devenue, une règle de droit international coutumier[328].

5) L'alinéa *a* concerne la situation dans laquelle il est établi qu'une règle énoncée dans un traité est déclaratoire d'une règle préexistante du droit international coutumier[329]. Pour faire pareil constat, il faut d'abord examiner le texte du traité, qui peut contenir des dispositions explicites[330]. Le fait que les réserves à une disposition conventionnelle soient expressément autorisées peut être important, mais ne permet pas nécessairement de savoir si la disposition en question reflète ou non le droit international coutumier[331]. Il est rare que les traités contiennent des indications à ce sujet et, le cas échéant, celles-ci concernent généralement le traité dans son ensemble plutôt que telle ou telle règle[332] ; dans ce cas,

---

[324] Voir *Immunités juridictionnelles de l'État* (note 258 *supra*), à la page 128, par. 66 ; et « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier » (note 287 *supra*), par. 29 (« il n'est pas rare que, pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier, on s'appuie sur la formulation conventionnelle par certains États d'une pratique également suivie par d'autres États. Et même des conventions multilatérales qui ont été signées, mais qui n'ont pas été mises en vigueur, sont souvent considérées comme ayant une certaine valeur comme preuve du droit international coutumier »).

[325] Il se peut aussi qu'une seule disposition ne soit que partiellement déclaratoire du droit international coutumier.

[326] Voir, par exemple, Commission des demandes d'indemnisation [Éthiopie/Érythrée], *Sentence partielle, Prisonniers de guerre − Réclamation de l'Éthiopie n° 4*, décision du 1er juillet 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI (numéro de vente : B.06.V.7), p. 73, aux pages 86 et 87, par. 31 (« Assurément, d'importantes sources modernes soutiennent l'idée que les Conventions de Genève de 1949 sont dans une grande mesure devenues l'expression du droit international coutumier, ce dont les deux parties conviennent. Le simple fait qu'elles aient recueilli une adhésion presque universelle appuie cette conclusion. » [note de bas de page omise]) ; *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (note 261 *supra*), par. 17 à 20 (où il est notamment dit que le fait que la Convention relative aux droits de l'enfant ait recueilli une large adhésion, puisqu'elle est la plus largement acceptée de toutes les conventions internationales, fait de ses dispositions pertinentes une expression du droit international coutumier) ; Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, à la page 47, par. 94 [« Les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités concernant la cessation d'un traité violé (qui ont été adoptées sans opposition) peuvent, à bien des égards, être considérées comme une codification du droit coutumier existant dans ce domaine. »].

[327] Voir, par exemple, *Plateau continental* (note 258 *supra*), à la page 30, par. 27 (« Il est […] indéniable que, ayant été adoptée par l'écrasante majorité des États, la Convention [des Nations Unies sur le droit de la mer, qui n'était alors pas encore entrée en vigueur] de 1982 revêt une importance majeure, de sorte que, même si les Parties ne l'invoquent pas, il incombe manifestement à la Cour d'examiner jusqu'à quel point l'une quelconque de ses dispositions pertinentes lie les Parties en tant que règle de droit international coutumier. »).

[328] Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, ce raisonnement a conduit la Cour à ne pas tenir compte de plusieurs des exemples de pratique des États qui avaient été mis en avant comme reflétant une règle du droit international coutumier [*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 43, par. 76].

[329] Voir, par exemple, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* [note 249 *supra*], par. 87.

[330] Dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de 1948, par exemple, les parties « *confirment** que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens » (article premier) ; et le préambule de la Convention sur la haute mer, de 1958, contient un alinéa libellé comme suit : « *Désireux* de codifier les règles du droit international relatives à la haute mer ». Un traité peut également préciser qu'il relève du développement progressif plutôt que de la codification du droit international ; dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, par exemple, la Cour internationale de Justice a jugé que le préambule de la Convention sur l'asile politique, de 1933, où il est dit que la Convention modifie une convention antérieure, et le fait qu'un nombre limité d'États aient ratifié cette convention infirmaient la thèse selon laquelle la Convention « n'a[vait] fait que codifier des principes déjà reconnus par la coutume » [*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra* la note 260), à la page 277].

[331] Voir également le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, adopté par la Commission à sa soixante-troisième session, directives 3.1.5.3 (Réserves portant sur une disposition reflétant une règle coutumière) et 4.4.2 (Absence d'effet sur les droits et obligations découlant d'une règle de droit international coutumier), *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 24 et suiv., par. 75 ; et ibid., vol. II (3e partie). Le texte des directives constituant le Guide de la pratique sur les réserves aux traités est reproduit dans l'annexe de la résolution 68/111 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 2013.

[332] La Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, de 1930, par exemple, dispose que « [l]'insertion de ces principes et règles ne préjuge en rien la question de savoir si lesdits principes et règles font ou non partie actuellement du droit international » (art. 18). Il est parfois fait référence, de manière générale, à la fois à la codification et au développement : dans le préambule de la Convention de Vienne de 1969, par exemple, les États parties se disent convaincus que « la codification et le développement progressif du droit des traités [sont] réalisés dans la présente Convention » ; dans le préambule de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, de 2004, les États parties disent considérer « que les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens procèdent d'un principe

ou lorsque le traité est muet, on peut recourir aux travaux préparatoires[333], y compris à toutes déclarations faites par les États pendant le processus de rédaction susceptibles de traduire une intention de codifier une règle de droit international coutumier existante. S'il est établi que les États ayant participé à la négociation considéraient effectivement la règle en question comme une règle de droit international coutumier, preuve est faite de l'acceptation de celle-ci comme étant le droit (*opinio juris*), cette preuve ayant d'autant plus de poids aux fins de la détermination de la règle coutumière que les États ayant participé à la négociation étaient nombreux. Cela n'empêche pas, toutefois, qu'il faille se pencher sur la question de savoir si l'existence de cette règle est étayée par une pratique suffisamment vaste et représentative, non seulement parce que le fait que les parties soutiennent que le traité est déclaratoire du droit existant ne constitue (en ce qui concerne les tiers) qu'un seul élément de preuve, mais aussi parce que la règle coutumière sous-tendant telles ou telles dispositions conventionnelles peut avoir changé ou être devenue caduque depuis la conclusion du traité. En d'autres termes, la pratique doit venir confirmer ou accompagner l'*opinio juris*.

6) L'alinéa *b* porte sur les cas dans lesquels il est établi qu'une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) a été cristallisée par une règle conventionnelle établie sur la base d'une pratique limitée des États. En d'autres termes, la règle conventionnelle a renforcé et précisé une règle de droit international coutumier qui avait seulement commencé à émerger au moment de l'élaboration du traité et qui, par la suite, en est devenue l'expression[334]. Pour pouvoir faire un tel constat, il faut là encore déterminer si la règle telle qu'elle est formulée dans le traité a ou non été acceptée comme étant le droit et est étayée par une pratique générale[335].

7) L'alinéa *c* concerne la situation dans laquelle il est établi qu'une règle énoncée dans un traité a engendré une nouvelle règle de droit international coutumier[336]. On ne considère pas facilement ce résultat comme étant atteint. Comme la Cour internationale de Justice l'a expliqué dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, pour établir qu'une règle énoncée dans un traité a engendré la formation d'une règle du droit international coutumier,

> [i]l faut d'abord que la disposition en cause ait, en tout cas virtuellement, un caractère fondamentalement normatif et puisse ainsi constituer la base d'une règle générale de droit. […] [I]l demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu[337].

En d'autres termes, une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) « dans le sens de la disposition invoquée » doit exister. Le fait que les parties au traité adoptent un comportement concordant les unes envers les autres pouvant être attribué à l'obligation mise à leur charge par le traité plutôt qu'à l'acceptation de la règle conventionnelle en question comme une règle contraignante de droit international coutumier, la pratique de ces parties à l'égard des États non parties au traité et celle des États non parties à l'égard des États parties ou entre eux auront une valeur particulière.

8) Le paragraphe 2 vise à souligner que ce n'est pas parce qu'une disposition figure dans un grand nombre de traités, bilatéraux ou autres, faisant ainsi naître des droits et obligations semblables pour un large éventail d'États, qu'elle reflète nécessairement le droit international coutumier. Si la répétition d'une disposition peut effectivement attester l'existence d'une règle de droit international coutumier (ou engendrer pareille règle), elle peut « tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire », en ce que les États concluent des traités soit pour combler l'absence

---

généralement accepté du droit international coutumier » et expriment leur conviction que la Convention « contribuer[a] à la codification et au développement du droit international et à l'harmonisation des pratiques dans ce domaine ».

[333] Lorsqu'elle s'est penchée, dans le cadre des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, sur la question de savoir si l'article 6 de la Convention sur le plateau continental, de 1958, reflétait le droit international coutumier lorsque la Convention a été élaborée, la Cour internationale de Justice a dit ce qui suit : « La valeur de la règle dans la Convention doit donc surtout être jugée par rapport aux conditions dans lesquelles la Commission [du droit international] a été amenée à la proposer et qui ont déjà été examinées au sujet de la thèse du Danemark et des Pays-Bas sur le caractère nécessaire et a priori de l'équidistance. La Cour considère que cet examen suffit, aux fins du présent raisonnement, à montrer que le principe de l'équidistance, tel qu'il est actuellement énoncé à l'article 6 de la Convention, a été proposé par la Commission avec beaucoup d'hésitation, à titre plutôt expérimental et tout au plus *de lege ferenda*, donc certainement pas *de lege lata* ni même à titre de règle de droit international coutumier en voie de formation. Tel n'est manifestement pas le genre de fondement que l'on pourrait invoquer pour prétendre que l'article 6 de la Convention a consacré ou cristallisé la règle de l'équidistance. » [*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 38, par. 62]. Voir aussi *Immunités juridictionnelles de l'État* (note 258 *supra*), aux pages 138 et 139, par. 89.

[334] Même lorsqu'une disposition conventionnelle n'a pas fait l'objet d'un consensus, il se peut que l'évolution du droit international coutumier se soit poursuivie « par la pratique des États dans la ligne des débats de la conférence [où le traité avait été négocié] et des accords auxquels on avait presque abouti » [*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, à la page 23, par. 52].

[335] Voir, par exemple, *Plateau continental* (note 258 *supra*), à la page 33, par. 34 (« Il est incontestable selon la Cour qu[e] *la pratique des États** démontre que l'institution de la zone économique exclusive, où il est de règle que le titre soit déterminé par la distance, s'est intégrée au droit coutumier »).

[336] Comme l'a dit la Cour internationale de Justice, « cette situation est du domaine des possibilités et elle se présente de temps à autre : c'est même l'une des méthodes reconnues par lesquelles des règles nouvelles de droit international coutumier peuvent se former » [*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 41, par. 71]. Voir, par exemple, le règlement figurant à l'annexe de la Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, de 1907 : bien que, d'après les participants, ce règlement ait été établi dans le but de « réviser les lois et coutumes générales de la guerre » de l'époque (et non, par conséquent, de codifier le droit international coutumier existant), il a par la suite été considéré comme l'expression du droit international coutumier (voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, à la page 172, par. 89).

[337] *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), aux pages 41 à 43, par. 72 et 74 (où la Cour souligne, au paragraphe 71, que l'« on ne considère pas facilement ce résultat comme atteint »). Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 249 *supra*), à la page 98, par. 184 (« Lorsque deux États conviennent d'incorporer dans un traité une règle particulière, leur accord suffit pour qu'elle fasse loi entre eux ; mais dans le domaine du droit international coutumier, il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique. »).

de règle, soit pour déroger à une règle existante[338]. Là encore, il y a lieu de se pencher sur la question de savoir s'il existe des exemples de pratiques acceptées comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) qui viennent étayer la règle écrite.

Conclusion 12. Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales

1. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ne peut pas, en elle-même, créer une règle de droit international coutumier.

2. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir un élément de preuve pour établir l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement.

3. Une disposition d'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que cette disposition correspond à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Commentaire

1) Le projet de conclusion 12 concerne le rôle que les résolutions adoptées par les organisations internationales ou lors des conférences intergouvernementales peuvent jouer dans la détermination des règles du droit international coutumier. Il dispose que si ces résolutions ne peuvent en elles-mêmes ni constituer des règles du droit international coutumier ni être une preuve concluante de l'existence ou du contenu de telles règles, elles peuvent parfois avoir valeur de preuve d'une règle de droit existante ou en train de se faire jour[339].

2) Comme dans le projet de conclusion 6, le terme « résolutions » s'entend de l'ensemble des résolutions, décisions et autres actes adoptés par les organisations internationales ou lors d'une conférence intergouvernementale, quel que soit le terme employé pour les désigner[340] et qu'ils soient ou non juridiquement contraignants. Une attention particulière est accordée dans le présent contexte aux résolutions de l'Assemblée générale, organe plénier à composition quasi universelle qui peut offrir un moyen commode d'examiner les opinions collectives de ses membres. Les résolutions adoptées par des organes ou lors de conférences à participation plus limitée peuvent également être pertinentes, bien que leur poids soit probablement moindre s'agissant de déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier (général).

3) Bien que les résolutions des organes des organisations internationales soient des actes de ces organes, ce qui importe dans le cadre du présent projet de conclusion est qu'elles peuvent être l'expression collective des vues des États membres de ces organes. Lorsqu'elles portent (explicitement ou implicitement) sur des questions juridiques, elles peuvent donner une idée de la position des membres de ces organes sur ces questions. Une grande partie de ce qui a été dit des traités dans le projet de conclusion 11 vaut pour les résolutions ; mais, à la différence des traités, celles-ci ne sont normalement pas juridiquement contraignantes, ne visent pas pour la plupart à consacrer des droits et des obligations juridiques, et retiennent généralement beaucoup moins l'attention de la communauté des juristes que les projets de traité. Comme les traités, les résolutions ne sauraient dispenser de vérifier s'il existe en fait une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*).

4) Le paragraphe 1 indique clairement que les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences intergouvernementales ne peuvent en elles-mêmes constituer des règles de droit international coutumier. En d'autres termes, la seule adoption d'une résolution (ou de résolutions successives) prétendant énoncer une règle de droit international coutumier ne crée pas une telle règle : il doit être établi que la règle ainsi énoncée correspond en fait à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*). Aucune « coutume instantanée » ne naît des résolutions elles-mêmes.

5) Le paragraphe 2 dispose, premièrement, que les résolutions peuvent néanmoins aider à déterminer les règles du droit international coutumier en fournissant une preuve de leur existence ou de leur contenu. Comme l'a relevé la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, les résolutions, « même si elles n'ont pas force obligatoire, […] peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*[341] ». Il en est ainsi en particulier lorsqu'une résolution se veut déclaratoire d'une règle de droit international coutumier existante, auquel cas elle peut constituer une preuve de l'acceptation de cette règle comme étant le droit par les États l'ayant appuyée. En d'autres termes, « [l]'effet d'un consentement au texte de telles résolutions […] peut […] s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles

---

[338] Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 582, à la page 615, par. 90 (« Le fait, dont se prévaut la Guinée, que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la Convention de Washington [pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États] aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre États et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé ; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire. »).

[339] Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 261 *supra*), aux pages 254 et 255, par. 70 ; *Sedco Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, deuxième sentence interlocutoire, sentence n° ITL 59-129-3 du 27 mars 1986, *International Law Reports*, vol. 84, p. 483 à 592, à la page 526.

[340] De très nombreux termes sont utilisés pour les désigner, par exemple « déclaration » ou « déclaration de principes ».

[341] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 261), aux pages 254 et 255, par. 70 (visant les résolutions de l'Assemblée générale).

déclarées par la résolution[342] ». À l'inverse, les votes contre, les abstentions ou les dissociations d'un consensus, ainsi que les déclarations générales et les explications de positions, peuvent attester qu'il n'y a pas d'acceptation comme étant le droit, et ainsi qu'il n'y a pas de règle.

6) Comme la position des États sur telle ou telle résolution (ou règle particulière énoncée dans une résolution), exprimée par leur vote ou autrement, est souvent motivée par des considérations politiques ou d'autres considérations non juridiques, déterminer s'il y a acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) à partir de ces résolutions doit s'effectuer « avec la prudence nécessaire[343] ». C'est ce qu'indique le mot « peut ». Dans chaque cas, il convient d'évaluer avec soin les divers facteurs pour s'assurer que les États concernés entendaient effectivement reconnaître l'existence d'une règle du droit international coutumier. Comme la Cour internationale de Justice l'a indiqué dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires,*

> il faut […] examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption [de la résolution] ; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle[344].

Le libellé précis de la résolution est le point de départ de l'évaluation de l'importance juridique de celle-ci ; la référence au droit international et la présence (ou l'absence) de termes particuliers dans ce texte, préambule compris, peuvent être significatives[345]. Sont également pertinents les débats et négociations ayant précédé l'adoption de la résolution et en particulier les explications de vote, explications de position et autres déclarations faites immédiatement avant ou après l'adoption[346]. L'appui dont bénéficie la résolution (dont l'importance de la majorité et le nombre des votes contre ou des abstentions donnent la mesure) est critique. Des divergences d'opinion sur certaines dispositions d'une résolution peuvent indiquer qu'il n'y a pas acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), au moins concernant ces dispositions, et les résolutions auxquelles un nombre substantiel d'États se sont opposés ne sont généralement pas considérées comme reflétant le droit international coutumier[347].

7) Le paragraphe 2 indique en outre que les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences intergouvernementales, même si elles sont dénuées de force juridique propre, peuvent parfois jouer un rôle important dans le développement du droit international coutumier. Tel peut être le cas lorsque, à l'instar de dispositions conventionnelles, une résolution (ou une série de résolutions) inspire ou promeut l'apparition d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) conforme à ses termes ou lorsqu'elle cristallise une règle en train de se faire jour.

8) Le paragraphe 3, conséquence logique des paragraphes 1 et 2, précise que les dispositions des résolutions adoptées par des organisations internationales et lors de conférences intergouvernementales ne peuvent en elles-mêmes constituer une preuve concluante de l'existence ou du contenu de règles de droit international coutumier. Cela découle de l'indication selon laquelle, pour qu'une règle existe, l'*opinio juris* des États, telle qu'attestée par une résolution, doit être confirmée par la pratique ; d'autres éléments de preuve sont ainsi nécessaires, en particulier pour démontrer que la règle alléguée est en fait observée dans la pratique des États[348]. Une disposition d'une résolution ne peut prouver l'existence d'une règle de droit international coutumier en l'absence d'une pratique effective, ou si la pratique est divergente ou incohérente.

Conclusion 13. Décisions de juridictions

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier constituent un moyen auxiliaire de détermination desdites règles.

2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, à titre de moyen auxiliaire de détermination de telles règles.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 13 porte sur le rôle des décisions des juridictions nationales et des juridictions internationales aux fins de la détermination des règles de droit international coutumier. Il convient de noter que les décisions des juridictions nationales peuvent avoir une double fonction à cet égard. D'une part, elles peuvent être considérées comme une forme de pratique ou une forme de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) de la part de l'État du for, ainsi qu'il ressort des projets de conclusions 6 et 10. D'autre part, lorsqu'elles sont elles-mêmes relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, elles peuvent constituer un

---

[342] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 249), à la page 100, par. 188. Voir également *Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil)*, sentence finale du 24 mars 1982, *International Law Reports*, vol. 66, p. 518 à 627, aux pages 601 et 602, par. 143.

[343] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 249), à la page 100, par. 188.

[344] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 261), à la page 255, par. 70.

[345] Dans sa résolution 96 (I) du 11 décembre 1946, par exemple, l'Assemblée générale « *[a]ffirme* que le génocide est un crime de droit des gens », une formule qui donne à penser que le paragraphe est déclaratoire du droit international coutumier.

[346] À l'Assemblée générale, les explications de vote sont souvent données lors de l'adoption par une grande commission, auquel cas elles ne sont généralement pas répétées en plénière.

[347] Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 261 *supra*), à la page 255, par. 71 (« Plusieurs résolutions dont il est question en l'espèce ont cependant été adoptées avec un nombre non négligeable de voix contre et d'abstentions. Ainsi, bien que lesdites résolutions constituent la manifestation claire d'une inquiétude profonde à l'égard du problème des armes nucléaires, elles n'établissent pas encore l'existence d'une *opinio juris* quant à l'illicéité de l'emploi de ces armes. »).

[348] Voir, par exemple, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de la Cour suprême, *KAING Guek Eav alias Duch*, dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, arrêt du 3 février 2012, par. 194 (« Étant donné que la Déclaration relative à la torture de 1975 [résolution 3452 (XXX) du 9 décembre 1975, Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants] était une résolution non contraignante de l'Assemblée générale des Nations Unies, il faut disposer d'éléments supplémentaires pour conclure que la définition de la torture qui s'y trouve reflétait le droit international coutumier au moment des faits. »).

moyen auxiliaire de détermination de ces règles, comme cela est indiqué dans le projet de conclusion 13.

2) Le texte du projet de conclusion 13 est largement inspiré du libellé du paragraphe 1 *d* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, selon lequel les décisions de justice constituent un « moyen auxiliaire » de détermination des règles de droit international, y compris le droit international coutumier. L'emploi de l'expression « moyen auxiliaire » vise à indiquer que les décisions de justice jouent un rôle secondaire dans la détermination du droit et ne sont pas elles-mêmes une source de droit international, contrairement aux traités, au droit international coutumier et aux principes généraux du droit. On ne saurait toutefois en déduire que ces décisions ne sont pas importantes en pratique.

3) Les décisions portant sur des questions de droit international, en particulier les décisions relatives à l'existence de règles de droit international coutumier et dans lesquelles pareilles règles sont déterminées et appliquées, peuvent être très utiles lorsqu'il s'agit d'établir l'existence ou l'absence de règles de droit international coutumier. Toutefois, leur valeur varie considérablement en fonction tant de la qualité du raisonnement juridique suivi (et notamment de la mesure dans laquelle ce raisonnement repose sur un examen approfondi des éléments tendant à prouver qu'une pratique générale alléguée est acceptée comme étant le droit) que de la réaction des États et d'autres juridictions. Selon les circonstances, peuvent aussi entrer en ligne de compte, entre autres éléments, la composition de la juridiction concernée (et les compétences particulières de ses membres), l'ampleur de la majorité avec laquelle la décision a été adoptée et les conditions dans lesquelles la juridiction mène ses travaux. On retiendra en outre que les décisions relatives à l'état du droit international coutumier ne gravent pas celui-ci dans le marbre et que les règles du droit international coutumier peuvent avoir évolué depuis la date à laquelle telle ou telle décision a été rendue[349].

4) Le paragraphe 1 fait mention des « juridictions internationales », cette expression désignant tout organe international doté de compétences judiciaires et appelé à examiner des règles de droit international coutumier. Il fait expressément référence à la Cour internationale de Justice, principal organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies, dont le Statut fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies et dont les membres sont nommés par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, eu égard à l'importance de sa jurisprudence et à l'autorité particulière qu'elle tient du fait qu'elle est le seul tribunal international de droit commun permanent[350]. Outre la Cour internationale de Justice et sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, l'expression « juridictions internationales » désigne notamment, mais non exclusivement, les tribunaux régionaux et spécialisés tels que le Tribunal international du droit de la mer, la Cour pénale internationale et les autres tribunaux pénaux internationaux, les tribunaux régionaux des droits de l'homme et l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce, ainsi que les tribunaux arbitraux interétatiques et les autres tribunaux arbitraux appliquant le droit international. Les compétences dont disposent les juridictions internationales et le vaste éventail d'éléments de preuve auquel elles ont accès donnent un poids considérable à leurs décisions, sous réserve des considérations mentionnées dans le paragraphe précédent.

5) Aux fins du présent projet de conclusion, le terme « décisions » s'entend des jugements et des avis consultatifs, ainsi que des ordonnances portant sur des questions de procédure et des décisions interlocutoires. Si les opinions individuelles et dissidentes peuvent faire la lumière sur telle ou telle décision et aborder des questions qui ne sont pas couvertes par celle-ci, elles doivent néanmoins être traitées avec circonspection, car il se peut qu'elles ne reflètent que le point de vue de leur auteur et qu'y soient exposés des arguments auxquels la juridiction concernée n'adhère pas.

6) Le paragraphe 2 concerne les décisions de juridictions nationales (également appelées « tribunaux internes » ou « tribunaux municipaux »)[351]. La distinction entre les juridictions internationales et les juridictions nationales n'est pas toujours évidente ; aux fins du présent projet de conclusions, l'expression « juridictions nationales » désigne également les juridictions composées de magistrats internationaux qui appliquent le droit d'un ou de plusieurs pays, tels les tribunaux hybrides, de composition et de compétence à la fois nationales et internationales.

7) Il convient de faire preuve d'une certaine prudence lorsqu'on envisage de considérer les décisions de juridictions nationales comme des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international coutumier. En conséquence, les deux paragraphes du projet de conclusion sont formulés différemment, le paragraphe 2 contenant le membre de phrase « [u]ne attention peut être portée, le cas échéant ». Aux fins de la question qui nous intéresse, les jugements des juridictions internationales se voient en principe accorder davantage de poids que ceux des juridictions nationales étant donné que, de manière générale, les juridictions internationales ont davantage d'expérience en droit international et sont moins susceptibles de refléter la perspective d'un pays. On retiendra en outre que les juridictions nationales appliquent un droit particulier qui peut tenir compte des règles du droit international dans une certaine mesure et à certains égards seulement. Contrairement aux juridictions internationales, les juridictions nationales peuvent manquer de compétences en droit international et se prononcer sans avoir entendu les arguments des États[352].

---

[349] À cet égard, les décisions de juridictions internationales ne peuvent donc pas non plus être considérées comme des preuves concluantes aux fins de la détermination des règles de droit international.

[350] Bien qu'il n'y ait pas de hiérarchie des juridictions internationales, les décisions de la Cour internationale de Justice se voient souvent accorder un grand poids par les autres tribunaux. Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n[os] 34356/06 et 40528/06, CEDH 2014, par. 198 ; *Navire « SAIGA » (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt, *TIDM Recueil 1999*, p. 10, par. 133 et 134 ; et Organisation mondiale du commerce, *Japon — Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R-WT/DS10/AB/R-WT/DS11/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 1er novembre 1996, sect. D.

[351] À propos des décisions de juridictions nationales en tant que moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international coutumier, voir aussi, par exemple, *Le Procureur c. Zejnil Delalić et consorts*, affaire n° IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1998*, vol. II, p. 950 et suiv., par. 414.

[352] Voir aussi « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier » (note 287 *supra*), par. 53.

Conclusion 14. Doctrine

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 14 porte sur le rôle de la doctrine dans la détermination des règles de droit international coutumier. Calqué sur le libellé du paragraphe 1 *d* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ce projet de conclusion indique que ces travaux peuvent être utilisés comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier, c'est-à-dire pour rechercher s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*). Le mot « doctrine » doit s'entendre au sens large ; il englobe la doctrine se présentant sous une forme non écrite, par exemple les conférences et les matériels audiovisuels.

2) Comme les décisions des juridictions, qui font l'objet du projet de conclusion 13, la doctrine ne constitue pas en tant que telle une source du droit international coutumier, mais elle peut donner des indications aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de ce droit. Cette fonction auxiliaire s'explique par l'intérêt que peut présenter la doctrine en tant qu'elle collecte des informations sur la pratique des États et qu'elle en fait l'analyse, qu'elle relève les divergences dans cette pratique et l'absence ou la formation éventuelles de règles, et qu'elle évalue le droit.

3) Il faut être prudent lorsqu'on s'appuie sur la doctrine, car l'intérêt qu'elle présente pour la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier est variable ; c'est ce qu'indiquent les mots « peut servir ». Premièrement, les auteurs peuvent viser non seulement à rendre compte de l'état du droit à un moment donné (*lex lata*), mais aussi à en promouvoir le développement (*lex ferenda*). Ce faisant, ils ne marquent pas toujours clairement la distinction entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'ils voudraient qu'il soit. Deuxièmement, la doctrine peut refléter les positions nationales ou autres positions individuelles des auteurs. Troisièmement, la qualité de la doctrine peut varier considérablement. Évaluer l'autorité de tel ou tel travail est donc essentiel ; dans l'affaire du *Paquete Habana*, la Cour suprême des États-Unis a visé les travaux des juristes et commentateurs qui, grâce à des années de travail, de recherche et d'expérience, ont acquis une connaissance approfondie des sujets dont ils traitent. Les tribunaux judiciaires consultent ces travaux non pour les considérations de leurs auteurs sur ce que devrait être le droit, mais pour les preuves fiables qu'ils contiennent de ce qu'il est réellement[353].

4) Le mot « publicistes », qui est tiré du Statut de la Cour internationale de Justice, vise toutes les personnes dont les travaux universitaires peuvent contribuer à éclaircir des points de droit international. Naturellement, la plupart de ces personnes seront des spécialistes du droit international public, mais d'autres auteurs ne sont pas à exclure. La référence aux publicistes « les plus qualifiés » vise à souligner qu'une attention doit être accordée aux écrits des auteurs éminents dans le domaine concerné. Cela étant, c'est la qualité des travaux et non la réputation de leur auteur qui importe en dernière analyse ; comptent parmi les facteurs à prendre en considération à cet égard l'approche retenue par l'auteur pour déterminer le droit international coutumier et la mesure dans laquelle son texte y est fidèle. La référence aux publicistes « des différentes nations » vise à souligner qu'il importe de tenir compte autant que possible de la doctrine représentative des principaux systèmes juridiques et des principales régions du monde dans les différentes langues de travail.

5) Les textes issus des travaux des organes internationaux œuvrant à la codification et au développement du droit international peuvent être une ressource utile à cet égard. Figurent notamment parmi ces organes collectifs l'Institut de droit international et l'Association de droit international ainsi que des organes internationaux d'experts spécialisés dans certains domaines. La valeur de chaque texte doit être soigneusement évaluée en tenant compte du mandat et des compétences de l'organe concerné, du soin et de l'objectivité dont il fait preuve dans le cadre de ses travaux sur telle ou telle question, du soutien dont bénéficie le texte en question au sein de l'organe ainsi que de l'accueil qui lui a été réservé par les États.

Sixième partie

OBJECTEUR PERSISTANT

La sixième partie comprend un seul projet de conclusion, relatif à l'objecteur persistant.

Conclusion 15. Objecteur persistant

1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection.

2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante.

Commentaire

1) Les règles du droit international coutumier « par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté à son propre avantage[354] ». Toutefois, lorsqu'un État s'est systématiquement opposé à une règle *émergente* de droit international coutumier et continue de s'y opposer après sa cristallisation, cette règle ne lui est pas opposable. C'est ce que l'on appelle souvent la « règle » ou la « doctrine » de l'objecteur persistant, et il n'est pas rare que cette question se pose dans le cadre de la détermination des règles du droit international coutumier.

[353] Cour suprême des États-Unis, *The Paquete Habana and The Lola*, 175 U.S. 677 (1900), à la page 700. Voir également *Affaire du « Lotus »* (note 253 *supra*), aux pages 26 et 31.

[354] *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), aux pages 38 et 39, par. 63. Cela est vrai des règles du droit international coutumier « général », par opposition au droit international coutumier « particulier » (voir *infra* le projet de conclusion 16).

2) La règle de l'objecteur persistant ne vise pas les cas où l'objection d'un nombre important d'États à la formation d'une nouvelle règle de droit international coutumier empêche purement et simplement la cristallisation de la règle en question (du fait qu'il n'y a pas de pratique générale acceptée comme étant le droit)[355], et son application est assortie de conditions rigoureuses.

3) Un État qui s'oppose à une règle de droit international coutumier en voie de formation en faisant valoir des arguments contre elle ou en appliquant une pratique s'écartant de celle-ci peut adopter l'une ou l'autre des positions suivantes ou combiner les deux : il peut tenter d'empêcher la formation de la règle, et/ou, si la règle parvient à se former, faire en sorte qu'elle ne lui soit pas opposable. On peut citer par exemple le cas de certains États qui se sont opposés, alors qu'elle était en voie de formation, à la règle permettant à chaque État de fixer la largeur de sa mer territoriale pour autant que celle-ci ne dépasse pas 12 milles marins. Peut-être auraient-ils voulu définir comme règle générale une largeur de 3, 4 ou 6 milles marins mais, quoi qu'il en soit, ils n'étaient pas disposés à accepter qu'un élargissement des mers territoriales leur soit imposé[356]. S'il est établi qu'une règle du droit international coutumier s'est formée, c'est à l'État objecteur qu'il incombe de prouver qu'il peut se prévaloir du statut d'objecteur persistant.

4) La règle de l'objecteur persistant est très souvent invoquée et reconnue dans la jurisprudence, tant internationale que nationale[357], ainsi que dans d'autres contextes[358]. Si les vues divergent parfois, la règle de l'objecteur persistant est largement acceptée par les États et les auteurs ainsi que par les institutions scientifiques qui s'occupent de droit international[359].

5) Le paragraphe 1 indique clairement que l'objection doit avoir été exprimée alors que la règle en question était en voie de formation. Cet aspect temporel de l'objection est essentiel : l'État doit exprimer son opposition avant qu'une pratique donnée se soit cristallisée en règle du droit international coutumier, et sa position sera d'autant plus ferme qu'il aura fait connaître son opposition tôt. S'il n'est pas toujours facile de faire la distinction entre objection et violation, il ne saurait y avoir de règle de l'objecteur ultérieur : une fois que la règle est formée, un État ne peut pas s'y soustraire simplement en s'y opposant.

6) Si un État établit son statut d'objecteur persistant, la règle ne lui est pas applicable tant qu'il maintient son objection ; l'expression « pas opposable » est utilisée pour illustrer le caractère exceptionnel de la position d'objecteur persistant. Comme il est indiqué plus loin dans le paragraphe, une fois qu'il a abandonné son objection (ce qu'il peut faire à tout moment, expressément ou d'une autre manière), l'État concerné est lié par la règle.

7) Le paragraphe 2 énonce en termes précis les conditions rigoureuses qui doivent être remplies pour qu'un État puisse établir et conserver son statut d'objecteur persistant à l'égard d'une règle du droit international coutumier. Outre qu'elle doit être formulée avant que la pratique ne se cristallise en règle de droit, l'objection doit être exprimée clairement, à savoir que la non-acceptation de la règle en voie de formation ou le refus d'être lié par elle doit être sans ambiguïté[360]. L'objection n'a toutefois pas à être exprimée sous une forme particulière. Il n'est notamment pas nécessaire qu'elle se traduise par une action concrète ; une objection verbale claire, formulée par écrit ou oralement, suffit pour que l'État concerné conserve son statut juridique d'objecteur.

8) La condition exigeant que l'objection soit communiquée aux autres États signifie que l'objection doit être communiquée à l'échelle internationale ; elle ne peut pas simplement être exprimée au niveau national. C'est à l'État objecteur qu'il incombe de veiller à ce que l'objection soit effectivement communiquée aux autres États.

9) La condition exigeant que l'objection soit maintenue de manière persistante s'applique à la fois avant et après la formation de la règle du droit international coutumier.

---

[355] Voir, par exemple, Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvM 1/76, décision n° 32 du 13 décembre 1977, BVerfGE, vol. 46 (1978), p. 342 à 404, aux pages 388 et 389, par. 6 [« Cela ne concerne pas simplement une action qu'un État peut soutenir avec succès depuis toujours contre l'application d'une règle générale existante du droit international en faisant valoir ses droits de manière persistante (au sens de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire des pêcheries* [voir *supra* la note 292], p. 131), mais au contraire l'impossibilité de postuler à l'heure actuelle l'existence d'une règle générale correspondante du droit international. »].

[356] Finalement, dans le cadre d'un accord global sur le droit de la mer, les États n'ont pas maintenu leurs objections. Il peut parfois être difficile de conserver le statut d'objecteur persistant sur la durée, mais cela ne remet pas en cause l'existence de la règle.

[357] Voir, par exemple, *Affaire des pêcheries* (voir *supra* la note 292), à la page 131 ; *Michael Domingues c. États-Unis*, affaire n° 12.285 (2002), Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 62/02, par. 48 et 49 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Sabeh El Leil c. France* [GC], n° 34869/05, 29 juin 2011, par. 54 ; Organisation mondiale du commerce, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R-WT/DS292/R-WT/DS293/R [et Corr.1 et Add.1 à 9], rapport du Groupe spécial adopté le 21 novembre 2006, à la page 380, note 248 ; et cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, à la page 715, par. 54.

[358] Voir, par exemple, l'intervention de la Turquie en 1982 à la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, *Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. XVII (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.V.3), 189e séance (A/CONF.62/SR.189), p. 76, par. 150 (disponible à l'adresse suivante : https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/vol17.shtml) ; États-Unis, Département de la défense, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Washington, juin 2015, aux pages 29 à 34, sect. 1.8 (droit international coutumier), en particulier à la page 30, par. 1.8 (« Le droit international coutumier est généralement contraignant pour tous les États, mais ceux qui se sont opposés de manière persistante à une règle de droit international coutumier pendant qu'elle était en voie de formation ne sont pas liés par cette règle »), et à la page 34, par. 1.8.4 ; et Cour permanente d'arbitrage, *Procédure arbitrale sur l'aire marine protégée de Chagos (République de Maurice c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)*, affaire n° 2011-03, réplique de la République de Maurice, vol. 1 (18 novembre 2013), p. 124, par. 5.11 (disponible à l'adresse suivante : https://pca-cpa.org/en/cases/11/).

[359] La Commission a elle-même récemment évoqué la règle dans son Guide de la pratique sur les réserves aux traités, dans lequel elle indique qu'« une réserve peut être le moyen pour un "objecteur persistant" de manifester la constance de son objection : celui-ci peut certainement refuser l'application, par le biais d'un traité, d'une règle qui ne lui est pas opposable en vertu du droit international général » [voir le paragraphe 7 du commentaire concernant la directive 3.1.5.3, *Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 231].

[360] Voir, par exemple, Cour d'appel de la Haute Cour de la Région administrative spéciale de Hong Kong, *C. v. Director of Immigration and another*, HKCA 159, CACV 132/2008, jugement du 21 juillet 2011, par. 68 (« La preuve de l'objection doit être manifeste »).

Pour déterminer si cette condition est remplie, il faut faire preuve de pragmatisme et tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Cette condition signifie, premièrement, que l'objection devrait être réaffirmée lorsque les circonstances sont telles que cette réaffirmation s'impose (c'est-à-dire, lorsque le silence ou l'inaction pourraient raisonnablement amener à conclure que l'État a abandonné son objection). Ce pourrait par exemple être le cas lorsque l'État objecteur participe à une conférence à laquelle la règle concernée est réaffirmée. L'on ne peut toutefois pas attendre des États qu'ils manifestent leur objection en toute occasion, en particulier lorsque leur position est déjà bien connue. Deuxièmement, les réaffirmations successives de l'objection doivent être globalement cohérentes, c'est-à-dire ne pas présenter de contradictions notables.

10) L'incorporation du projet de conclusion 15 dans le présent projet de conclusions est sans préjudice des questions afférentes au *jus cogens*.

Septième partie

DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER PARTICULIER

La septième partie comprend un seul projet de conclusion, relatif au droit international coutumier particulier (parfois appelé « coutume régionale » ou « coutume spéciale »). Si les règles de droit international coutumier général revêtent un caractère contraignant pour tous les États, les règles de droit international coutumier particulier s'appliquent entre un nombre limité d'États. Même si celles-ci ne sont pas fréquentes, elles jouent parfois un rôle important dans les relations interétatiques, en conciliant des valeurs et intérêts différents propres à certains États seulement[361].

Conclusion 16. Droit international coutumier particulier

1. Une règle de droit international coutumier particulier, qu'elle soit régionale, locale ou autre, est une règle de droit international coutumier qui ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États.

2. Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier particulier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qui est acceptée par eux comme étant le droit (*opinio juris*).

Commentaire

1) Il est incontesté qu'il peut exister des règles de droit international coutumier n'ayant pas un caractère général. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice le confirme, laquelle cite notamment un droit international coutumier « particulier au système juridique interaméricain[362] » ou « dont la valeur serait limitée au continent africain comme elle l'aurait été auparavant à l'Amérique hispanique[363] », « une coutume locale[364] » et un droit international coutumier « de caractère régional[365] ». Les affaires dans lesquelles la Cour a été appelée à identifier de telles règles comprennent l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*[366] et l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien*[367]. Le terme « droit international coutumier particulier » désigne ces règles par opposition aux règles du droit international coutumier d'application générale. Il a été préféré à « coutume particulière » pour souligner que le projet de conclusion concerne des règles de droit et non de simples coutumes ou usages : il peut en effet exister entre les États des « coutumes locales » qui ne sont pas des règles de droit international[368].

2) Le projet de conclusion 16 a été placé à la fin du projet de conclusions parce que, d'une manière générale, les projets de conclusion qui précèdent s'appliquent également à la détermination des règles de droit international coutumier particulier, sauf si le présent projet de conclusion en dispose autrement. En particulier, l'approche des deux éléments s'applique, comme indiqué dans le présent commentaire[369].

3) Le paragraphe 1, qui a le caractère d'une définition, explique que le droit international coutumier particulier ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États. Il doit être distingué du droit international coutumier général, c'est-à-dire du droit international coutumier qui s'impose en principe à tous les États. En soi, une règle de droit international coutumier particulier ne crée ainsi ni obligations ni droits pour les États tiers[370].

4) Les règles de droit international coutumier particulier peuvent s'appliquer entre divers types de groupements d'États. On parle souvent de règles coutumières de caractère régional, comme celles « propre[s] aux États de l'Amérique latine » (dont l'institution de l'asile diplomatique est un exemple couramment cité)[371]. Un droit international coutumier particulier peut s'appliquer à une aire géographique plus réduite, par exemple une sous-région, ou même ne lier que deux États. Une telle coutume était en cause dans l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien*, dans laquelle la Cour internationale de Justice a jugé ce qui suit :

---

[361] Il n'est pas exclu qu'elles puissent avec le temps se transformer en règles de droit international coutumier général.

[362] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 249), à la page 105, par. 199.

[363] *Différend frontalier*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 554, à la page 565, par. 21.

[364] *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (voir *supra* la note 271), à la page 200 ; et *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra* la note 261), à la page 39.

[365] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 269), à la page 233, par. 34.

[366] *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra* la note 260).

[367] *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra* la note 261).

[368] Voir également *supra* le projet de conclusion 9, par. 2.

[369] La Cour internationale de Justice a considéré que le droit international coutumier particulier relevait du paragraphe 1 *b* de l'Article 38 de son statut : voir *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (note 260 *supra*), à la page 276.

[370] La situation est comparable à celle exposée dans les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 en ce qui concerne les traités et les États tiers (partie III, sect. 4).

[371] *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra* la note 260), à la page 276.

On voit difficilement pourquoi le nombre des États entre lesquels une coutume locale peut se constituer sur la base d'une pratique prolongée devrait nécessairement être supérieur à deux. La Cour ne voit pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux États, pratique acceptée par eux comme régissant leurs rapports, ne soit pas à la base de droits et d'obligations réciproques entre ces deux États[372].

Les affaires dans lesquelles des prétentions concernant l'existence d'un tel droit international coutumier particulier ont été examinées concernaient, par exemple, un droit d'accès à des enclaves en territoire étranger[373] ; la copropriété (condominium) d'eaux historiques entre trois États côtiers[374] ; le droit des habitants de la rive d'un fleuve servant de frontière entre deux États de pratiquer la pêche de subsistance[375] ; un droit de transit transfrontalier/international avec dispense des formalités d'immigration[376] ; et une obligation de parvenir à un accord dans l'administration de la production d'énergie sur un fleuve servant de frontière entre deux États[377].

5) S'il existe généralement une certaine proximité géographique entre les États auxquels une règle de droit international coutumier particulier s'applique, cela n'est pas toujours nécessaire. L'expression « régionale, locale ou autre » vise à indiquer que bien qu'une règle de droit international coutumier particulier soit le plus souvent régionale, sous-régionale ou locale, il n'y a pas de raison, en principe, pour qu'une règle de droit international coutumier particulier ne puisse également se former entre États liés par une cause, une activité ou un intérêt commun autre que leur situation géographique ou constituant une communauté d'intérêt, établie par un traité ou autrement.

6) Le paragraphe 2 concerne les conditions de fond de la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier particulier. Pour l'essentiel, déterminer si une telle règle existe consiste à rechercher s'il existe une pratique générale des États concernés qui est acceptée par eux comme régissant leurs relations. Dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, la Cour internationale de Justice a fourni des indications sur ce point lorsqu'elle a déclaré ce qui suit en ce qui concerne l'argument de la Colombie concernant l'existence d'une « coutume régionale ou locale, propre aux États de l'Amérique latine » :

La Partie qui invoque une coutume de cette nature doit prouver qu'elle s'est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre Partie. Le Gouvernement de la Colombie doit prouver que la règle dont il se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme, pratiqué par les États en question, et que cet usage traduit un droit appartenant à l'État octroyant l'asile et un devoir incombant à l'État territorial. Ceci découle de l'Article 38 du Statut de la Cour, qui fait mention de la coutume internationale « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit »[378].

7) L'approche des deux éléments qui exige à la fois une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) s'applique ainsi également à la détermination des règles de droit international coutumier particulier. Toutefois, s'agissant de ce droit, la pratique doit être générale au sens où elle doit être constante « entre les États concernés », c'est-à-dire tous les États auxquels la règle en question s'applique. Chacun d'eux doit l'avoir acceptée comme étant le droit entre eux. À cet égard, l'application de l'approche des deux éléments est plus stricte dans le cas des règles de droit international coutumier particulier.

---

[372] *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra* la note 261), à la page 39.

[373] Ibid., p. 6.

[374] Voir les prétentions du Honduras dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*, arrêt du 11 septembre 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 351, à la page 597, par. 399.

[375] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 269), aux pages 265 et 266, par. 140 à 144 ; voir également l'opinion individuelle du juge Sepúlveda-Amor, aux pages 278 à 282, par. 20 à 36.

[376] *Nkondo v. Minister of Police and Another*, Cour suprême d'Afrique du Sud, 1980 (2) SA 894 (O), 7 mars 1980, *International Law Reports*, vol. 82, p. 358 à 375, aux pages 368 à 375 [le juge Smuts déclarant ce qui suit : « Il n'y a pas de preuve d'une pratique établie de longue date entre l'Afrique du Sud et le Lesotho qui se serait cristallisée en un droit coutumier local de transit avec dispense des formalités d'immigration » (p. 359)].

[377] Tribunal fédéral suisse, *Kraftwerk Reckingen AG c. Canton de Zurich et autres*, ATF 129 II 114, arrêt du 10 octobre 2002, deuxième Cour de droit public, par. 4.

[378] *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra* la note 260), aux pages 276 et 277.

Chapitre VI

LES ACCORDS ET LA PRATIQUE ULTÉRIEURS DANS LE CONTEXTE DE L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

A. Introduction

64. À sa soixantième session (2008), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Les traités dans le temps » à son programme de travail et de constituer un groupe d'étude à cette fin à sa session suivante[379]. À sa soixante et unième session (2009), elle a créé le Groupe d'étude sur les traités dans le temps, placé sous la présidence de M. Georg Nolte. Au cours de cette session, le Groupe d'étude s'est attaché à recenser les questions à examiner et à réfléchir à ses méthodes de travail, ainsi qu'à la forme que pourrait prendre le résultat des travaux menés par la Commission sur le sujet[380].

65. De la soixante-deuxième à la soixante-quatrième session (2010-2012), le Groupe d'étude a été reconstitué sous la présidence de M. Georg Nolte. Le Groupe d'étude a examiné trois rapports, présentés oralement par le Président, qui portaient respectivement sur la jurisprudence pertinente de la Cour internationale de Justice et de tribunaux arbitraux de compétence spécialisée[381], les décisions de juridictions ou d'organes quasi juridictionnels rendues dans le cadre de régimes spéciaux concernant les accords et la pratique ultérieurs[382], et les accords et la pratique ultérieurs des États en dehors des procédures judiciaires et quasi judiciaires[383].

66. À la soixante-quatrième session (2012), sur la base d'une recommandation du Groupe d'étude[384], la Commission a décidé : *a*) de modifier les modalités de ses travaux sur le sujet à compter de sa soixante-cinquième session (2013), comme le Groupe d'étude le lui avait suggéré ; et *b*) de nommer M. Georg Nolte Rapporteur spécial pour le sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »[385].

67. À la soixante-cinquième session (2013), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial[386] et adopté provisoirement cinq projets de conclusion, ainsi que les commentaires y relatifs[387].

68. À la soixante-sixième session (2014), la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial[388] et adopté provisoirement cinq projets de conclusion, ainsi que les commentaires y relatifs[389].

69. À la soixante-septième session (2015), la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial[390] et adopté provisoirement un projet de conclusion, ainsi que le commentaire y relatif[391].

B. Examen du sujet à la présente session

70. À la présente session, la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/694), dans lequel ce dernier examinait la valeur juridique des décisions des organes d'experts (par. 10 à 94) et des juridictions nationales (par. 95 à 112) aux fins de l'interprétation des traités et en tant que formes de pratique découlant des traités, et proposait à cet égard d'adopter les projets de conclusions 12 et 13. Dans son rapport, le Rapporteur spécial se penchait en outre sur la structure et le champ d'application des projets de conclusion et proposait l'adoption d'un nouveau projet de conclusion 1a (par. 113 à 117), et suggérait de réviser le paragraphe 3 du projet de conclusion 4 (par. 118 à 122).

---

[379] À sa 2997e séance, le 8 août 2008. Voir *Annuaire… 2008*, vol. II (2e partie), p. 159, par. 353 ; pour le plan d'étude du sujet, voir ibid., annexe I. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 6 de sa résolution 63/123 du 11 décembre 2008.

[380] Voir *Annuaire… 2009*, vol. II (2e partie), p. 154 et suiv., par. 220 à 226.

[381] Voir *Annuaire… 2010*, vol. II (2e partie), p. 202 et suiv., par. 344 à 354 ; et *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 173, par. 337.

[382] Voir *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 173 et suiv., par. 338 à 341 ; et *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 78 et suiv., par. 230 et 231.

[383] Voir *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 79, par. 232 à 234. À la soixante-troisième session (2011), le Président du Groupe d'étude a présenté neuf conclusions préliminaires, remaniées à la lumière des débats du Groupe d'étude [*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 174 et suiv., par. 344]. À la soixante-quatrième session (2012), le Président a présenté le texte de six conclusions préliminaires supplémentaires, également remaniées à la lumière de ces débats [*Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 80 et suiv., par. 240]. Le Groupe d'étude s'est également penché sur la question des modalités et du résultat des futurs travaux sur le sujet. Plusieurs propositions ont été faites par le Président et acceptées par le Groupe d'étude (ibid., p. 79 et suiv., par. 235 à 239).

[384] *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 78 et suiv., par. 226 et 239.

[385] Ibid., p. 78, par. 227.

[386] *Annuaire… 2013*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/660.

[387] Ibid., vol. II (2e partie), p. 17 et suiv., par. 33 à 39. La Commission a adopté provisoirement les projets de conclusions 1 (Règle générale et moyens d'interprétation des traités), 2 (Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques), 3 (L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps), 4 (Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure) et 5 (L'attribution d'une pratique ultérieure).

[388] *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/671.

[389] Ibid., vol. II (2e partie), p. 113 et suiv., par. 70 à 76. La Commission a adopté provisoirement les projets de conclusions 6 (Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure), 7 (Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation), 8 (Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation), 9 (Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité) et 10 (Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties).

[390] *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/683.

[391] Ibid., vol. II (2e partie), p. 57 et suiv., par. 123 à 129. La Commission a adopté provisoirement le projet de conclusion 11 (Actes constitutifs d'organisations internationales).

71. La Commission a examiné le rapport à ses 3303e, 3304e, 3306 et 3307e séances, les 24, 25, 27 et 31 mai 2016. À sa 3307e séance, le 31 mai 2016, elle a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 1a et 12 tels qu'ils avaient été présentés par le Rapporteur spécial.

72. À sa 3313e séance, le 10 juin 2016, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction et adopté en première lecture 13 projets de conclusion portant sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (voir *infra* la section C.1). À ses 3335e à 3337e, 3340e et 3341e séances, les 4, 5, 8 et 9 août 2016, elle a adopté les commentaires de ces projets (voir *infra* la section C.2).

73. À sa 3341e séance, le 9 août 2016, conformément aux dispositions des articles 16 à 21 de son statut, la Commission a décidé de transmettre les projets de conclusion (section C *infra*) aux gouvernements pour commentaires et observations, par l'intermédiaire du Secrétaire général, et demandé que lesdits commentaires et observations soient communiqués à ce dernier le 1er janvier 2018 au plus tard.

74. À sa 3341e séance, le 9 août 2016, la Commission a remercié le Rapporteur spécial, M. Georg Nolte, de s'être remarquablement acquitté de sa mission et de lui avoir ainsi permis de mener à bien la première lecture des projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.

C. Texte des projets de conclusion concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés par la Commission en première lecture

1. Texte des projets de conclusion

75. Le texte des projets de conclusion adoptés par la Commission en première lecture est reproduit ci-après.

LES ACCORDS ET LA PRATIQUE ULTÉRIEURS DANS LE CONTEXTE DE L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

Première partie

INTRODUCTION

Conclusion 1. Introduction

Le présent projet de conclusions concerne le rôle des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.

Deuxième partie

RÈGLES ET DÉFINITIONS FONDAMENTALES

Conclusion 2 [1][392]. Règle générale et moyens d'interprétation des traités

1. Les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énoncent, respectivement, la règle générale d'interprétation et la règle relative aux moyens complémentaires d'interprétation. Ces règles sont également applicables à titre de droit international coutumier.

2. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

3. L'article 31, paragraphe 3, dispose notamment qu'il sera tenu compte, en même temps que du contexte, *a*) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; et *b*) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.

4. Il peut être fait appel à toute autre pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32.

5. L'interprétation d'un traité constitue une seule opération complexe, qui accorde l'attention qu'il convient aux divers moyens d'interprétation mentionnés, respectivement, aux articles 31 et 32.

Conclusion 3 [2]. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en vertu de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, en tant qu'ils constituent une preuve objective du sens attribué à un traité par les parties, sont des moyens d'interprétation authentiques dans l'application de la règle générale d'interprétation des traités reflétée à l'article 31.

Conclusion 4. Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure

1. Un «accord ultérieur» en tant que moyen d'interprétation authentique en vertu de l'article 31, paragraphe 3 *a*, est un accord au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application des dispositions de celui-ci, auquel sont parvenues les parties après la conclusion du traité.

2. Une «pratique ultérieure» en tant que moyen d'interprétation authentique en vertu de l'article 31, paragraphe 3 *b*, est constituée par toute conduite dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci, par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.

3. Toute autre «pratique ultérieure» en tant que moyen complémentaire d'interprétation en vertu de l'article 32 est constituée par toute conduite d'une ou plusieurs parties dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci.

Conclusion 5. L'attribution d'une pratique ultérieure

1. Une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peut être constituée par toute conduite dans l'application d'un traité qui est attribuable à une partie au traité en vertu du droit international.

2. Toute autre conduite, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Une telle conduite peut toutefois être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité.

Troisième partie

ASPECTS GÉNÉRAUX

Conclusion 6. Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure

1. L'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, exige, en particulier, de déterminer si les parties, par un accord ou une pratique, ont pris position au sujet de l'interprétation d'un traité. Tel n'est généralement pas le cas si les parties se sont simplement accordées sur la non-application temporaire du traité ou sur un arrangement pratique (*modus vivendi*).

2. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, peuvent revêtir diverses formes.

3. L'identification de la pratique ultérieure au sens de l'article 32 exige, en particulier, de déterminer si la conduite de l'une ou plusieurs des parties est suivie dans l'application du traité.

[392] Les numéros des projets de conclusion précédemment adoptés provisoirement par la Commission sont indiqués entre crochets.

Conclusion 7. Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation

1. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, contribuent, dans leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation, à préciser le sens d'un traité. Cela peut conduire à restreindre, à élargir ou à déterminer d'une quelconque autre manière la gamme des interprétations possibles, y compris la marge d'appréciation que le traité pourrait accorder aux parties.

2. La pratique ultérieure au sens de l'article 32 peut aussi contribuer à préciser le sens d'un traité.

3. Les parties à un traité, lorsqu'elles parviennent à un accord ultérieur ou suivent une pratique dans l'application du traité, sont présumées avoir l'intention d'interpréter le traité et non de l'amender ou de le modifier. La possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue. Le présent projet de conclusion est sans préjudice des règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités et du droit international coutumier relatives à l'amendement ou à la modification des traités.

Conclusion 8 [3]. L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peuvent aider à déterminer si l'intention présumée des parties lors de la conclusion du traité était ou non d'attribuer à un terme un sens susceptible d'évolution dans le temps.

Conclusion 9 [8]. Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation

1. Le poids d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure comme moyens d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3, dépend, entre autres, de leur clarté et de leur spécificité.

2. Le poids de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, dépend en outre de la mesure dans laquelle cette pratique est répétée et de la manière dont elle est répétée.

3. Le poids de la pratique ultérieure comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 peut dépendre des critères visés aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus.

Conclusion 10 [9]. Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité

1. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, suppose une communauté de vues au sujet de l'interprétation du traité connue des parties et acceptée par elles. Bien qu'il doive en être tenu compte, un tel accord n'a pas besoin d'être juridiquement contraignant.

2. Le nombre de parties qui doivent effectivement suivre la pratique ultérieure pour que soit établi un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, peut varier. Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction.

QUATRIÈME PARTIE

ASPECTS PARTICULIERS

Conclusion 11 [10]. Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties

1. Aux fins du présent projet de conclusions, une conférence des parties est une réunion d'États parties en application d'un traité aux fins de l'examen ou de l'application du traité, excepté si ces États agissent en tant que membres d'un organe d'une organisation internationale.

2. L'effet juridique d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties dépend essentiellement du traité et de tout règlement applicable. Selon les circonstances, une telle décision peut constituer, explicitement ou implicitement, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ou donner lieu à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, ou à une pratique ultérieure au sens de l'article 32. Les décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties offrent souvent une gamme non exhaustive de solutions pratiques pour l'application du traité.

3. Une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties constitue un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, dans la mesure où elle exprime un accord des parties sur le fond au sujet de l'interprétation du traité, indépendamment de la forme sous laquelle la décision a été adoptée et de la procédure suivie pour ce faire, y compris lorsque l'adoption s'est faite par consensus.

Conclusion 12 [11]. Actes constitutifs d'organisations internationales

1. Les articles 31 et 32 s'appliquent à un traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale. En conséquence, les accords et la pratique ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3, sont, et toute autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 peut être, un moyen d'interprétation d'un tel traité.

2. Les accords et la pratique ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3, ou toute autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 peuvent résulter de, ou être exprimés par, la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif.

3. La pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif peut contribuer à l'interprétation de cet acte, lors de l'application de l'article 31, paragraphe 1, et de l'article 32.

4. Les paragraphes 1 à 3 s'appliquent à l'interprétation de tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation.

Conclusion 13. Prononcés d'organes conventionnels d'experts

1. Aux fins du présent projet de conclusions, un organe conventionnel d'experts est un organe composé d'experts siégeant à titre individuel, qui est institué en vertu d'un traité et qui n'est pas un organe d'une organisation internationale.

2. La pertinence des prononcés d'un organe conventionnel d'experts aux fins de l'interprétation d'un traité dépend des règles applicables du traité.

3. Le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3, ou à une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32. Le silence d'une partie ne doit pas être présumé constituer une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, acceptant l'interprétation d'un traité contenue dans le prononcé d'un organe conventionnel d'experts.

4. Le présent projet de conclusion est sans préjudice de toute autre contribution que le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut apporter à l'interprétation d'un traité.

2. TEXTE DES PROJETS DE CONCLUSION ET DES COMMENTAIRES Y RELATIFS

76. Le texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission en première lecture est reproduit ci-après. Il s'agit d'une version consolidée comprenant l'ensemble des commentaires adoptés jusqu'à présent par la Commission, y compris les modifications et additions apportées aux commentaires adoptés précédemment et les commentaires adoptés à la soixante-huitième session de la Commission.

LES ACCORDS ET LA PRATIQUE ULTÉRIEURS DANS LE CONTEXTE DE L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

Première partie

INTRODUCTION

Conclusion 1. Introduction

Le présent projet de conclusions concerne le rôle des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.

Commentaire

1) Le présent projet de conclusions vise à expliquer le rôle joué par les accords et la pratique ultérieurs dans l'interprétation des traités. Il est fondé sur la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (Convention de Vienne de 1969). Il situe les accords et la pratique ultérieurs dans le cadre des règles de la Convention de Vienne relatives à l'interprétation, en recensant et en expliquant les éléments à prendre en considération et les exemples pertinents, et en traitant de certaines questions susceptibles de se poser lors de l'application de ces règles[393].

2) Le projet de conclusions n'envisage pas tous les cas dans lesquels les accords et la pratique ultérieurs peuvent jouer un rôle en matière d'interprétation des traités. Par exemple, il ne traite pas spécifiquement de la pertinence des accords et de la pratique ultérieurs dans l'interprétation des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales[394]. Le projet de conclusions ne traite pas non plus de l'interprétation des règles adoptées par une organisation internationale, de la détermination du droit international coutumier ou des principes généraux du droit. Cela est sans préjudice des autres moyens d'interprétation au sens de l'article 31, y compris du paragraphe 3 *c*, selon lequel il doit être tenu compte, dans l'interprétation d'un traité, de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

3) Le projet de conclusions vise à faciliter le travail de ceux qui sont appelés à interpréter des traités. Outre les juridictions internationales, il fournit des indications aux États, y compris à leurs tribunaux, et aux organisations internationales, ainsi qu'aux acteurs non étatiques et à tous ceux qui sont appelés à interpréter des traités.

Deuxième partie

RÈGLES ET DÉFINITIONS FONDAMENTALES

Conclusion 2 [1]. Règle générale et moyens d'interprétation des traités

1. Les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énoncent, respectivement, la règle générale d'interprétation et la règle relative aux moyens complémentaires d'interprétation. Ces règles sont également applicables à titre de droit international coutumier.

2. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

3. L'article 31, paragraphe 3, dispose notamment qu'il sera tenu compte, en même temps que du contexte, *a*) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; et *b*) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.

4. Il peut être fait appel à toute autre pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32.

5. L'interprétation d'un traité constitue une seule opération complexe, qui accorde l'attention qu'il convient aux divers moyens d'interprétation mentionnés, respectivement, aux articles 31 et 32.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 2 [1] envisage les accords et la pratique ultérieurs comme des moyens d'interprétation des traités dans le cadre des règles relatives à l'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Le titre, « Règle générale et moyens d'interprétation des traités », donne deux indications. Premièrement, l'article 31, dans son ensemble, est la « règle générale » d'interprétation des traités[395]. Deuxièmement, les articles 31 et 32 énumèrent tous deux un certain nombre de « moyens d'interprétation » qui doivent (art. 31) ou peuvent (art. 32) être pris en considération dans l'interprétation des traités[396].

Paragraphe 1, première phrase − le lien entre les articles 31 et 32

2) Le paragraphe 1 du projet de conclusion 2 [1] met l'accent sur le lien réciproque entre les articles 31 et 32 et sur le fait que ces dispositions, ensemble, reflètent le droit international coutumier. La référence aux articles 31 et 32 précise d'emblée le contexte général dans lequel les accords et la pratique ultérieurs sont traités dans le projet de conclusions.

3) Étant donné que l'article 31 énonce la règle générale et que l'article 32 traite des moyens complémentaires

[393] Comme c'est le cas pour tous les travaux de la Commission, les projets de conclusion doivent être lus conjointement avec les commentaires.

[394] Voir la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) [Vienne, 21 mars 1986, non encore entrée en vigueur] ; cela n'exclut pas l'utilisation dans les commentaires de certains éléments relatifs à ces traités mais qui sont aussi d'application générale.

[395] Titre de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969.

[396] Voir le premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/660) [note 386 *supra*], par. 8 ; voir également M. E. Villiger, « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 years after », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2009*, vol. 344, p. 9 à 133, aux pages 118, 119 et 126 à 128.

d'interprétation, ces deux règles[397] doivent être lues ensemble, car elles constituent un cadre intégré pour l'interprétation des traités. L'article 32 fixe le seuil entre les moyens principaux d'interprétation conformément à l'article 31[398], qui doivent tous être pris en compte dans le processus d'interprétation, et les « moyens complémentaires d'interprétation » auxquels il peut être fait appel pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, ou pour déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens du traité ou de ses termes ambigu ou obscur, ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Paragraphe 1, deuxième phrase − les règles de la Convention de Vienne relatives à l'interprétation des traités et le droit international coutumier

4) La deuxième phrase du paragraphe 1 du projet de conclusion 2 [1] confirme que les règles énoncées par les articles 31 et 32 reflètent le droit international coutumier[399]. Les cours et tribunaux internationaux ont reconnu le caractère coutumier de ces règles. Tel a été le cas, en particulier, de la Cour internationale de Justice[400], du Tribunal international du droit de la mer[401], d'instances arbitrales interétatiques[402], de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)[403], de la Cour européenne des droits de l'homme[404], de la Cour interaméricaine des droits de l'homme[405], de la Cour de justice de l'Union européenne[406] et de tribunaux établis par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)[407] conformément à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Par conséquent, les règles énoncées dans les articles 31 et 32 s'appliquent au titre du droit des traités en ce qui concerne les États qui sont parties à la Convention de Vienne de 1969 et les traités qui entrent dans le champ d'application de la Convention, et au titre du droit international coutumier entre tous les États.

5) La Commission a également envisagé de faire référence à l'article 33 de la Convention de Vienne de 1969 dans le projet de conclusion 2 [1] et a examiné la question de savoir si cette disposition reflétait aussi le droit international coutumier. L'article 33 peut être pertinent pour le projet de conclusions sur le sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des

---

[397] Sur le sens du terme « règle » dans le présent contexte, voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 237 à 240 (Commentaire, introduction) ; et R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 36 à 38.

[398] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 243, commentaire du projet d'article 28, par. 19 ; troisième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial, *Annuaire… 1964*, vol. II, document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 59 et 60, par. 21 ; M. K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976-III*, vol. 151, p. 1 à 114, à la page 78 ; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984, p. 141 et 142 ; et Villiger, « The 1969 Vienna Convention… » (voir *supra* la note 396), aux pages 127 et 128.

[399] Commentaire d'Y. Le Bouthillier sur l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969, dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1339 à 1368, aux pages 1343 à 1346, par. 4 à 8 ; P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public* (Nguyen Quoc Din), 8e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009, p. 285 et 286 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 13 à 20 ; et Villiger, « The 1969 Vienna Convention… » (voir *supra* la note 396), aux pages 132 et 133.

[400] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, à la page 46, par. 65 (Convention de Vienne de 1969, art. 31) ; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 213, à la page 237, par. 47 ; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 43, aux pages 109 et 110, par. 160 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, à la page 174, par. 94 ; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 12, à la page 48, par. 83 ; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 625, aux pages 645 et 646, par. 37 ; *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 466, à la page 501, par. 99 (Convention de Vienne de 1969, art. 31) ; *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 1045, à la page 1059, par. 18 (Convention de Vienne de 1969, art. 31) ; et *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1994*, p. 6, aux pages 21 et 22, par. 41 (Convention de Vienne de 1969, art. 31, sans mentionner expressément l'article 32 mais en faisant référence aux moyens complémentaires d'interprétation).

[401] *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1er février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, à la page 28, par. 57.

[402] *Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer (« Ijzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, sentence du tribunal arbitral du 24 mai 2005, dans *L'arbitrage du « Rhin de fer » (Belgique–Pays-Bas), sentence de 2005*, *Permanent Court of Arbitration Award Series*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2007, p. 195 et suiv., à la page 220, par. 45 (Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32).

[403] L'article 3, paragraphe 2, du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC dispose qu'« […] il a pour objet […] de clarifier les dispositions existantes [des] accords [couverts par l'OMC] conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public », mais ne renvoie pas expressément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Cependant, l'Organe d'appel a régulièrement reconnu que les articles 31 et 32 reflétaient des règles de droit international coutumier et a eu recours à leurs dispositions par référence à l'article 3, paragraphe 2, du Mémorandum. Voir, par exemple, OMC, *États-Unis − Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 20 mai 1996, sect. III.B (Convention de Vienne de 1969, art. 31, par. 1) ; et OMC, *Japon − Taxes sur les boissons alcooliques (Japon − Boissons alcooliques II)*, WT/DS8/AB/R-WT/DS10/AB/R-WT/DS11/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 1er novembre 1996, sect. D (Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32). Voir aussi G. Nolte, « Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: second report for the ILC Study Group on treaties over time », dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 210 à 306, à la page 215.

[404] *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A no 18, par. 29 ; *Witold Litwa c. Pologne*, no 26629/95, CEDH 2000-III, par. 58 (Convention de Vienne de 1969, art. 31) ; et *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], no 34503/97, CEDH 2008, par. 65 (implicitement, Convention de Vienne de 1969, art. 31 à 33).

[405] *L'effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 74 et 75)*, avis consultatif OC-2/82 du 24 septembre 1982, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série A no 2, par. 19 (implicitement, Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32) ; *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago*, arrêt (fond, réparations et dépens) du 21 juin 2002, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C no 94, par. 19 (Convention de Vienne de 1969, art. 31, par. 1).

[406] *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, arrêt du 25 février 2010, affaire C-386/08, *Recueil de la jurisprudence 2010*, p. I-01289, par. 41 à 43 (Convention de Vienne de 1969, art. 31).

[407] *National Grid plc v. The Argentine Republic*, décision du 20 juin 2006 sur la compétence [Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)], par. 51 (Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32) ; et *Canfor Corporation v. United States of America, and Tembec* et al. *v. United States of America, and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, ordonnance de jonction du 7 septembre 2005, par. 59 (Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32).

traités». Un «accord ultérieur» au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31, par exemple, pourrait être formulé dans deux langues ou plus, et il pourrait y avoir des questions concernant la relation de tout accord ultérieur avec les différentes versions linguistiques du traité lui-même. La Commission a néanmoins décidé de ne pas traiter ces questions.

6) La Commission a examiné en particulier la question de savoir si les règles énoncées à l'article 33 reflétaient le droit international coutumier. Certains membres ont estimé que toutes les règles de l'article 33 reflétaient le droit international coutumier, tandis que d'autres voulaient laisser ouverte la possibilité que certaines des règles énoncées dans cet article, mais pas toutes, aient ce caractère. Cette question n'est pas encore pleinement tranchée par la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux. La Cour internationale de Justice et l'Organe d'appel de l'OMC ont considéré que des parties de l'article 33 reflétaient des règles de droit international coutumier. Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a reconnu que le paragraphe 4 de l'article 33 reflétait le droit international coutumier[408]. Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, en revanche, il est plus difficile de dire si elle a estimé que le paragraphe 3 de l'article 33 reflétait le droit international coutumier[409]. L'Organe d'appel de l'OMC a affirmé que les règles énoncées aux paragraphes 3 et 4 reflétaient le droit coutumier[410]. Le Tribunal arbitral, dans l'*Affaire de l'emprunt Young*, a conclu que le paragraphe 1 «incorporait» un «principe»[411]. Le Tribunal international du droit de la mer et la Cour européenne des droits de l'homme sont allés plus loin et ont indiqué que l'article 33 dans son intégralité reflétait le droit coutumier[412]. On trouve donc dans la jurisprudence de nettes indications que l'article 33 dans son intégralité reflète effectivement le droit international coutumier.

[408] *LaGrand* (voir *supra* la note 400), p. 502, par. 101.

[409] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), à la page 1062, par. 25; la Cour n'a peut-être appliqué cette disposition que parce que les parties ne s'y étaient pas opposées.

[410] OMC, *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 17 février 2004, par. 59 (Convention de Vienne de 1969, art. 33, par. 3); OMC, *États-Unis – Subventions concernant le coton upland (États-Unis – Coton upland)*, WT/DS267/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 21 mars 2005, par. 424, dans lequel l'Organe d'appel a appliqué et mentionné expressément le paragraphe 3 de l'article 33 de la Convention de Vienne de 1969 sans évoquer son caractère coutumier; et OMC, *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles*, WT/DS207/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 23 octobre 2002, par. 271 (Convention de Vienne de 1969, art. 33, par. 4).

[411] *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2* e *de l'Annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part*, sentence du 16 mai 1980, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX (numéro de vente: E/F.90.V.7), p. 67 à 145, à la page 92, par. 17, ou *International Law Reports*, vol. 59, p. 494 à 590, à la page 528, par. 17.

[412] *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif du Tribunal international du droit de la mer (voir *supra* la note 401); *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (voir *supra* la note 404), par. 29; *Witold Litwa c. Pologne*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (voir *supra* la note 404), par. 59; et *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (voir *supra* la note 404), par. 65 (Convention de Vienne de 1969, art. 31 à 33).

Paragraphe 2 – l'article 31, paragraphe 1

7) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 2 [1] reprend le texte du paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, compte tenu de son importance pour le sujet. Le paragraphe 1 de l'article 31 est le point de départ de toute interprétation des traités conformément à la règle générale énoncée par l'article 31 dans son intégralité. L'objectif est de contribuer à assurer l'équilibre dans le processus d'interprétation entre l'évaluation des termes du traité dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'instrument, d'une part, et les considérations concernant les accords et la pratique ultérieurs dans les présents projets de conclusion, d'autre part. La réaffirmation du paragraphe 1 de l'article 31 sous forme de paragraphe distinct n'a cependant pas pour objet de laisser entendre que ce paragraphe et les moyens d'interprétation qui y sont mentionnés priment le fond dans le contexte de l'article 31. Tous les moyens d'interprétation mentionnés à l'article 31 font partie d'une règle unique et intégrée[413].

Paragraphe 3 – l'article 31, paragraphe 3

8) Le paragraphe 3 reprend les termes des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, afin d'inscrire les accords et la pratique ultérieurs, qui sont le thème principal du sujet, dans le cadre juridique général de l'interprétation des traités. En conséquence, le texte introductif du paragraphe 3 de l'article 31 – «[i]l sera tenu compte, en même temps que du contexte» – est conservé de façon à souligner que l'évaluation des moyens d'interprétation mentionnés aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 fait partie intégrante de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31[414].

Paragraphe 4 – les autres formes de pratique ultérieure au sens de l'article 32

9) Le paragraphe 4 précise que la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité qui ne satisfait pas à tous les critères du paragraphe 3 *b* de l'article 31 relève néanmoins de l'article 32. L'article 32 contient une liste non exhaustive de moyens complémentaires d'interprétation[415]. Le paragraphe 4 emprunte à l'article 32 les termes «[i]l peut être fait appel» afin de conserver la distinction entre le caractère obligatoire que revêt le fait de tenir compte des moyens d'interprétation qui sont mentionnés à l'article 31 et le caractère discrétionnaire du recours à des moyens complémentaires d'interprétation au sens de l'article 32.

10) En particulier, la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité, qui n'établit pas l'accord de toutes les parties au traité mais seulement celui d'une ou

[413] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 239, par. 8. Voir en détail *infra* le paragraphe 12 du commentaire relatif au paragraphe 5 du projet de conclusion 2 [1].

[414] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 239, par. 8; et G. Nolte, «Jurisprudence of the International Court of Justice and arbitral tribunals of ad hoc jurisdiction relating to subsequent agreements and subsequent practice: introductory report for the ILC Study Group on treaties over time», dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra* la note 403), p. 169 à 209, à la page 177.

[415] Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 79.

de plusieurs parties, peut être utilisée comme un moyen complémentaire d'interprétation. C'est ce qu'a déclaré la Commission[416] et ce qu'ont reconnu depuis des cours et tribunaux internationaux[417] et la doctrine[418] (voir plus en détail les paragraphes 23 à 37 du commentaire du projet de conclusion 4).

11) La Commission n'a cependant pas considéré qu'il convenait de traiter, dans le présent projet de conclusions, de la pratique ultérieurement suivie qui n'est pas « dans l'application du traité » en tant que moyen complémentaire d'interprétation. Cette pratique peut néanmoins, dans certaines circonstances, constituer aussi un moyen complémentaire d'interprétation pertinent[419]. Toutefois, elle n'entre pas dans le cadre de ce dont la Commission s'occupe actuellement dans le présent sujet, sauf dans la mesure où elle peut contribuer à « évaluer » la pratique pertinente ultérieurement suivie dans l'application d'un traité (voir *infra* le projet de conclusion 5 et le commentaire y relatif). En conséquence, le paragraphe 4 du projet de conclusion 2 [1] prévoit que toute pratique ultérieurement suivie doit être « dans l'application du traité », comme le fait le paragraphe 3 du projet de conclusion 4, qui définit toute « autre "pratique ultérieure" ».

Paragraphe 5 − « une seule opération complexe »

12) La Commission a estimé qu'il importait, pour conclure le projet de conclusion 2 [1], de souligner au paragraphe 5[420] que, nonobstant la structure du projet de conclusion 2 [1], qui va du général au particulier, le processus d'interprétation est « une seule opération complexe », qui prévoit que « l'attention qu'il convient » est accordée aux divers moyens d'interprétation[421]. L'expression « une seule opération complexe » est tirée du commentaire de la Commission relatif au projet d'articles sur le droit des traités de 1966[422]. Dans ce commentaire, la Commission a également indiqué qu'elle avait voulu « souligner que le processus d'interprétation constitue un tout[423] ».

13) Le paragraphe 5 du projet de conclusion 2 [1] explique également que l'attention qu'il convient doit être accordée, dans le cadre du processus d'interprétation considéré comme « une seule opération complexe », aux divers moyens d'interprétation qui sont mentionnés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. La Commission n'a cependant pas jugé nécessaire d'insérer une référence, sous forme d'exemple, à un ou à plusieurs moyens particuliers d'interprétation dans le texte du paragraphe 5 du projet de conclusion 2 [1][424]. Cela permet d'éviter tout malentendu éventuel quant au fait que l'un quelconque des différents moyens d'interprétation aurait la priorité sur les autres, quelle que soit la disposition particulière du traité ou l'affaire concernée.

14) L'expression « moyens d'interprétation » est employée au paragraphe 5. Elle couvre non seulement les « moyens complémentaires d'interprétation » qui sont visés à l'article 32, mais aussi les éléments mentionnés à l'article 31[425]. Alors que la Commission, dans son commentaire relatif au projet d'articles sur le droit des traités, a employé indifféremment les termes « moyens d'interprétation » et « éléments d'interprétation », aux fins du présent sujet, elle a retenu le terme « moyens d'interprétation » qui renvoie aussi à la fonction d'outil ou d'instrument que remplissent ces moyens dans le processus d'interprétation[426]. Le terme « moyens » ne distingue pas les uns des autres les différents éléments mentionnés dans les articles 31 et 32. Il indique plutôt

---

[416] *Annuaire… 1964*, vol. II, document A/5809, p. 215, commentaire du projet d'article 69, par. 13.

[417] *Île de Kasikili/Sedudu*, arrêt de la Cour internationale de Justice (voir *supra* la note 400), à la page 1096, par. 79 et 80 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310, par. 79 à 81 ; *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres*, arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (voir *supra* la note 405), par. 92 ; Tribunal international du droit de la mer, *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, *TIDM Recueil 1999*, p. 280, par. 50 ; et OMC, *Communautés européennes − Classement tarifaire de certains matériels informatiques (CE − Matériels informatiques)*, WT/DS62/AB/R-WT/DS67/AB/R-WT/DS68/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 22 juin 1998, par. 90 ; voir aussi OMC, *États-Unis − Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) (États-Unis − EPO)*, WT/DS384/AB/R-WT/DS386/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 23 juillet 2012, par. 452.

[418] Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 52 : « […] la Convention de Vienne ne retient pas comme élément de la règle générale d'interprétation la pratique ultérieure en général, mais une pratique ultérieure spécifique, à savoir *une pratique ultérieure non seulement concordante, mais également commune à toutes les parties*. […] *Ce qui reste de la pratique ultérieure peut être un moyen complémentaire d'interprétation, selon l'article 32 de la Convention de Vienne** » ; Sinclair (voir *supra* la note 398), à la page 138 : « […] le paragraphe 3 *b* de l'article 31 de la Convention [couvre] uniquement une forme particulière de pratique ultérieure − à savoir, *la pratique ultérieure concordante commune à toutes les parties. La pratique ultérieure qui n'entre pas dans cette définition étroite peut néanmoins être un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention** » ; S. Torres Bernárdez, « Interpretation of treaties by the International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the law of treaties », dans G. Hafner *et al.* (dir. publ.), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, in honour of his 80th birthday*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 721 à 748, à la page 726 ; et M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, p. 431 et 432.

[419] L. Boisson de Chazournes, « Subsequent practice, practices, and "family resemblance": towards embedding subsequent practice in its operative milieu », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra* la note 403), p. 53 à 68, aux pages 59 à 62.

[420] Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/660) [voir *supra* la note 386] ; et Nolte, « Jurisprudence of the International Court of Justice… » (voir *supra* la note 414), aux pages 171 et 177.

[421] Sur la fonction différente des accords et de la pratique ultérieurs par rapport aux autres moyens d'interprétation, voir le premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/660) [note 386 *supra*], par. 42 à 57 ; voir aussi Nolte, « Jurisprudence of the International Court of Justice… » (note 414 *supra*), à la page 183.

[422] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 239, par. 8.

[423] Ibid.

[424] Cela avait été proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport (A/CN.4/660) [voir *supra* la note 386], au paragraphe 28 : « Projet de conclusion 1 (Règle générale et moyens d'interprétation des traités) […] L'interprétation d'un traité dans un cas particulier peut conduire à privilégier l'un ou l'autre des moyens d'interprétation énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, notamment le texte du traité ou son objet et son but, en fonction du traité ou des dispositions conventionnelles en cause. » Voir aussi l'analyse figurant aux paragraphes 8 à 27 du même rapport.

[425] Voir aussi *supra* le commentaire du projet de conclusion 2 [1], paragraphe 1 ; Villiger, « The 1969 Vienna Convention… » (note 396 *supra*), à la page 129 ; et Daillier, Forteau et Pellet (note 399 *supra*), aux pages 284 à 289.

[426] Voir le compte rendu analytique de la 3172e séance, tenue le 31 mai 2013, *Annuaire… 2013*, vol. I, p. 48 à 52.

que ces moyens ont chacun une fonction dans le processus d'interprétation, qui est « unique » tout en étant aussi une opération « complexe »[427]. De même que les tribunaux commencent généralement leur raisonnement en examinant les termes du traité pour ensuite, dans un processus interactif[428], analyser ces termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'instrument[429], il faut d'abord analyser la pertinence exacte des différents moyens d'interprétation dans tous les cas d'interprétation des traités avant que ces moyens soient « jetés dans le creuset[430] » pour parvenir à une bonne interprétation, en accordant à chacun le poids qu'il convient par rapport aux autres.

15) L'obligation d'accorder « l'attention qu'il convient aux divers moyens d'interprétation » peut, lors de l'interprétation d'un traité dans un cas particulier, conduire à privilégier l'un ou l'autre des moyens d'interprétation en fonction du traité ou des dispositions conventionnelles en cause[431]. Cela ne veut pas dire qu'un tribunal ou un autre interprète est plus ou moins libre de choisir comment utiliser et appliquer les différents moyens d'interprétation. Ce qui guide l'interprétation est l'évaluation par l'interprète, qui consiste à apprécier la pertinence des différents moyens d'interprétation dans un cas particulier et à déterminer leur interaction avec les autres moyens d'interprétation dans ce cas, en leur accordant de bonne foi l'attention qu'il convient, comme le prévoit la règle qui doit être appliquée[432]. Cette évaluation devrait aussi, si cela est possible et réalisable, prendre en considération les évaluations faites et les décisions prises antérieurement dans le même domaine et, éventuellement, dans d'autres domaines appropriés[433].

16) La Commission a débattu la question de savoir s'il convenait de faire référence, dans le projet de conclusion 2 [1], à la « nature » du traité en tant que facteur qui serait généralement pertinent pour déterminer s'il faut accorder plus ou moins de poids à certains moyens d'interprétation[434]. Certains membres ont estimé que l'objet d'un traité (par exemple, si les dispositions portent sur des questions purement économiques ou plutôt sur les droits de l'homme des individus ; et si les règles d'un traité sont plutôt techniques ou plutôt axées sur les valeurs) ainsi que sa structure et sa fonction de base (par exemple, si les dispositions sont plutôt de nature réciproque ou plutôt destinées à protéger un bien commun) peuvent influer sur son interprétation. Ils ont fait valoir que la jurisprudence de différents cours et tribunaux internationaux porte à croire que tel est le cas[435]. Il a aussi été dit que la notion de « nature » d'un traité n'est pas étrangère à la Convention de Vienne de 1969 (voir, par exemple, le paragraphe 1 *b* de l'article 56)[436] et que la notion de « nature » du traité et/ou de ses dispositions figurait dans d'autres travaux de la Commission, en particulier ceux sur le sujet des effets des conflits armés sur les traités[437]. D'autres membres,

---

[427] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 239, par. 8.

[428] Ibid.

[429] Ibid., p. 238 et 239, par. 6. Voir aussi Yasseen (note 398 *supra*), à la page 58 ; Sinclair (note 398 *supra*), à la page 130 ; J. Klabbers, « Treaties, Object and Purpose », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (http://opil.ouplaw.com/home/epil), par. 7 ; Villiger, *Commentary…* (note 418 *supra*), p. 427, par. 11 ; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1988*, p. 69, à la page 89, par. 45 et 46 ; *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, décision du 30 juin 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (numéro de vente : E/F.80.V.7), p. 3, aux pages 32 et 33, par. 39.

[430] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 239, par. 8.

[431] Projet de conclusion 1, par. 2, tel que proposé dans le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/660) [voir *supra* la note 386], par. 28, et, de manière générale, par. 10 à 27.

[432] Les décisions des juridictions nationales ne sont pas uniformes pour ce qui est du poids relatif à accorder aux accords et à la pratique ultérieurs dans le processus d'interprétation d'un traité. Voir, au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Chambre des lords, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 18, par. 47 et 48 (Lord Steyn) ; et Chambre des lords, *Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation*, [2005] UKHL 72, par. 31 (Lord Steyn). Aux États-Unis, Cour suprême, *Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano*, 457 U.S. 176 (1982), p. 183 à 185 ; Cour suprême, *O'Connor v. United States*, 479 U.S. 27 (1986), p. 31 et 32 ; et Cour suprême, *United States v. Stuart*, 489 U.S. 353 (1989), lorsque dans son opinion dissidente, un juge (le juge Scalia) a reproché à la majorité de la Cour de se fonder sur « la pratique des signataires du traité » (p. 369), alors que, selon lui, elle n'a pas à être examinée lorsque, « les termes utilisés par le traité permettant de résoudre le problème posé, il n'y a pas lieu d'approfondir la question », à la page 371. En Suisse, Tribunal administratif fédéral, ATAF 2010/7, arrêt du 21 janvier 2010, Cour I, par. 3.7.11 ; et Tribunal fédéral, *A c. B*, ATF 130 III 430, arrêt 4C.140/2003 rendu en appel le 8 avril 2004, à la page 439.

[433] Le premier rapport (A/CN.4/660) [voir *supra* la note 386] renvoie à la jurisprudence de différents cours et tribunaux internationaux à titre d'exemples de la manière dont le poids accordé aux moyens dans un exercice d'interprétation doit être déterminé dans des cas particuliers et démontre comment des exemples donnés de la pratique et des accords ultérieurs ont contribué, ou non, à la détermination du sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité.

[434] Projet de conclusion 1, par. 2, tel que proposé dans le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/660) [voir *supra* la note 386], par. 28, et analyse aux paragraphes 8 à 27.

[435] Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC, par exemple, semblent mettre l'accent davantage sur les clauses de l'accord couvert par l'OMC (voir, par exemple, OMC, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs. Recours du Canada à l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS46/AB/RW, rapport de l'Organe d'appel adopté le 4 août 2000, par. 45), alors que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme soulignent le caractère de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) ou de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, respectivement, en tant que traité relatif aux droits de l'homme (voir, par exemple, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n^{os} 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I, par. 111 ; *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure judiciaire*, avis consultatif OC-16/99 du 1er octobre 1999, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série A n^{o} 16, par. 58) ; voir aussi *Annuaire… 2011*, vol. II (2^{e} partie), chap. XI, sect. B.3, p. 174 à 176 ; et Nolte, « Jurisprudence under special regimes… » (note 403 *supra*), aux pages 216, 244 à 246, 249 à 262 et 270 à 275.

[436] M. Forteau, « Les techniques interprétatives de la Cour internationale de Justice », *Revue générale de droit international public*, vol. 115, n^{o} 2 (2011), p. 399 à 416, aux pages 406, 407 et 416 ; et *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, opinion individuelle du juge Dillard, p. 150, à la page 154, note 1.

[437] Articles sur les effets des conflits armés sur les traités (art. 6 *a*), résolution 66/99 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011, annexe ; voir le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs dans l'*Annuaire… 2011*, vol. II (2^{e} partie), p. 108 et suiv., par. 100 et 101. Voir aussi le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, ibid, vol. II (2^{e} partie), p. 24 et suiv., par. 75 ; et ibid., vol. II (3^{e} partie) ; le texte des directives constituant le Guide est reproduit dans l'annexe de la résolution 68/111 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 2013 (la directive 4.2.5 fait référence à la nature des obligations prévues par le traité plutôt qu'à la nature du traité lui-même).

cependant, ont estimé que le projet de conclusion ne devait pas faire référence à la « nature » du traité afin de préserver l'unité du processus d'interprétation et d'éviter toute catégorisation des traités. On a également fait valoir que la notion de « nature du traité » n'était pas claire et qu'il serait difficile de la distinguer de l'objet et du but du traité[438]. La Commission a finalement décidé de laisser la question ouverte et de ne pas faire référence à la nature du traité pour le moment dans le projet de conclusion 2 [1].

Conclusion 3 [2]. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en vertu de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, en tant qu'ils constituent une preuve objective du sens attribué à un traité par les parties, sont des moyens d'interprétation authentiques dans l'application de la règle générale d'interprétation des traités reflétée à l'article 31.

Commentaire

1) En qualifiant de « moyens d'interprétation authentiques » les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, la Commission indique pourquoi ces moyens sont importants pour l'interprétation des traités[439]. Elle suit ainsi son commentaire du projet d'articles sur le droit des traités de 1966, dans lequel elle a décrit les accords et la pratique ultérieurs mentionnés aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 comme étant des « moyens d'interprétation authentiques », et a souligné ce qui suit :

> L'importance, en tant qu'élément d'interprétation, de cette pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité est manifeste car elle constitue une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité[440].

2) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 ne sont toutefois pas les seuls « moyens d'interprétation authentiques ». Ainsi que l'a expliqué la Commission,

> […] la Commission a abordé le problème de l'interprétation des traités en partant de l'idée que le texte du traité doit être présumé constituer l'expression authentique de l'intention des parties […], en faisant du sens ordinaire des termes, du contexte du traité, de son objet et de son but, des règles générales du droit international et de l'interprétation authentique par les parties les critères essentiels de l'interprétation d'un traité[441].

L'adjectif « authentique » renvoie donc à différentes formes de « preuve objective », ou de « preuve » de la conduite des parties témoignant de leurs « vues communes » sur le sens du traité.

3) En décrivant les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 comme des moyens d'interprétation « authentiques », la Commission reconnaît que la volonté commune des parties, dont découle tout traité, revêt une autorité particulière en ce qui concerne l'identification du sens du traité, même après la conclusion de celui-ci. La Convention de Vienne de 1969 confère ainsi aux parties à un traité un rôle qui pourrait être inhabituel s'agissant d'interpréter des instruments juridiques dans certains systèmes de droit interne.

4) La qualité de « moyens d'interprétation authentiques » des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 n'implique pas, cependant, que ces moyens soient nécessairement concluants, ou juridiquement contraignants. Après tout, selon le texte introductif du paragraphe 3 de l'article 31, il faut seulement « ten[ir] compte » des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans l'interprétation d'un traité, laquelle consiste en « une seule opération complexe », sans aucune hiérarchie entre les moyens d'interprétation énumérés à l'article 31[442]. Pour cette raison, et contrairement aux vues exprimées par certains commentateurs[443], les accords ultérieurs et la pratique ultérieure qui établissent l'accord des parties sur l'interprétation d'un traité ne sont pas nécessairement concluants, ou juridiquement contraignants[444]. Ainsi, lorsque la Commission

---

[438] D'après le commentaire relatif à la directive 4.2.5 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, il est difficile de distinguer entre la nature des obligations prévues par le traité et l'objet et le but du traité, *Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 285 (commentaire relatif à la directive 4.2.5, par. 3). Cela étant, le projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités fait état d'« une série de facteurs relatifs à la nature du traité, en particulier sa matière, son objet et son but, son contenu et le nombre de parties au traité », ibid., vol. II (2e partie), p. 114 (commentaire relatif au projet d'article 6, par. 3).

[439] Voir R. Jennings et A. Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, 9e éd., vol. I, Harlow, Longman, 1992, p. 1268, par. 630 ; G. Fitzmaurice, « The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: treaty interpretation and other treaty points », *British Year Book of International Law 1957*, vol. 33, p. 203 à 293, aux pages 223 à 225 ; et OMC, *États-Unis − Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte) (États-Unis − Aéronefs civils gros porteurs (2e plainte))*, WT/DS353/R, rapport du Groupe spécial adopté le 23 mars 2012, par. 7.953.

[440] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241, par. 15.

[441] *Annuaire… 1964*, vol. II, document A/5809, p. 216, par. 15 ; voir aussi ibid., p. 215, par. 13 : « Le paragraphe 3 énumère comme *autres** éléments authentiques d'interprétation : *a*) les accords intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation du traité, et *b*) toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi clairement l'accord de toutes les parties sur l'interprétation du traité » ; de son côté, Sir Humphrey Waldock a expliqué dans son troisième rapport sur le droit des traités que les travaux préparatoires n'étaient pas, en soi, des moyens authentiques d'interprétation, ibid., document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 59, par. 21.

[442] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 239 et 240, par. 8 et 9.

[443] M. E. Villiger, « The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The "crucible" intended by the International Law Commission », dans E. Cannizzaro (dir. publ.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 105 à 122, à la page 111 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 34 ; O. Dörr, « Article 31. General rule of interpretation », dans O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, Berlin, Springer, 2012, p. 521 à 570, aux pages 553 et 554, par. 72 à 75 ; et K. Skubiszewski, « Remarks on the interpretation of the United Nations Charter », dans R. Bernhardt *et al.* (dir. publ.) *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte − Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, Springer, 1983, p. 891 à 902, à la page 898.

[444] H. Fox, « Article 31 (3) (*a*) and (*b*) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case », dans M. Fitzmaurice, O. Elias et P. Merkouris (dir. publ.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2010, p. 59 à 74, aux pages 61 à 63 ; A. Chanaki, *L'adaptation des traités dans le temps*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 313 à 315 ; M. Benatar, « From probative value to authentic interpretation: the

(Suite de la note page suivante.)

a dit qu'un « accord ultérieur » constituait « une interprétation authentique des parties, qui [devait] être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation »[445], elle n'est pas allée jusqu'à dire que cette interprétation était nécessairement concluante au sens de l'emporter sur tous les autres moyens d'interprétation.

5) Cela n'exclut pas que les parties à un traité puissent, si elles le souhaitent, parvenir à un accord contraignant concernant l'interprétation du traité. Le Rapporteur spécial sur le droit des traités, Sir Humphrey Waldock, a fait observer dans son troisième rapport qu'il pouvait être difficile de faire une distinction entre la pratique ultérieure des parties telle qu'envisagée dans ce qui allait devenir les alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 − et dont il doit seulement être tenu compte, parmi d'autres moyens, dans le processus d'interprétation −, et un accord ultérieur que les parties considèrent comme contraignant :

> La pratique ultérieure, s'il s'agit d'une pratique constante et qui est le fait de toutes les parties, semble avoir une valeur décisive pour fixer le sens qu'il convient d'attacher au traité, *en tout cas** lorsqu'il en ressort que les parties considèrent l'interprétation qu'elle traduit comme s'imposant à elles avec force obligatoire. En pareil cas, le rôle de la pratique ultérieure en tant qu'élément d'interprétation des traités et son rôle en tant qu'élément de formation d'un accord tacite tendent à se recouvrir, et le sens des termes, tel qu'il ressort de la pratique, devient interprétation authentique consacrée par voie d'accord[446].

Si la position initiale de Sir Humphrey Waldock, selon laquelle une (simple) pratique ultérieure commune « semble avoir une valeur décisive pour fixer le sens », n'a finalement pas été retenue dans la Convention de Vienne de 1969, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure établissant l'accord des parties sur l'interprétation d'un traité doivent être concluants pour cette interprétation dès lors que les parties considèrent celle-ci « comme s'imposant à elles avec force obligatoire ». Il est toujours possible, cependant, que certaines dispositions du droit interne interdisent au gouvernement d'un État de parvenir ainsi à un accord contraignant sans satisfaire à certaines exigences − le plus souvent procédurales − découlant de sa Constitution[447].

6) La possibilité pour les parties de parvenir à un accord ultérieur contraignant concernant l'interprétation d'un traité est particulièrement évidente lorsque le traité la prévoit lui-même. Par exemple, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) dispose à son article 1131, paragraphe 2, qu'« [u]ne interprétation par la Commission [intergouvernementale] d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section ». L'existence d'une procédure spéciale de cette sorte ou d'un accord concernant une interprétation faisant autorité que les parties considèrent comme contraignante peut ou non exclure le recours supplémentaire aux accords ultérieurs ou à la pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 *a* et *b* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969[448].

7) La Commission a conservé l'expression « moyens d'interprétation authentiques » pour expliquer que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 ne sont pas nécessairement concluants, mais font plus ou moins autorité. Elle ne parle pas d'« interprétation authentique » ou d'« interprétation faisant autorité » dans le projet de conclusion 3 [2], car ces notions sont souvent comprises comme impliquant l'existence, entre les parties, d'un accord nécessairement concluant, ou contraignant, à l'égard de l'interprétation d'un traité[449].

8) Les juridictions nationales ont parfois expressément reconnu que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 constituaient d'« authentiques » moyens d'interprétation[450]. Elles n'ont toutefois pas toujours été du même avis quant aux conséquences juridiques de cette qualification. Si certains tribunaux ont supposé que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties en vertu du

---

(Suite de la note 444.)

legal effects of interpretative declarations », *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), p. 170 à 196, aux pages 194 et 195 ; prudemment : commentaire de J.-M. Sorel sur l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, dans Corten et Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne…* (voir *supra* la note 399), vol. II, p. 1289 à 1338, aux pages 1319 à 1321, par. 42 et 43 ; voir aussi G. Nolte, « Subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings: third report for the ILC Study Group on treaties over time », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 403 *supra*), p. 307 à 386, à la page 375.

[445] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241, par. 14.

[446] *Annuaire… 1964*, vol. II, document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 61, par. 25.

[447] Voir, par exemple, Cour fédérale des finances d'Allemagne, BFHE, vol. 181, p. 158, à la page 161 ; et ibid., vol. 219, p. 518 et suiv., aux pages 527 et 528.

[448] Cette question sera examinée plus en détail à un stade ultérieur des travaux sur le sujet. Voir également l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, de 1994, art. IX, par. 2 ; OMC, *Communautés européennes − Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés (CE − Morceaux de poulet)*, WT/DS269/AB/R et Corr. 1-WT/DS286/AB/R et Corr. 1, rapport de l'Organe d'appel adopté le 27 septembre 2005, par. 273 ; OMC, *Communautés européennes − Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, deuxième recours de l'Équateur à l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (CE – Bananes III (article 21.5 – Équateur II))*, WT/DS27/AB/RW2/ECU et Corr.1, rapport de l'Organe d'appel adopté le 11 décembre 2008, et *Communautés européennes − Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, recours des États-Unis à l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (CE – Bananes III (article 21.5 – États-Unis))*, WT/DS27/AB/RW/USA et Corr.1, rapport de l'Organe d'appel adopté le 22 décembre 2008, par. 383 et 390.

[449] Voir, par exemple, *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, arbitrage de la CNUDCI en application du chapitre 11 de l'ALENA, sentence finale du 3 août 2005 sur la compétence et sur le fond, partie II, chap. H, par. 23 (https://2009-2017.state.gov/documents/organization/51052.pdf) [renvoyant à Jennings et Watts, voir *supra* la note 439, p. 1268, par. 630] ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 34 ; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 153 ; Skubiszewski (voir *supra* la note 443), à la page 898 ; et G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973, p. 43 ; voir également Nolte, « Jurisprudence under special regimes… » (note 403 *supra*), à la page 240, par. 4.5.

[450] En Suisse, Tribunal fédéral, *A c. B*, arrêt rendu en appel le 8 avril 2004 (voir *supra* la note 432), à la page 439 [où le Tribunal parle des parties en tant que « maîtres du traité » (*Herren der Verträge*)] ; et Tribunal fédéral, ATF 130 II 524, arrêt 2C 743/2011 du 19 septembre 2012, aux pages 527 et 528. En Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, BVerfGE, vol. 90, p. 286, à la page 362. Voir aussi Cour suprême de l'Inde, *Godhra Electricity Co. Ltd. and Another v. The State of Gujarat and Another* [1975] AIR 32, disponible à l'adresse suivante : http://indiankanoon.org/doc/737188.

traité pouvaient produire certains effets contraignants[451], d'autres ont souligné à juste raison que le paragraphe 3 de l'article 31 exigeait seulement qu'il soit « tenu compte » des accords et de la pratique ultérieurs[452].

9) L'expression « moyens d'interprétation authentiques » recouvre un élément factuel et un élément juridique. L'élément factuel est exprimé par l'expression « preuve objective », alors que l'élément juridique est contenu dans la notion d'accord des parties. Ainsi, la Commission a dit qu'un « accord ultérieur » constituait « une interprétation authentique des parties, qui [devait] être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation »[453], puis que, « de façon analogue », la pratique ultérieure « constitu[ait] une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité »[454]. Un traité étant l'expression même de la volonté commune des parties qui l'ont conclu, la « preuve objective » de l'accord des parties revêt une autorité considérable comme moyen d'interprétation[455].

10) La distinction qui est faite entre « tout accord ultérieur » (art. 31, par. 3 *a*) et « toute pratique ultérieurement suivie […] par laquelle est établi l'accord des parties » (art. 31, par. 3 *b*) ne traduit pas une différence entre le caractère authentique de l'un et de l'autre[456]. La Commission considère plutôt qu'un « accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions » a pour effet *ipso facto* de constituer une interprétation authentique du traité, alors que la « pratique ultérieure » n'a cet effet que si elle « traduit les vues communes aux parties sur le sens des termes »[457]. Ainsi, la différence entre un « accord ultérieur intervenu entre les parties » et une « pratique ultérieurement suivie […] par laquelle est établi l'accord des parties » tient à la manière dont est établi l'accord entre les parties concernant l'interprétation du traité, et précisément au degré de facilité avec lequel un accord est établi[458].

11) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation authentiques ne doivent pas être confondus avec l'interprétation qui est faite des traités par les juridictions internationales ou les organes conventionnels d'experts dans des cas précis. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 sont des moyens d'interprétation « authentiques » parce qu'ils sont l'expression du sens attribué au traité par les parties elles-mêmes. L'autorité des juridictions internationales et des organes conventionnels d'experts découle plutôt d'autres sources, le plus souvent du traité à interpréter. Les arrêts et autres décisions des juridictions internationales et des organes conventionnels d'experts peuvent cependant avoir une pertinence indirecte pour l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques s'ils se réfèrent à ces accords ultérieurs et à cette pratique ultérieure, les reflètent ou s'en sont inspirés[459].

12) Les projets de conclusions 2 [1] et 4 font une distinction entre la « pratique ultérieure » par laquelle est établi l'accord des parties au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, et toute autre pratique ultérieure (au sens large) suivie par une ou plusieurs parties au traité − mais pas toutes − et qui peut être pertinente comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32[460]. Cette « autre » pratique ultérieure relative à l'interprétation qui n'établit pas un accord de toutes les parties ne peut constituer un moyen « authentique » d'interprétation du traité par toutes les parties et n'a donc pas le même poids aux fins de l'interprétation[461].

13) Il est dit clairement à la fin du projet de conclusion 3 [2] que c'est toujours dans le cadre de l'application de la règle générale d'interprétation des traités, telle qu'énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure seront considérés comme des moyens d'interprétation authentiques.

Conclusion 4. Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure

1. Un « accord ultérieur » en tant que moyen d'interprétation authentique en vertu de l'article 31, paragraphe 3 *a*, est un accord au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application des dispositions de celui-ci, auquel sont parvenues les parties après la conclusion du traité.

2. Une « pratique ultérieure » en tant que moyen d'interprétation authentique en vertu de l'article 31, paragraphe 3 *b*, est constituée par toute conduite dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci, par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.

3. Toute autre « pratique ultérieure » en tant que moyen complémentaire d'interprétation en vertu de l'article 32 est constituée par toute conduite d'une ou plusieurs parties dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci.

---

[451] Cour fédérale des finances d'Allemagne, BFHE, vol. 215, p. 237, à la page 241 ; et ibid., vol. 181, p. 158, à la page 161.

[452] Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, *Attorney-General v. Zaoui and Others (No. 2)*, [2005] 1 NZLR 690, par. 130 ; Cour d'appel final de la Région administrative spéciale de Hong Kong, *Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration* [1999] 1 HKLRD 315, 354 ; et Cour administrative d'Autriche, VwGH, arrêt du 30 mars 2006, 2002/15/0098, 2, 5.

[453] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241, par. 14.

[454] Ibid., par. 15.

[455] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 34, 414 et 415 ; et Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), aux pages 152 et 153.

[456] Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/660) [voir *supra* la note 386], par. 69.

[457] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 242, par. 15 ; voir aussi W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1983, p. 294.

[458] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), à la page 1087, par. 63 ; voir également *infra* le projet de conclusion 4 et le commentaire y relatif.

[459] Voir *infra* le projet de conclusion 12 [11] ; voir aussi Nolte, « Subsequent agreements and subsequent practice of States… » (note 444 *supra*), aux pages 381 et 382, par. 17.3.1.

[460] Voir notamment *infra* les paragraphes 23 à 37 du commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 3.

[461] Voir aussi *infra* le paragraphe 35 du commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 3.

Commentaire

Généralités

1) Le projet de conclusion 4 définit les trois différents moyens « ultérieurs » d'interprétation des traités qui sont mentionnés dans le projet de conclusion 2 [1], paragraphes 3 et 4, à savoir l'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, la « pratique ultérieurement suivie » (ou « pratique ultérieure ») au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, et toute autre « pratique ultérieurement suivie » (ou « pratique ultérieure ») relevant de l'article 32.

2) Dans les trois cas, le terme « ultérieur » (ou l'expression « ultérieurement suivie ») renvoie à des actes qui se produisent « après la conclusion du traité[462] ». Ce moment est souvent antérieur à celui où le traité entre en vigueur (art. 24). Plusieurs dispositions de la Convention de Vienne de 1969 (par exemple l'article 18) montrent qu'un traité peut être « conclu » avant son entrée en vigueur effective[463]. Aux fins du présent sujet, la « conclusion » intervient dès lors que le texte définitif du traité a été établi. C'est après la conclusion d'un traité, et non uniquement après son entrée en vigueur, que des accords et une pratique ultérieurs peuvent intervenir. En effet, on ne voit pas pour quelle raison un accord ou une pratique intervenant entre le moment où le texte définitif d'un traité est établi et l'entrée en vigueur de ce traité ne devraient pas être pertinents aux fins de l'interprétation[464].

3) L'article 31, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969 dispose que le « contexte » du traité comprend certains « accords » et « instruments »[465] intervenus ou établis « à l'occasion de la conclusion du traité ». L'expression « à l'occasion de la conclusion du traité » s'entend des accords et instruments qui sont intervenus ou ont été établis en étroite relation, temporelle et contextuelle, avec la conclusion du traité[466]. S'ils sont intervenus ou ont été établis après cette période, ces « accords » et « instruments » convenus constituent des « accords ultérieurs » ou de la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3[467].

Paragraphe 1 − définition de l'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a

4) Le paragraphe 1 du projet de conclusion 4 donne la définition de l'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*.

5) À l'article 31, paragraphe 3 *a*, le terme « accord ultérieur », et non « traité ultérieur », a été employé. Cela étant, un « accord ultérieur » n'est pas nécessairement moins solennel qu'un « traité ». Alors qu'un traité au sens de la Convention de Vienne de 1969 doit être conclu « par écrit » (art. 2, par. 1 *a*), le droit international coutumier relatif aux traités ne contient aucune prescription à ce sujet[468]. Le terme « accord » dans la Convention de Vienne de 1969[469] et dans le droit international coutumier ne suppose aucun degré particulier de solennité. L'article 39 de la Convention de Vienne de 1969, qui édicte la règle générale conformément à laquelle « [u]n traité peut être amendé par accord entre les parties », a été expliqué par la Commission comme signifiant qu'« [u]n accord portant amendement peut prendre toute forme que choisiront de lui donner les parties au premier traité[470] ». De la même manière, la Convention de Vienne de 1969 ne prévoit aucune condition de forme particulière pour les accords et la pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*[471].

6) S'il est vrai que tout traité est un accord, tous les accords ne sont pas des traités. En effet, un « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, est un élément dont il « sera » uniquement « tenu compte » aux fins de l'interprétation d'un traité. Par conséquent, cet accord

---

[462] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241, par. 14.

[463] Voir le deuxième rapport sur le droit des traités, de J. L. Brierly, Rapporteur spécial, *Yearbook of the International Law Commission 1951*, vol. II, document A/CN.4/43, p. 70 et suiv. ; voir également le premier rapport sur le droit des traités, de G. G. Fitzmaurice, Rapporteur spécial, *Annuaire… 1956*, vol. II, document A/CN.4/101, p. 106 et suiv., à la page 112 ; voir aussi S. Rosenne, « Treaties, conclusion and entry into force », dans R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, Amsterdam, North Holland, 2000, p. 465 (« au sens strict, c'est la négociation qui est conclue au moyen d'un traité ») ; et Villiger, *Commentary…* (note 418 *supra*), p. 78 à 80, par. 9 à 14.

[464] Voir, par exemple, la Déclaration sur le mécanisme européen de stabilité dont sont convenues les parties au Traité instituant le mécanisme européen de stabilité, le 27 septembre 2012.

[465] Voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241, par. 13 ; la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a jugé que ce terme pouvait s'entendre de déclarations unilatérales si l'autre partie ne s'y opposait pas, voir Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, BVerfGE, vol. 40, p.141, à la page 176. Voir, de manière générale, Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 240 à 242.

[466] Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 38 ; Jennings et Watts (dir. publ.) [voir *supra* la note 439], p. 1274, par. 632 (« […] mais, d'un autre côté, un laps de temps trop long entre le traité et l'accord supplémentaire pourrait empêcher celui-ci d'être considéré comme étant intervenu à l'occasion de "la conclusion du" traité »).

[467] Voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241, par. 14 ; voir aussi Villiger, *Commentary…* (note 418 *supra*), p. 431, par. 20 et 21 ; voir également K. J. Heller, « The uncertain legal status of the aggression understandings », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), p. 229 à 248, à la page 237.

[468] Villiger, *Commentary…* (voir *supra* la note 418), p. 80, par. 15 ; commentaire de P. Gautier sur l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969, dans Corten et Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne…* (voir *supra* la note 399), vol. I, p. 45 à 80, aux pages 53 à 56, par. 14 à 18 ; et J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 49 et 50 ; voir aussi A. Aust, « The theory and practice of informal international instruments », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, nº 4 (1986), p. 787 à 812, aux pages 794 et suiv.

[469] Voir les articles 2, paragraphe 1 *a* ; 3 ; 24, paragraphe 2 ; 39 à 41 ; 58 et 60.

[470] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 253 (paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 35) ; voir aussi Villiger, *Commentary…* (note 418 *supra*), p. 513, par. 7 ; et le commentaire de P. Sands sur l'article 39 de la Convention de Vienne de 1969, dans Corten et Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne…* (note 399 *supra*), vol. II, p. 1523 à 1544, aux pages 1536 à 1538, par. 31 à 34.

[471] Le paragraphe 3 *b* du projet d'article 27 de la Commission, qui allait devenir le paragraphe 3 *b* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, contenait dans sa version anglaise le terme *understanding*, auquel *agreement* a été substitué à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Cette modification « port[ait] uniquement sur des points de rédaction » ; voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.V.7), p. 184 ; Fox (voir *supra* la note 444), à la page 63.

n'a pas nécessairement un caractère contraignant. La question de savoir dans quelles circonstances un accord ultérieur entre les parties est contraignant, et dans quelles circonstances il n'est qu'un moyen d'interprétation parmi d'autres, est envisagée dans le projet de conclusion 10 [9].

7) La Convention de Vienne de 1969 fait une distinction entre un « accord ultérieur » en vertu de l'article 31, paragraphe 3 *a*, et « toute pratique ultérieurement suivie […] par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » en vertu de l'article 31, paragraphe 3 *b*. Cette distinction n'est pas toujours claire, et la jurisprudence des organes juridictionnels internationaux trahit quelque hésitation à la faire valoir. Dans l'affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, la Cour internationale de Justice a employé l'expression « attitudes […] adoptées par la suite » pour désigner à la fois ce qu'elle qualifie par la suite d'« accords ultérieurs » et d'« attitudes » unilatérales ultérieures[472]. Dans l'affaire concernant la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, elle ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si l'utilisation d'une carte particulière pouvait être considérée comme un accord ultérieur ou une pratique suivie ultérieurement[473]. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC n'ont pas toujours distingué nettement entre les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*[474].

8) En revanche, le Tribunal de l'ALENA, dans l'affaire *C.C.F.T. v. United States of America*[475], a traité plus explicitement de cette distinction. En l'espèce, les États-Unis d'Amérique soutenaient qu'un certain nombre de mesures unilatérales prises par les trois parties à l'ALENA pouvaient, si elles étaient prises ensemble, constituer un accord ultérieur[476]. Dans un premier temps, le Groupe spécial a estimé que les éléments de preuve ne permettaient pas d'établir l'existence d'un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*[477]. Dans un second temps, cependant, le Tribunal a conclu que ces mêmes éléments constituaient une pratique ultérieurement suivie pertinente qui établissait un accord entre les parties au sujet de l'interprétation :

> Reste à savoir s'il existe une « pratique ultérieurement suivie » par laquelle est établi l'accord des parties à l'ALENA sur cette question au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*. Le Tribunal conclut à l'existence d'une telle pratique. Si, de l'avis du Tribunal, les éléments de preuve versés au dossier ne permettent pas d'établir l'existence d'un « *accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions* », les preuves produites par le défendeur démontrent qu'il existe néanmoins une « *pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de [l'interprétation du traité]…* »[478]

9) Cette jurisprudence semble indiquer qu'une des différences entre l'« accord ultérieur » et la « pratique ultérieurement suivie » au sens de l'article 31, paragraphe 3, se trouve dans les diverses formes que peut prendre l'expression « authentique » de la volonté des parties. En effet, en faisant une distinction entre « tout accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, et « toute pratique ultérieurement suivie […] par laquelle est établi l'accord des parties » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, de la Convention de Vienne de 1969, la Commission n'avait pas entendu distinguer entre leurs effets juridiques possibles[479]. En réalité, la différence entre ces deux notions tient au fait qu'un « accord ultérieur intervenu entre les parties » a pour effet *ipso facto* de constituer un moyen d'interprétation authentique du traité, alors qu'une « pratique ultérieurement suivie » n'a cet effet que si ses différents éléments, pris ensemble, traduisent « les vues communes aux parties sur le sens des termes[480] ».

10) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3, sont donc distingués selon que l'on peut déceler l'accord des parties en tant que tel dans un acte commun ou qu'il est nécessaire de l'identifier en se fondant sur des actes individuels qui, pris ensemble, attestent une position commune. Un « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, doit donc être « conclu » et présuppose un acte unique commun des parties par lequel celles-ci manifestent leurs vues communes au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions.

---

[472] Voir *Différend territorial* (note 400 *supra*), aux pages 34 et suiv., par. 66 et suiv.

[473] *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (voir *supra* la note 400), à la page 656, par. 61 ; dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour parle de « positions adoptées ultérieurement » pour établir que « [l]es parties ont donc reconnu en pratique que les termes exprès du traité lui-même étaient négociables », *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 77, par. 138 ; voir aussi *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 6, à la page 16, par. 28 (« conduite ultérieure »).

[474] Voir « Lignes directrices pour l'établissement des listes » dans OMC, *Mexique − Mesures visant les services de télécommunication*, WT/DS204/R, rapport du Groupe spécial adopté le 1er juin 2004, et dans OMC, *États-Unis − Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R et Corr.1, rapport de l'Organe d'appel adopté le 20 avril 2005 ; pour l'interprétation de « Texte de conciliation de 1981 », dans OMC, *États-Unis − Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger »*, WT/DS108/R, rapport du Groupe spécial adopté le 20 mars 2000 ; de « Code SMC du Tokyo Round », dans OMC, *Brésil − Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/R, rapport du Groupe spécial adopté le 20 mars 1997 ; et de « dérogation », dans OMC, *CE − Bananes III (article 21.5 – Équateur II)/CE − Bananes III (article 21.5 – États-Unis)* [voir *supra* la note 448].

[475] *C.C.F.T. v. United States of America*, arbitrage aux termes du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, sentence sur la compétence du 28 janvier 2008 ; voir aussi *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal c. République argentine*, CIRDI, affaire nº ARB/97/3, décision du 3 octobre 2001 sur la demande de récusation du Président du Comité, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 327 à 339, à la page 334, ou *ICSID Review − Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, nº 1 (2002), p. 168 à 181, à la page 174, par. 12 ; et M. Fitzmaurice et P. Merkouris, « Canons of treaty interpretation: selected case studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement », dans Fitzmaurice, Elias et Merkouris (dir. publ.), *Treaty Interpretation…* (note 444 *supra*), p. 153 à 237, aux pages 217 à 233.

[476] *C.C.F.T. v. United States of America* (voir *supra* la note 475), par. 174 à 177.

[477] Ibid., par. 184 à 187.

[478] Ibid., par. 188, voir aussi par. 189 ; et, dans un sens analogue, *Aguas del Tunari S.A. c. République de Bolivie*, CIRDI, affaire nº ARB/02/3, décision du 21 octobre 2005 relative aux exceptions d'incompétence soulevées par le défendeur (traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et la Bolivie), *ICSID Review − Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, nº 2 (2005), p. 450 à 554, aux pages 528 et suiv., par. 251 et suiv. Concernant l'Accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République de Bolivie, fait à La Paz le 10 mars 1992, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2239, nº 39849, p. 505.

[479] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241 et 242, par. 15.

[480] Ibid. ; voir aussi Karl (note 457 *supra*), p. 294.

11) La « pratique ultérieurement suivie » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, quant à elle, regroupe toutes les (autres) formes pertinentes de conduite ultérieure des parties à un traité qui concourent à la manifestation d'un accord, ou *understanding*[481], des parties au sujet de l'interprétation du traité. Il arrive cependant que la « pratique » et l'« accord » coïncident dans des cas particuliers et ne puissent pas être distingués. C'est pourquoi l'expression « pratique ultérieurement suivie » est parfois employée dans un sens plus général qui englobe les deux moyens d'interprétation mentionnés à l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*[482].

12) Un groupe d'accords ultérieurs distincts, intervenus chacun entre un nombre limité de parties, mais qui, pris ensemble, établissent un accord entre toutes les parties à un traité au sujet de l'interprétation du traité, n'est pas normalement « un » accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*. Le terme « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, devrait, par souci de clarté, être réservé à un accord unique intervenu entre toutes les parties. Différents accords ultérieurs entre un nombre limité de parties qui, pris ensemble, établissent un accord entre toutes les parties au sujet de l'interprétation d'un traité constituent une pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*. Différents accords ultérieurs entre un nombre limité de parties qui, même pris ensemble, n'établissent pas un accord entre toutes les parties au sujet de l'interprétation d'un traité peuvent avoir valeur interprétative en tant que moyens complémentaires d'interprétation au sens de l'article 32 (voir *infra* les paragraphes 23 et 24). En conséquence, l'emploi de l'expression « accord ultérieur » est réservé aux accords entre toutes les parties à un traité qui se manifestent par un accord unique − ou par un acte commun sous quelque forme que ce soit qui reflète l'accord de toutes les parties[483].

13) Un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, doit être un accord « au sujet de » l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions. Les parties doivent donc viser, éventuellement entre autres objectifs, à clarifier le sens d'un traité ou la façon dont il doit être appliqué[484].

14) Le fait qu'un accord soit ou non « au sujet de » l'interprétation ou de l'application d'un traité peut parfois être déterminé par une référence qui lie l'« accord ultérieur » au traité en question. Cette référence peut aussi figurer dans un traité ultérieur. Dans l'affaire *Jan Mayen* opposant le Danemark et la Norvège, par exemple, la Cour internationale de Justice semble avoir accepté qu'un « traité signé par la suite » par les parties « dans le même domaine » puisse être utilisé aux fins de l'interprétation d'un traité antérieur. En l'espèce, toutefois, la Cour a finalement refusé de retenir à ces fins le traité signé par la suite parce qu'il ne « contenait aucune mention » du traité précédent[485]. Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* opposant le Costa Rica et le Nicaragua, le juge ad hoc Guillaume a fait référence à la pratique effective du tourisme sur le fleuve San Juan conformément à un mémorandum d'accord entre les deux États[486]. Rien n'indique clairement, cependant, si l'intention des parties était que ce mémorandum d'accord particulier constitue une interprétation du traité de délimitation à l'examen.

15) La Cour d'appel final de Hong Kong (Chine) a suivi une approche assez stricte lorsqu'elle a été amenée à interpréter la Déclaration commune sino-britannique dans le cadre de l'affaire *Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration*[487], dans laquelle une partie soutenait que le groupe de liaison sino-britannique, créé en application de l'article 5 de la Déclaration et composé de représentants de la Chine et du Royaume-Uni, était parvenu à un accord concernant l'interprétation de la Déclaration. À titre de preuve, la partie en question mettait en avant une brochure dans laquelle on pouvait lire que celle-ci avait été élaborée « sur la base de la réglementation et de la pratique existantes en matière d'immigration et de l'avis commun des membres britanniques et chinois du [groupe de liaison] ». La Cour n'a toutefois pas estimé que l'objectif de la brochure était d'« interpréter ou d'appliquer » la Déclaration au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31[488].

Paragraphe 2 − définition de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b

16) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 4 ne vise pas à donner une définition générale de toute forme de pratique ultérieure susceptible d'être pertinente aux fins de l'interprétation des traités. Le paragraphe 2 se limite à la pratique ultérieure en tant que moyen d'interprétation authentique, par laquelle est établi l'accord de toutes les parties au traité, comme indiqué à l'article 31, paragraphe 3 *b*. Cette pratique ultérieure (au sens étroit) se distingue de l'autre « pratique ultérieure » ou pratique ultérieurement suivie (au sens large) d'une ou de plusieurs parties, par laquelle l'accord des parties n'est pas établi, mais qui peut néanmoins être pertinente en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969[489].

---

[481] Le terme *understanding* avait été employé par la Commission dans la version anglaise du paragraphe 3 *b* du projet d'article 27 sur le droit des traités (voir *supra* la note 471).

[482] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 113, aux pages 127 et 128, par. 53 : dans cette affaire, même un accord verbal ultérieur explicite avait été qualifié par l'une des parties de « pratique ultérieure ».

[483] Voir OMC, *États-Unis − Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 13 juin 2012, par. 371. Un acte commun peut consister en un échange de lettres.

[484] Ibid., par. 366 à 378, en particulier le paragraphe 372 ; et Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), aux pages 164 et suiv.

[485] *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 38, à la page 51, par. 28.

[486] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), déclaration du juge ad hoc Guillaume, p. 290, aux pages 298 et 299, par. 16.

[487] Voir *Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration* (note 452 *supra*). Concernant le texte de la Déclaration conjointe du Gouvernement de la République populaire de Chine et du Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord sur la question de Hong Kong, faite à Beijing le 19 décembre 1984, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1399, nº 23391, p. 33.

[488] *Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration* (voir *supra* la note 452), par. 150, 152 et 153.

[489] Sur la distinction entre les deux formes de pratique ultérieure, voir *infra* les paragraphes 23 et 24 du présent commentaire.

17) La pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, peut consister en un « comportement ». Le terme « comportement » est employé au sens de l'article 2 des articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[490]. Il peut donc s'agir non seulement d'actions mais aussi d'omissions, y compris un silence pertinent, qui contribuent à établir l'accord[491]. La question de savoir dans quelles circonstances des omissions, ou le silence, peuvent contribuer à établir l'accord de toutes les parties au sujet de l'interprétation d'un traité est envisagée dans le projet de conclusion 10 [9], paragraphe 2.

18) La pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, doit être un comportement « dans l'application du traité ». Elle comprend non seulement les actes officiels accomplis au niveau international ou au niveau national en vue d'appliquer le traité, notamment pour en assurer le respect ou s'acquitter des obligations conventionnelles, mais aussi, entre autres, des déclarations officielles concernant l'interprétation du traité, comme les déclarations faites à une conférence diplomatique ou dans le cadre d'un différend d'ordre juridique, des décisions de juridictions nationales, les communications officielles auxquelles le traité donne lieu, ou l'adoption d'une législation nationale ou la conclusion d'accords internationaux aux fins de la mise en œuvre d'un traité avant même qu'un acte d'application particulier se produise au niveau national ou au niveau international.

19) On se souviendra qu'à une occasion, un groupe spécial de l'ALENA a rejeté l'idée que la législation interne puisse être utilisée comme un guide pour l'interprétation des traités :

> Enfin, comme les deux Parties contestantes ont fait mention de leurs législations respectives concernant les transports terrestres, le Groupe spécial juge nécessaire de rappeler le principe énoncé à l'article 27 de la Convention de Vienne, selon lequel « [u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». Cette disposition prescrit au Groupe spécial d'examiner, non pas les lois nationales, mais le droit international applicable. Par conséquent, il ne devrait être fait appel ni au droit interne des États-Unis ni aux lois mexicaines pour interpréter l'ALENA. Recourir au droit interne aux fins de l'interprétation reviendrait à appliquer un cadre juridique impropre à ces fins[492].

Si la règle posée à l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 est assurément valide et importante, elle ne signifie pas que la législation nationale ne puisse être prise en compte comme élément de la pratique ultérieurement suivie par l'État dans l'application du traité. Il y a une différence entre le fait d'invoquer le droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité et le fait de se référer au droit interne pour interpréter les dispositions d'un traité. Les organes juridictionnels internationaux, en particulier l'Organe d'appel de l'OMC et la Cour européenne des droits de l'homme, l'ont d'ailleurs reconnu et établissent régulièrement une distinction entre, d'une part, les dispositions législatives nationales (et autres mesures d'application prises à l'échelle nationale) qui sont contraires aux obligations découlant du traité et, d'autre part, les textes et autres mesures adoptés au plan national qui peuvent servir de moyens d'interprétation du traité[493]. Il convient de noter, toutefois, qu'un élément de bonne foi est implicitement associé à toute « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité ». À la différence d'une application de bonne foi (même erronée), une application fautive manifeste du traité ne constitue donc pas une « application du traité » au sens des articles 31 et 32.

20) En vertu de l'article 31, paragraphe 3 *b*, la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité doit être suivie « à l'égard de l'interprétation du traité » ; cette disposition revêt le même sens que l'exigence parallèle énoncée à l'article 31, paragraphe 3 *a* (voir *supra* les paragraphes 13 et 14). Il est souvent difficile de distinguer la pratique ultérieurement suivie qui concerne spécifiquement et délibérément un traité, c'est-à-dire « à l'égard de l'interprétation du traité », de toute autre pratique suivie « dans l'application du traité ». La distinction est toutefois importante, étant donné que seule la conduite adoptée par les parties « à l'égard de l'interprétation du traité » peut contribuer à une interprétation « authentique » ; pareille exigence n'existe d'ailleurs pour aucune autre pratique ultérieure en vertu de l'article 32.

21) La question de savoir dans quelles circonstances un « accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » est établi est envisagée dans le projet de conclusion 10 [9].

22) L'article 31, paragraphe 3 *b*, n'exige pas expressément que la pratique soit la conduite des parties au traité elles-mêmes. Toutefois, ce sont les parties elles-mêmes qui, agissant par l'intermédiaire de leurs organes[494], ou

---

[490] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 35 et suiv., par. 2 à 4 du commentaire.

[491] Voir le troisième rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial, *Annuaire… 1964*, vol. II, document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 63 et 64, par. 32 et 33 ; voir également *Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt du 15 juin 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 6, à la page 23 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 392, à la page 410, par. 39 ; et *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, décision du 18 février 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI (numéro de vente : E/F.95.V.2), p. 53, aux pages 185 à 187, par. 168 et 169.

[492] ALENA, Groupe spécial arbitral institué conformément au chapitre 20, *Services transfrontières de camionnage (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, nº USA-MEX-98-2008-01, rapport final adopté le 6 février 2001, par. 224 (notes de bas de page omises).

[493] Par exemple, OMC, *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, rapport du Groupe spécial adopté le 27 juillet 2000, par. 6.55 ; OMC, *États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro (États-Unis – Maintien de la réduction à zéro)*, WT/DS350/R, rapport du Groupe spécial adopté le 19 février 2009 (modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS350/AB/R), par. 7.173 ; OMC, *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS379/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 25 mars 2011, par. 335 et 336 ; *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, CIRDI, affaire nº ARB/01/8, décision du 17 juillet 2003 sur les exceptions d'incompétence (traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et l'Argentine), dans E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 793 à 814, aux pages 799 et 800, par. 47 (le Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République argentine relatif à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements, fait à Washington le 14 novembre 1991, est disponible sur le site Web https://investmentpolicy.unctad.org, section « International Investment Agreements Navigator ») ; *V. c. Royaume-Uni* [GC], nº 24888/94, CEDH 1999-IX, par. 73 ; *Kart c. Turquie* [GC], nº 8917/05, CEDH 2009 (extraits), par. 54 ; et Cour européenne des droits de l'homme, *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, série A nº 264, par. 35.

[494] Karl (voir *supra* la note 457), p. 115 et suiv.

par la voie d'une conduite qui peut leur être attribuée, sont à l'origine de la pratique suivie dans l'application du traité par laquelle peut être établi leur accord. La question de savoir si d'autres acteurs peuvent établir une pratique ultérieure pertinente est abordée dans le projet de conclusion 5[495].

Paragraphe 3 − « toute autre » pratique ultérieure

23) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 4 porte sur « toute autre » pratique ultérieure, c'est-à-dire toute pratique autre que celle dont il est question à l'article 31, paragraphe 3 *b*. Il s'agit de la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 », comme indiqué au paragraphe 4 du projet de conclusion 2 [1]. Cette forme de pratique ultérieure, qui n'exige pas l'accord de toutes les parties, a été initialement mentionnée par la Commission dans son commentaire en ces termes :

> Mais, en général, la pratique d'une seule partie ou de certaines parties seulement se situe, en tant qu'élément d'interprétation, sur un plan entièrement différent de la pratique concordante de toutes les parties indiquant leurs vues communes sur le sens d'un traité. La pratique ultérieure concordante de toutes les parties prouve l'accord de celles-ci concernant l'interprétation du traité et est analogue à un accord interprétatif. C'est la raison pour laquelle la Commission a jugé que la pratique ultérieure établissant les vues communes de toutes les parties sur l'interprétation d'un traité devait être mentionnée au paragraphe 3 [de ce qui est devenu par la suite l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969] comme constituant un moyen authentique d'interprétation au même titre que les accords interprétatifs. En revanche, la pratique suivie par des États particuliers dans l'application d'un traité ne peut être considérée que comme l'un des « autres » moyens d'interprétation mentionnés à l'article 70[496].

24) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 4 ne prévoit pas, à la différence de l'article 31, paragraphe 3 *b*, que la pratique pertinente doit être suivie « à l'égard de l'interprétation du traité ». Par conséquent, en vertu de ce paragraphe, toute pratique suivie dans l'application du traité qui pourrait fournir des indications sur la manière dont le traité devrait être interprété pourrait constituer un moyen complémentaire d'interprétation pertinent au sens de l'article 32.

25) Depuis l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, cette « autre » pratique ultérieure est reconnue et utilisée par les tribunaux internationaux et d'autres organes juridictionnels en tant que moyen d'interprétation (voir *infra* les paragraphes 26 à 34). Il convient toutefois de noter que l'Organe d'appel de l'OMC, dans l'affaire *Japon − Boissons alcooliques II*[497], a formulé une définition de la pratique ultérieure aux fins de l'interprétation du traité qui laisse entendre que seule la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » peut être utile aux fins de l'interprétation du traité, contrairement à toute autre forme de pratique ultérieure d'une ou de plusieurs parties :

> […] [U]ne pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations « concordants, communs et d'une certaine constance », suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité[498].

Toutefois, il ressort de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres cours ou tribunaux internationaux, et même de celle de l'Organe de règlement des différends de l'OMC lui-même (voir *infra* les paragraphes 33 et 34), que la pratique ultérieure qui satisfait à toutes les conditions prévues à l'article 31, paragraphe 3 *b*, de la Convention de Vienne de 1969 n'est pas la seule forme de pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application d'un traité qui puisse être utile aux fins de l'interprétation du traité.

26) Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, par exemple, la Cour internationale de Justice a estimé que le rapport technique d'un expert qui avait été commandé par l'une des parties et qui avait « toujours conservé un caractère interne »[499], s'il ne pouvait être considéré comme constitutif d'une pratique ultérieurement suivie par laquelle était établi l'accord des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, « n'en étay[ait] pas moins les conclusions » auxquelles elle était parvenue par d'autres moyens d'interprétation[500].

27) Les tribunaux du CIRDI ont eux aussi utilisé la pratique ultérieure des États comme un moyen d'interprétation au sens large[501]. Par exemple, examinant la question de savoir si les actionnaires minoritaires pouvaient accéder aux droits découlant des traités de protection de l'investissement et avaient qualité pour participer aux procédures du CIRDI, le tribunal, en l'affaire *CMS Gas c. Argentine*, a déclaré ce qui suit :

> La pratique des États va également dans le sens de cette évolution. […] Les actionnaires minoritaires et non titulaires du contrôle ont ainsi été inclus dans le champ de la protection ou déclarés recevables à former des demandes pour leur propre compte. La pratique contemporaine concernant les accords forfaitaires […] démontr[e], entre autres exemples, une flexibilité croissante dans le traitement des réclamations internationales[502].

28) La Cour européenne des droits de l'homme a indiqué, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, que sa manière de voir se trouvait « confirmée par la pratique ultérieurement suivie par les Parties contractantes[503] », c'est-à-dire par « la preuve d'une pratique dénotant un assentiment quasi universel entre les Parties contractantes : les articles 25 et 46 […] de la Convention [européenne des droits de l'homme] ne permettent pas des restrictions territoriales ou portant sur le contenu[504] ». Plus souvent, la Cour euro-

---

[495] Voir le projet de conclusion 5, paragraphe 2.

[496] *Annuaire… 1964*, vol. II, document A/5809, p. 215, par. 13 ; voir aussi *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241 et 242, par. 15.

[497] OMC, *Japon − Boissons alcooliques II* (voir *supra* la note 403), et WT/DS8/R-WT/DS10/R-WT/DS11/R, rapport du Groupe spécial adopté le 1er novembre 1996.

[498] Ibid. (rapport de l'Organe d'appel de l'OMC), sect. E, p. 16.

[499] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), à la page 1078, par. 55.

[500] Ibid., à la page 1096, par. 80.

[501] Voir O. K. Fauchald, « The legal reasoning of ICSID Tribunals − An empirical analysis », *The European Journal of International Law*, vol. 19, no 2 (2008), p. 301 à 364, à la page 345.

[502] *CMS Gas Transmission Company c. République argentine* (voir *supra* la note 493), par. 47.

[503] *Loizidou c. Turquie* (voir *supra* la note 417), par. 79.

[504] Ibid., par. 80 ; il convient de noter que la Cour a jugé « cette pratique […] des États » « uniforme et cohérente » bien qu'elle ait reconnu que deux États pouvaient éventuellement faire exception à la règle (Chypre et le Royaume-Uni ; « [q]uel qu'en soit le sens »), par. 80 et 82.

péenne des droits de l'homme s'est fondée sur la pratique ultérieure, pas nécessairement uniforme, des États et s'est à cet égard référée à la législation et à la pratique administrative nationales en tant que moyen d'interprétation. Dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*, par exemple, elle a estimé que «[q]uant à la pratique des États européens, on [pouvait] observer que, dans une grande majorité de ceux-ci, le droit pour les fonctionnaires de mener des négociations collectives avec les administrations [avait] été reconnu[505]» et que «les exceptions existantes ne pouv[aient] être justifiées que par des circonstances particulières[506]».

29) La Cour interaméricaine des droits de l'homme, lorsqu'elle tient compte de la pratique ultérieure des parties, ne considère pas seulement les cas dans lesquels la pratique établit l'accord des parties. Ainsi, en l'affaire *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago*, elle a estimé que l'imposition automatique de la peine de mort pour toute forme de comportement ayant entraîné la mort d'une autre personne était incompatible avec l'article 4, paragraphe 2, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (qui limite l'application de la peine de mort aux crimes les plus graves). À l'appui de cette interprétation, la Cour a indiqué qu'il était «utile de considérer des exemples à cet égard, tirés de la législation des pays américains qui appliquent encore la peine de mort[507]».

30) Le Comité des droits de l'homme, créé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, est sensible aux arguments fondés sur la pratique ultérieure au sens large lorsqu'il s'agit d'examiner la justification d'atteintes aux droits énoncés dans le Pacte[508]. Interprétant les termes assez généraux de l'article 19, paragraphe 3, du Pacte (restrictions licites à la liberté d'expression), le Comité a observé qu'on pouvait «trouver des restrictions similaires dans de nombreuses juridictions[509]», et conclu que l'objectif poursuivi par la loi contestée ne sortait pas, en tant que tel, du cadre des buts envisagés à l'article 19, paragraphe 3, du Pacte[510].

31) Le Tribunal international du droit de la mer s'est quelquefois référé à la pratique ultérieure des parties, sans toutefois chercher à préciser si un accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité était effectivement établi par celle-ci. Dans l'affaire du *Navire «SAIGA» (n° 2)*[511], par exemple, il a examiné la pratique des États pour ce qui est du recours à la force pour stopper un navire en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer[512]. En se fondant sur la «pratique normale à laquelle il est fait recours pour stopper un navire», le Tribunal n'a pas précisé quelles étaient les pratiques respectives des États, mais a supposé qu'il existait une certaine norme générale[513].

32) Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, se référant à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, a noté ce qui suit dans le jugement *Jelisić*:

> La Chambre […] interprète les termes [de la Convention] conformément aux règles générales d'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. […] La Chambre a tenu par ailleurs compte de la pratique ultérieure à laquelle la Convention a donné lieu. Une importance particulière a été accordée aux jugements rendus par le Tribunal pour le Rwanda […]. La pratique des États, notamment par l'intermédiaire de leurs juridictions internes, ainsi que les travaux effectués en ce domaine par les instances internationales, ont aussi été pris en compte[514].

33) Les organes de règlement des différends de l'OMC établissent parfois, eux aussi, une distinction entre la «pratique ultérieure» qui satisfait à toutes les conditions prévues à l'article 31, paragraphe 3 *b*, et les autres formes de pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité, dont ils reconnaissent aussi la pertinence aux fins de l'interprétation du traité. Dans l'affaire *États-Unis − Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*[515] (non portée en appel), par exemple, le Groupe spécial devait se prononcer sur l'applicabilité d'une «doctrine des exceptions mineures» concernant le paiement des droits d'auteur[516]. Ayant trouvé des preuves de l'existence d'une telle doctrine dans la législation nationale de plusieurs États membres, le Groupe spécial a noté ce qui suit:

> [N]ous rappelons que l'article 31 3 de la Convention de Vienne dispose qu'aux fins de l'interprétation il sera tenu compte en même temps que du contexte *a*) de tout accord ultérieur et *b*) de toute pratique ultérieure ou *c*) de toute règle pertinente de droit international applicable entre les parties. Nous notons que les parties et les tierces parties ont porté à notre attention plusieurs exemples de limitations inscrites dans les législations nationales de divers pays sur la base de la doctrine des exceptions mineures. À notre avis, la pratique des États telle qu'elle transparaît dans les législations nationales relatives au droit d'auteur des membres de l'Union de Berne avant et après 1948, 1967 et 1971, ainsi que des membres de l'OMC avant et après la date à laquelle l'Accord sur les [aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce] est devenu applicable pour eux, confirme notre conclusion relative à la doctrine des exceptions mineures[517].

---

[505] *Demir et Baykara c. Turquie* [GC] (voir *supra* la note 404), par. 52.

[506] Ibid., par. 151; également *Jorgic c. Allemagne*, n° 74613/01, CEDH 2007-III, par. 69.

[507] *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres* (voir *supra* la note 405), opinion individuelle concordante du juge Sergio García Ramírez, par. 12.

[508] *Jong-Cheol c. République de Corée*, communication n° 968/2001, constatations adoptées le 27 juillet 2005, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 40* [A/60/40 (Vol. II)], annexe V, G.

[509] Ibid., par. 8.3.

[510] Ibid.; voir aussi *Yoon et Choi c. République de Corée*, communications n^{os} 1321/2004 et 1322/2004, constatations adoptées le 3 novembre 2006, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 40* [A/62/40 (Vol. II)], annexe VII, V, par. 8.4.

[511] *Navire «SAIGA» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt, *TIDM Recueil 1999*, p. 10, aux pages 61 et 62, par. 155 et 156.

[512] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 293.

[513] *Navire «SAIGA» (n° 2)* [voir *supra* la note 511], par. 155 et 156; voir aussi *«Tomimaru» (Japon c. Fédération de Russie)*, prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2005-2007*, p. 74, par. 72; et *Thon à nageoire bleue* (note 417 *supra*), par. 45 et 50.

[514] *Le Procureur c. Goran Jelisić*, affaire n° IT-95-10-T, jugement du 14 décembre 1999, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I, par. 61 (notes de bas de page omises); voir aussi *Le Procureur c. Radislav Krstić*, affaire n° IT-98-33-T, jugement du 2 août 2001, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, par. 541.

[515] OMC, *États-Unis − Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (voir *supra* la note 493).

[516] Voir l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, art. 9, par. 1.

[517] OMC, *États-Unis − Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (voir *supra* la note 493), par. 6.55 (notes de bas de page omises).

Le Groupe spécial a ajouté, en note de bas de page, la mise en garde suivante :

> En donnant ces exemples de la pratique des États nous ne voulons pas exprimer un point de vue sur la question de savoir s'ils sont suffisants pour constituer une « pratique ultérieure » au sens de l'article 31 3 *b* de la Convention de Vienne[518].

34) Dans l'affaire *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, l'Organe d'appel de l'OMC a reproché au Groupe spécial de ne pas avoir pris en considération les décisions du Comité du système harmonisé de l'Organisation mondiale des douanes en tant que pratique ultérieure pertinente :

> Pour formuler une interprétation correcte, il aurait fallu aussi examiner l'existence et la pertinence d'une pratique ultérieure. Nous notons que les États-Unis se sont référés, devant le Groupe spécial, aux décisions prises par le Comité du système harmonisé de l'[Organisation mondiale des douanes] en avril 1997 concernant le classement de certains matériels de réseau local comme MATI. Singapour, tierce partie dans la procédure de groupe spécial, s'est également référée à ces décisions. Les Communautés européennes ont fait observer qu'elles avaient formulé des réserves au sujet de ces décisions […]. Toutefois, nous considérons que pour interpréter les concessions tarifaires reprises dans la Liste LXXX, les décisions de [l'Organisation mondiale des douanes] peuvent être pertinentes […][519].

Ainsi, à y regarder de plus près, les organes de règlement des différends de l'OMC admettent également qu'il existe une distinction entre la « pratique ultérieure » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, et une notion plus large de pratique ultérieure qui ne présuppose pas un accord entre toutes les parties au traité[520].

35) Lorsqu'on utilise la pratique ultérieurement suivie par une ou plusieurs parties à un traité, et non par toutes, comme un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32, il est impératif de se rappeler que « l'opinion d'un État ne constitue pas le droit international »[521]. En tout état de cause, la distinction entre la pratique ultérieure convenue, au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, en tant que moyen authentique d'interprétation, et d'autres éléments de la pratique ultérieure (au sens large) au sens de l'article 32 suppose qu'il convient d'attribuer à la première une plus grande valeur interprétative. Les juridictions internes n'ont pas toujours clairement distingué les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, des autres éléments de la pratique ultérieure au sens de l'article 32[522].

36) La distinction entre la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, et la pratique ultérieure au sens de l'article 32 apporte également des éléments de réponse à la question de savoir si la pratique ultérieure exige une action répétée à une certaine fréquence[523] ou si une application ponctuelle du traité suffit[524]. Dans le cadre de l'OMC, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit :

> Un acte isolé n'est généralement pas suffisant pour constituer une pratique ultérieure ; seule une suite d'actes établissant l'accord des parties peut être prise en considération[525].

Toutefois, si une distinction est faite entre, d'une part, la notion de pratique ultérieure en tant que moyen d'interprétation du traité et, d'autre part, un éventuel accord entre les parties, la fréquence n'est pas un élément indispensable de la définition de la notion de « pratique ultérieure » au sens large (au sens de l'article 32)[526].

37) La « pratique ultérieure » au sens large (relevant de l'article 32) désigne donc toute application du traité par une ou plusieurs parties. Elle peut revêtir différentes formes[527]. Cette « conduite d'une ou plusieurs parties dans l'application du traité » peut être constituée, en particulier, par une application directe du traité en question, conduite qui sera attribuable à un État partie en tant qu'application du traité, ou par une déclaration ou décision juridictionnelle au sujet de l'interprétation ou de l'application du traité. Elle peut être constituée par des déclarations officielles au sujet du sens du traité, des objections quant à sa non-exécution ou une acceptation tacite des déclarations ou des actes d'autres parties[528].

Conclusion 5. L'attribution d'une pratique ultérieure

1. Une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peut être constituée par toute conduite dans l'application d'un traité qui est attribuable à une partie au traité en vertu du droit international.

2. Toute autre conduite, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Une telle conduite peut toutefois être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 5 concerne la question des auteurs d'une pratique ultérieure au sens des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. L'expression « en vertu des articles 31 et 32 » indique clairement que

---

[518] Ibid., note 68.

[519] OMC, *CE – Matériels informatiques* (voir *supra* la note 417), par. 90 ; voir aussi I. van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 342.

[520] Voir aussi OMC, États-Unis − EPO (note 417 *supra*), par. 452.

[521] *Sempra Energy International c. République argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/02/16, jugement du 28 septembre 2007, par. 385 ; voir aussi *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. République argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, par. 337 ; et OMC, *États-Unis − Aéronefs civils gros porteurs (2e plainte)* [note 439 *supra*], par. 7.953, note 2420.

[522] Voir, par exemple, Chambre des lords du Royaume-Uni, *Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation* (note 432 *supra*), par. 54, 55 et 66 à 85 (Lord Mance) ; Chambre des lords du Royaume-Uni, *R (Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 58, par. 38 ; Chambre des lords du Royaume-Uni, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* (note 432 *supra*), par. 47 (Lord Steyn) ; Chambre des lords du Royaume-Uni, *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)*, [2002] UKHL 7, par. 80 (Lord Hope) ; Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, *Attorney-General v. Zaoui and Others (No. 2)* [note 452 *supra*], par. 130 (juge Glazebrook) ; Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, *P. v. Secretary for Justice, ex parte A.P.* [2004] 2 NZLR 28, par. 61 (juge Glazebrook) ; Cour administrative fédérale d'Allemagne, BVerwGE, vol. 104, p. 254, aux pages 256 et 257, et affaire n° 1 C 75/86, jugement du 29 novembre 1988, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1989*, n° 8, p. 765, à la page 766.

[523] Villiger, *Commentary…* (voir *supra* la note 418), p. 431, par. 22.

[524] Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), à la page 166.

[525] OMC, *Japon − Boissons alcooliques II* (voir *supra* la note 403), sect. E, p. 15 (notes de bas de page omises).

[526] R. Kolb, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 506 et 507.

[527] A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3e éd., Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2013, p. 239.

[528] Karl (voir *supra* la note 457), p. 114 et suiv.

ce projet de conclusion vise la pratique ultérieure aussi bien en tant que moyen authentique d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, qu'en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 définit positivement l'auteur de la conduite dans l'application du traité pouvant constituer une pratique ultérieure au regard des articles 31 et 32, tandis que le paragraphe 2 indique négativement quelle conduite ne constitue pas une conduite ultérieure mais peut néanmoins être pertinente dans l'évaluation de la pratique ultérieure des parties au traité.

Paragraphe 1 — conduite constituant une pratique ultérieure

2) Le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 emprunte le membre de phrase « toute conduite dans l'application d'un traité qui est attribuable à une partie au traité en vertu du droit international » à l'article 2 *a* des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[529]. Ainsi, l'expression « toute conduite » s'entend des actes et des omissions, et ne se limite pas à la conduite des organes de l'État mais englobe toute conduite attribuable de toute autre manière à une partie à un traité en vertu du droit international. La référence aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne va toutefois pas jusqu'à exiger que la conduite en question soit « internationalement illicite » (voir *infra* le paragraphe 8).

3) Un exemple de conduite pertinente qui ne découle pas directement de la conduite des parties, mais constitue néanmoins un exemple de pratique étatique a été identifié par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*. Dans cette affaire, la Cour a jugé que, pour être considérée comme une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, de la Convention de Vienne de 1969, il fallait que l'utilisation régulière d'une île située à la frontière entre la Namibie (ex-Sud-Ouest africain) et le Botswana (ex-Bechuanaland) par des membres d'une tribu locale, les Masubia,

> […] ait participé de la conviction des autorités du Caprivi que la frontière fixée par le traité de 1890 suivait le chenal sud du Chobe ; et d'autre part, que ce fait ait été pleinement connu et accepté par les autorités du Bechuanaland comme confirmant la frontière fixée par le traité[530].

4) Toutefois, s'il vise toute conduite dans l'application d'un traité qui est attribuable à une partie au traité, le paragraphe 1 ne signifie pas que toute conduite de ce type constitue nécessairement, dans un cas donné, une pratique ultérieure aux fins de l'interprétation du traité. C'est ce qu'indique l'expression « peut être constituée ». Cette clarification est particulièrement importante s'agissant de la conduite d'organes d'un État susceptibles d'aller à l'encontre de la position officielle exprimée par celui-ci sur une question particulière, et qui contribue de ce fait à rendre sa conduite équivoque.

5) La Commission s'est demandé si le projet de conclusion 5 devait traiter spécifiquement des conditions dans lesquelles la conduite d'organes inférieurs de l'État serait pertinente aux fins de l'interprétation d'un traité. À cet égard, plusieurs membres de la Commission ont fait observer qu'il était difficile de distinguer entre organes inférieurs et supérieurs de l'État, étant donné en particulier les différences marquées existant dans l'organisation interne de la gouvernance des États. On a aussi estimé que le critère pertinent était moins la position de l'organe dans la hiérarchie de l'État que le rôle qui était effectivement le sien dans l'interprétation et l'application d'un traité particulier. Étant donné la complexité et la diversité des situations possibles, la Commission a conclu que cette question ne devait pas être traitée dans le projet de conclusion 5 lui-même, mais dans le commentaire.

6) La pratique ultérieure des États dans l'application d'un traité peut assurément être le fait des hauts représentants de l'État mentionnés à l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969. Néanmoins, comme la plupart des traités ne sont généralement pas appliqués par ces hauts représentants, des juridictions internationales ont jugé que la conduite d'agents de l'État de rang moindre pouvait aussi, dans certaines circonstances, constituer une pratique ultérieure pertinente dans l'application d'un traité. C'est ainsi que, dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, la Cour internationale de Justice a jugé que l'article 95 de l'Acte général de la Conférence internationale d'Algésiras (1906) appelait une interprétation souple parce que la pratique des autorités douanières locales n'était pas toujours cohérente[531]. La jurisprudence des tribunaux arbitraux confirme que la pratique ultérieure pertinente peut être celle d'agents de l'État de rang inférieur. Dans sa décision relative à la *Dette extérieure allemande*, le Tribunal arbitral a considéré qu'une lettre de la Banque d'Angleterre à l'Administration fédérale allemande de la dette constituait une pratique pertinente[532]. Et dans l'affaire portant *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, le Tribunal arbitral a accepté, dans son principe, la pratique de l'administration fiscale française de ne pas prélever d'impôt sur les pensions des fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) retraités comme constituant une pratique ultérieure pertinente. Le Tribunal a toutefois finalement considéré comme décisive la position officielle contraire exprimée par des autorités supérieures, à savoir le Gouvernement français[533].

---

[529] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 35 et 36, paragraphe 4 du commentaire ; la question de l'attribution aux organisations internationales d'une conduite ultérieure pertinente aux fins de l'interprétation des traités est envisagée dans le projet de conclusion 12 [11] *infra*.

[530] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), à la page 1094, par. 74. Concernant le traité entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne, signé à Berlin le 1er juillet 1890, voir *British and Foreign State Papers, 1889-1890*, vol. 82, p. 35.

[531] *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, à la page 211.

[532] *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2* e *de l'Annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part* (voir *supra* la note 411), aux pages 103 et 104, par. 31.

[533] *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, sentence du 14 janvier 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente : E/F.05.V.5), p. 231 à 266, à la page 257, par. 66, et à la page 259, par. 74.

7) Il apparaît ainsi que la pratique de fonctionnaires de rang inférieur ou locaux peut constituer une pratique ultérieure « dans l'application d'un traité » si elle est suffisamment univoque, s'il est légitime de considérer que le gouvernement en avait connaissance et s'il ne l'a pas contredite dans un délai raisonnable[534].

8) La Commission n'a pas jugé nécessaire de limiter la conduite pertinente en ajoutant l'expression « aux fins de l'interprétation des traités[535] ». Le Rapporteur spécial avait proposé de le faire pour que l'expression « pratique ultérieure » ne s'entende pas également d'une conduite qui peut être attribuée à un État, mais ne vise pas à exprimer la position de celui-ci concernant l'interprétation du traité[536]. La Commission a toutefois considéré que l'expression « dans l'application d'un traité » limitait suffisamment la portée de la conduite pouvant être pertinente. Comme la notion d'« application d'un traité » sous-entend une conduite de bonne foi, une application fautive manifeste d'un traité ne relève pas de cette notion[537].

Paragraphe 2 − conduite ne constituant pas une pratique ultérieure

9) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 5 comporte deux phrases. La première indique qu'une conduite autre que celle envisagée au paragraphe 1, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure au regard des articles 31 et 32. Les mots « autre conduite » ont été utilisés pour faire une distinction nette entre la conduite envisagée au paragraphe 2 et celle envisagée au paragraphe 1. Dans le même temps, la Commission a estimé qu'une conduite ne relevant pas du paragraphe 1 pouvait être pertinente dans « l'évaluation » de la pratique ultérieure des parties à un traité.

10) La « pratique ultérieure dans l'application d'un traité » sera le fait de ceux qui sont appelés à appliquer le traité, normalement les États parties eux-mêmes. La règle générale a été formulée dans les termes suivants par le Tribunal des réclamations Iran–États-Unis :

> Un principe reconnu de l'interprétation des traités veut que l'on tienne compte, en même temps que du contexte, de toute pratique ultérieure dans l'application d'un traité international. Cette pratique doit toutefois être une pratique des parties au traité et établir leur accord au sujet de l'interprétation de ce traité.
>
> Si l'un des participants aux négociations de règlement, à savoir la Banque Markazi, est une entité de l'Iran dont la pratique peut donc être attribuée à l'Iran en sa qualité de partie aux Déclarations d'Alger, les autres participants aux négociations de règlement et aux règlements eux-mêmes, à savoir les banques des États-Unis, ne sont pas des entités du Gouvernement des États-Unis, et leur pratique ne peut en tant que telle être attribuée aux États-Unis en leur qualité d'autre partie aux Déclarations d'Alger[538].

11) La première phrase du second paragraphe du projet de conclusion 5 énonce cette règle générale. Elle souligne le rôle de premier plan des États parties à un traité, qui sont maîtres de celui-ci et responsables en dernier ressort de son application. Cela n'exclut pas que la conduite d'acteurs non étatiques puisse également constituer une forme d'application du traité si elle peut être attribuée à un État partie[539].

12) Au sens du paragraphe 2 du projet de conclusion 5, l'« autre conduite » peut être celle de différents acteurs. Elle peut en particulier être la pratique des parties qui ne s'inscrit pas « dans l'application du traité » ou être constituée par des déclarations d'un État qui n'est pas partie au traité au sujet de l'interprétation de celui-ci[540], par une position adoptée par un organe de surveillance de l'application du traité concerné ou un organe de règlement des différends relatifs à l'interprétation de ce traité[541], par des actes d'organes techniques chargés par une conférence des États parties de donner des avis sur l'application des dispositions conventionnelles, ou par différentes formes de conduite ou déclarations d'acteurs non étatiques.

13) L'expression « évaluation de la pratique ultérieure » figurant dans la deuxième phrase du paragraphe 2 doit être entendue au sens large à la fois comme l'identification de l'existence d'une pratique ultérieure et la détermination de son importance juridique. Des déclarations ou la conduite d'autres acteurs, par exemple des organisations internationales ou des acteurs non étatiques, peuvent traduire,

---

[534] Voir Chanaki (note 444 *supra*), p. 323 à 328 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 269 et 270 ; M. Kamto, « La volonté de l'État en droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2004*, vol. 310, p. 9 à 428, aux pages 142 à 144 ; et Dörr, « Article 31… » (note 443 *supra*), aux pages 555 et 556, par. 78.

[535] Voir le premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/660) [note 386 *supra*], par. 144 (projet de conclusion 4, par. 1).

[536] Ibid., par. 120.

[537] Voir *supra* le paragraphe 19 du commentaire du projet de conclusion 4.

[538] Voir *United States of America* et al. *v. Islamic Republic of Iran* et al., sentence n° 108-A-16/582/591-FT, Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5 (1984), p. 57 à 72, à la page 71 ; également *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, ibid., vol. 38 (2004-2009), p. 77 à 129, aux pages 124 et 125, par. 127 et 128 ; voir aussi *International Schools Services, Inc. (ISS) v. National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, sentence interlocutoire n° ITL 37-111-FT, Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, ibid., vol. 5 (1984), p. 338 à 353, opinion dissidente du Président Lagergren, p. 348, à la page 353 : « […] la disposition de la Convention de Vienne relative aux accords ultérieurs vise les accords entre les États parties à un traité, et un accord de règlement entre deux parties à un arbitrage ne peut guère être considéré comme équivalant à un accord entre les deux États qui sont parties au traité, même si la République islamique d'Iran était en l'espèce l'une des parties à l'arbitrage. » Pour les Déclarations d'Alger (Déclaration du Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire, et Déclaration du Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire concernant le règlement du contentieux entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran), voir *International Legal Materials*, vol. 20, n° 1 (1981), p. 224 et 230 (respectivement), aux pages 232 et 233.

[539] Voir, par exemple, sentence n° 108-A-16/582/591-FT, Tribunal des réclamations Iran–États-Unis (note 538 *supra*), opinion dissidente du juge Parviz Ansari, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 9 (1985), p. 97, à la page 99.

[540] Voir, par exemple, « Observations of the United States of America on the Human Rights Committee's General Comment 33: The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights », 22 décembre 2008, p. 1, par. 3, disponible à l'adresse suivante : https://2009-2017.state.gov/documents/organization/138852.pdf. Dans la mesure où la déclaration des États-Unis a trait à l'interprétation du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par rapport auquel les États-Unis ne sont ni une partie ni un État contractant, cette déclaration constitue une « autre conduite » au sens du paragraphe 2 du projet de conclusion 5.

[541] Voir, par exemple, Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004, p. 621, par. 21 et suiv.

ou instaurer, une pratique ultérieure pertinente des parties à un traité[542]. Cette traduction ou instauration d'une pratique ultérieure des parties par la conduite d'autres acteurs ne devrait toutefois pas être assimilée à la pratique des parties au traité elles-mêmes, y compris celle qui peut leur être attribuée. Les activités d'acteurs autres que les États parties peuvent seulement contribuer à l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité.

14) Les décisions, résolutions et autres manifestations de la pratique des organisations internationales peuvent en elles-mêmes être pertinentes pour l'interprétation des traités. C'est ce qu'atteste, par exemple, l'article 2 *j* de la Convention de Vienne de 1986, qui mentionne la « pratique bien établie de l'organisation » comme l'une des formes des « règles de l'organisation »[543]. Le projet de conclusion 5 ne concerne que la question de savoir si la pratique des organisations internationales peut révéler une pratique pertinente des États parties à un traité.

15) Les rapports d'organisations internationales à vocation universelle, qui sont établis sur la base d'un mandat prescrivant à ces organisations de rendre compte de la pratique des États dans un domaine particulier, peuvent jouir d'une autorité considérable s'agissant d'évaluer cette pratique. Par exemple, le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* établi par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés est un document important qui rend compte de la pratique des États et fournit donc des indications en ce qui la concerne[544]. Il en va de même du tableau 1540, qui est une compilation systématique, par le Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1540 (2004), des mesures prises par les États Membres pour appliquer cette résolution[545]. Dans la mesure où le tableau 1540 a trait à l'application de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, de 1972, et de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, de 1993, il atteste la pratique ultérieure des États parties à ces traités et vaut évaluation de cette pratique[546].

16) D'autres acteurs non étatiques peuvent également jouer un rôle important dans l'évaluation de la pratique ultérieure des parties dans l'application d'un traité. Un exemple pertinent est celui du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)[547]. Outre qu'il s'acquitte du mandat d'ordre général qui lui a été conféré par les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) et les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge[548], le CICR, fort d'un mandat qu'il tient des Statuts du Mouvement, donne à l'occasion des indications sur l'interprétation des Conventions de Genève de 1949[549] et de leurs protocoles facultatifs[550]. L'alinéa *g* du paragraphe 2 de l'article 5 des Statuts[551] dispose ce qui suit :

> Selon ses Statuts, le Comité international a notamment pour rôle […] *g*) de travailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et d'en préparer les développements éventuels[.]

Dans le cadre de ce mandat, le CICR a par exemple publié en 2009 un *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*[552]. Ce guide est l'aboutissement d'un « processus de consultations d'experts » qui repose sur l'analyse de la pratique conventionnelle et coutumière des États, et « il s'agit de la position officielle du CICR quant à la manière dont le [droit international humanitaire] existant devrait être interprété »[553]. Il importe toutefois de noter dans ce contexte que les États ont réaffirmé que c'était à eux qu'incombait au premier chef le développement du droit international humanitaire. La résolution 1 adoptée lors de la trente et unième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (2011), tout en rappelant les « rôles importants » du CICR, a « *soulign[é]* le rôle premier des États dans le développement du droit international humanitaire »[554].

---

[542] Voir Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 270.

[543] Cet aspect de la pratique ultérieure relative à un traité sera envisagé à un stade ultérieur des travaux sur le sujet.

[544] Voir Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* (réédité en décembre 2011), HCR/1P/4/FRE/REV.3 (www.refworld.org/pdfid/4fc5db782.pdf), avant-propos ; l'opinion selon laquelle le Guide lui-même exprime la pratique des États a à juste titre été rejetée par la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Semunigus v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [1999] FCA 422, arrêt du 14 avril 1999, par. 5 à 13. Le Guide n'en a pas moins une valeur probante considérable en tant qu'énoncé exact de la pratique ultérieure des États. Il tire son autorité de l'article 35, paragraphe 1, de la Convention relative au statut des réfugiés, de 1951, aux termes duquel « [l]es États contractants s'engagent à coopérer avec le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés […] dans l'exercice de ses fonctions et en particulier à faciliter sa tâche de surveillance de l'application des dispositions de cette convention ».

[545] Résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité en date du 28 avril 2004, par. 8 *c* ; on peut lire sur le site Web du Comité 1540 : « Depuis son adoption début 2005, le tableau 1540 s'est imposé comme le principal outil de classement des informations utilisé par le Comité pour ce qui est de l'application de la résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité par les États Membres de l'Organisation des Nations Unies. » (www.un.org/fr/sc/1540/national-implementation/1540-matrices.shtml).

[546] Voir, de manière générale, Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 270.

[547] H.-P. Gasser, « International Committee of the Red Cross (ICRC) », Max Planck Encyclopedia of Public International Law, juin 2016, par. 20. Disponible à l'adresse suivante : http://opil.ouplaw.com/home/epil.

[548] Ibid., par. 25.

[549] Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre ; et Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

[550] Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) ; et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II).

[551] Adoptés par la vingt-cinquième Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en 1986 et amendés en 1995 et 2006. Disponibles à l'adresse suivante : www.icrc.org/fr/assets/files/other/statutes-fr-a5.pdf.

[552] Genève, 2009 (version française publiée en 2010), p. 11. Disponible à l'adresse suivante : www.icrc.org/.

[553] Ibid.

[554] Résolution 1 sur le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés, 1er décembre 2011.

17) Un autre exemple de conduite d'acteurs non étatiques pouvant être pertinente pour évaluer la pratique ultérieure des États parties est fourni par l'Observatoire des mines et des armes à sous-munitions, une initiative conjointe de la Campagne internationale pour interdire les mines terrestres et de la Coalition internationale contre les sous-munitions. L'Observatoire fait fonction de mécanisme de surveillance de facto[555] de l'application de la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (Convention d'Ottawa) de 1997, et de la Convention sur les armes à sous-munitions (Convention de Dublin) de 2008. L'Observatoire reproduit les déclarations et la pratique des États parties et des signataires en la matière, et recense notamment les questions d'interprétation concernant la Convention de Dublin[556].

18) Les exemples du CICR et de l'Observatoire des mines et des armes à sous-munitions montrent que des acteurs non étatiques peuvent fournir des éléments de preuve précieux quant à la pratique ultérieure des parties, contribuer à l'évaluation de ces éléments et même solliciter l'instauration d'une pratique. Mais ils peuvent aussi poursuivre leurs propres objectifs, parfois différents de ceux des États parties. Leurs évaluations doivent donc être examinées d'un œil critique.

19) La Commission s'est demandé si elle devait également mentionner, dans le texte du projet de conclusion 5, la « pratique sociale » comme exemple d'« autre conduite [qui] peut […] être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité »[557]. Compte tenu des préoccupations exprimées par plusieurs membres quant à la signification et à la pertinence de cette notion, la Commission a jugé préférable de traiter de la question de la pertinence éventuelle de la « pratique sociale » dans le commentaire.

20) La Cour européenne des droits de l'homme a à l'occasion considéré qu'« une acceptation sociale accrue[558] » et « l'évolution de la société[559] » étaient pertinentes aux fins de l'interprétation des traités. Toutefois, en dernière analyse, l'invocation de « l'évolution de la société » ou d'« une acceptation sociale accrue » par la Cour demeure liée à la pratique des États[560]. Cela est vrai en particulier des affaires importantes comme *Dudgeon c. Royaume-Uni*[561] et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*[562]. Dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*, la Cour a jugé qu'il y avait « plus de tolérance envers » « le comportement homosexuel » en soulignant que « dans la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, on a[vait] cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appel[ai]ent par elles-mêmes une répression pénale », et que « la législation interne y a[vait] subi sur ce point une nette évolution que la Cour ne p[ouvait] négliger »[563]. La Cour a de plus relevé qu'« [e]n Irlande du Nord même, les autorités [avaient] évité ces dernières années d'engager des poursuites[564] ». Dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, la Cour a souligné l'importance qu'elle attachait « à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés[565] ».

21) Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme vérifie si la pratique des États rend effectivement compte de l'évolution sociale. Tel a été le cas, par exemple, dans des affaires concernant le statut d'enfants nés hors mariage[566], ou dans lesquelles il était allégué que certains Roms (« Tsiganes ») avaient le droit d'avoir un lieu de résidence temporaire assigné par les municipalités pour pouvoir mener leur style de vie itinérant[567].

22) On peut en conclure qu'une simple pratique sociale (ultérieure) ne suffit pas en tant que telle à constituer une pratique ultérieure pertinente dans l'application d'un traité. La pratique sociale a toutefois été à l'occasion considérée par la Cour européenne des droits de l'homme comme contribuant à l'évaluation de la pratique des États.

Troisième partie

ASPECTS GÉNÉRAUX

Conclusion 6. Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure

1. L'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, exige, en particulier, de déterminer si les parties, par un accord ou une pratique, ont pris position au sujet de l'interprétation d'un traité. Tel n'est généralement pas le cas si les parties se sont simplement accordées sur la non-application temporaire du traité ou sur un arrangement pratique (*modus vivendi*).

2. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, peuvent revêtir diverses formes.

---

[555] Voir www.the-monitor.org.

[556] Voir, par exemple, *Cluster Munition Monitor 2011*, p. 24 à 31.

[557] Voir le premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/660) [note 386 *supra*], par. 129 et suiv.

[558] *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], nº 28957/95, CEDH 2002-VI, par. 85.

[559] Ibid., par. 100.

[560] Voir aussi Cour européenne des droits de l'homme, *I. c. Royaume-Uni* [GC], nº 25680/94, 11 juillet 2002, par. 65 ; *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, nº 13378/05, 12 décembre 2006, par. 57 ; *Shackell c. Royaume-Uni*, décision, nº 45851/99, 27 avril 2000, par. 1 ; et *Schalk et Kopf c. Autriche*, nº 30141/04, CEDH 2010, par. 58.

[561] Cour européenne des droits de l'homme, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A nº 45, en particulier par. 60.

[562] *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC] (voir *supra* la note 558), en particulier par. 85.

[563] *Dudgeon c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 561), par. 60.

[564] Ibid.

[565] *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC] (voir *supra* la note 558), par. 85 ; voir également ibid., par. 90.

[566] *Mazurek c. France*, nº 34406/97, CEDH 2000-II, par. 52 ; voir aussi *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A nº 31, par. 41 ; *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, série A nº 126, par. 44 ; et *Brauer c. Allemagne*, nº 3545/04, 28 mai 2009, par. 40.

[567] *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], nº 27238/95, CEDH 2001-I, par. 70 et 93 ; voir aussi *Lee c. Royaume-Uni* [GC], nº 25289/94, 18 janvier 2001, par. 95 et 96 ; *Beard c. Royaume-Uni* [GC], nº 24882/94, 18 janvier 2001, par. 104 et 105 ; *Coster c. Royaume-Uni* [GC], nº 24876/94, 18 janvier 2001, par. 107 et 108 ; et *Jane Smith c. Royaume-Uni* [GC], nº 25154/94, 18 janvier 2001, par. 100 et 101.

3. L'identification de la pratique ultérieure au sens de l'article 32 exige, en particulier, de déterminer si la conduite de l'une ou plusieurs des parties est suivie dans l'application du traité.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 6 a pour objet d'indiquer que les accords et la pratique ultérieurs, en tant que moyens d'interprétation, doivent être identifiés.

Paragraphe 1, première phrase − l'expression « au sujet de l'interprétation »

2) La première phrase du paragraphe 1 rappelle que l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 exige de porter une attention particulière à la question de savoir si les parties, par un accord ou une pratique, ont pris position au sujet de l'interprétation d'un traité, ou si elles ont été motivées par d'autres considérations.

3) En vertu de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31, les accords ultérieurs doivent être intervenus « au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions » et, en vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31, la pratique ultérieurement suivie doit l'être « dans l'application du traité », établissant ainsi un accord « à l'égard de [son] interprétation »[568]. La relation entre les termes « interprétation » et « application » au paragraphe 3 de l'article 31 n'est pas très nette. L'« interprétation » est le processus par lequel le sens d'un traité, notamment de l'une ou de plusieurs de ses dispositions, est clarifié. L'« application » désigne toute conduite par laquelle les droits en vertu d'un traité sont exercés ou ses obligations sont respectées, en tout ou en partie. L'« interprétation » renvoie à un processus mental, alors que l'« application » vise un comportement effectif (actes et omissions). En ce sens, les deux notions doivent être distinguées, et peuvent servir à des fins différentes en vertu du paragraphe 3 de l'article 31 (voir *infra* les paragraphes 4 à 6), mais elles sont aussi étroitement liées et imbriquées.

4) Tandis que certains aspects de l'« interprétation » peuvent être sans rapport avec l'« application » d'un traité[569], l'application d'un traité comporte presque inévitablement une part d'interprétation − même si la règle en question peut paraître claire à première vue[570]. C'est pourquoi un accord ou une conduite « à l'égard de l'interprétation » du traité et un accord ou une conduite « dans l'application » du traité supposent dans l'un et l'autre cas que les parties prennent, ou se voient attribuer, une position quant à l'interprétation du traité[571]. Alors que dans le cas d'un « accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité » au sens de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31 (première branche de l'alternative), la position au sujet de l'interprétation d'un traité est expressément et résolument assumée par les parties, cette position peut être moins clairement identifiable dans le cas d'un « accord ultérieur […] au sujet […] de l'application de ses dispositions » au sens de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31 (seconde branche de l'alternative)[572]. Une prise de position au sujet de l'interprétation à partir de « l'application » résulte aussi implicitement de simples actes d'application du traité en vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31, c'est-à-dire de « toute mesure prise sur la base du traité objet de l'interprétation[573] ». La conjonction « ou » à l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31 ne vise donc pas une relation mutuellement exclusive entre « interprétation » et « application ».

5) La portée d'une « application » d'un traité, aux fins de son interprétation, ne se limite cependant pas à l'identification de la position que prend ainsi l'État partie concerné au sujet de son interprétation. De fait, la manière dont un traité est appliqué contribue non seulement à déterminer le sens du traité mais aussi à constater dans quelle mesure l'interprétation que les États parties ont assumée est « fondée » et donc plus ou moins fermement établie.

6) Il convient de noter qu'une « application » du traité ne traduit pas nécessairement la position d'un État partie selon laquelle cette application est la seule juridiquement possible en vertu du traité et compte tenu des circonstances[574]. En outre, la notion d'« application » n'exclut pas certains comportements d'acteurs non étatiques que le traité considère comme des formes de son application qui sont attribuables aux parties[575] et qui peuvent donc constituer une pratique établissant l'accord des parties. Enfin, la portée juridique d'un comportement particulier dans

[568] Voir *supra* le projet de conclusion 4 et le commentaire y relatif, paragraphes 17 à 20.

[569] Selon Haraszti, « l'interprétation vise à élucider le sens du texte tandis que l'application implique la détermination des conséquences incombant aux parties contractantes » [Haraszti (voir *supra* la note 449), p. 18] ; il considère cependant qu'« il n'est possible d'appliquer une règle juridique, quelle qu'en soit la forme, que si son contenu a été élucidé » (ibid., p. 15).

[570] « Harvard Draft Convention on the Law of Treaties », *American Journal of International Law, Supp.*, vol. 29 (1935), p. 657 à 1226, aux pages 938 et 939 ; A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 372 ; Sinclair (voir *supra* la note 398), p. 116 ; Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, rapport du Groupe d'étude de la Commission établi par Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1, par. 423), disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session (2006) [le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie)] ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 28 à 30 et 238 ; Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 47 ; U. Linderfalk, « Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation », *Netherlands International Law Review*, vol. 54, nº 1 (2007), p. 133 à 154, aux pages 141 à 144 et 147 ; G. Distefano, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *Annuaire français de droit international*, vol. 40 (1994), p. 41 à 71, à la page 44 ; et Villiger, « The rules on interpretation… » (voir *supra* la note 443), à la page 111.

[571] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 266 ; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), p. 162 ; Karl (voir *supra* la note 457), p. 114 et 118 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra* la note 443), aux pages 556 et 557, par. 80 et 82.

[572] Cette seconde possibilité a été introduite sur la proposition du Pakistan, mais son champ d'application et son but n'ont jamais été explicités ni clarifiés [voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session…* (A/CONF.39/11) [note 471 *supra*], 31e séance de la Commission plénière, 19 avril 1968, p. 183, par. 53].

[573] Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), p. 164, 165 et 167 ; voir aussi le projet de conclusion 2 [1], paragraphe 4, et le projet de conclusion 4, paragraphe 3.

[574] Voir *infra* le projet de conclusion 7, paragraphe 1.

[575] Voir Boisson de Chazournes, « Subsequent Practice… » (note 419 *supra*), aux pages 54, 56, 59 et 60.

l'application d'un traité ne se limite pas nécessairement à sa contribution éventuelle à l'interprétation en vertu de l'article 31, elle peut aussi contribuer à l'administration de la preuve[576] ou au respect des conditions énoncées dans d'autres règles[577].

7) Une conduite ultérieure qui n'est pas motivée par une obligation conventionnelle n'est pas suivie « dans l'application du traité » ou « à l'égard » de son interprétation au sens du paragraphe 3 de l'article 31. S'agissant par exemple de l'avis consultatif concernant *Certaines dépenses des Nations Unies*, certains juges ont exprimé des doutes sur le point de savoir si la poursuite du paiement de leur quote-part par les États Membres des Nations Unies impliquait leur acceptation d'une certaine pratique de l'Organisation[578]. À cet égard, le juge Fitzmaurice a formulé une mise en garde célèbre selon laquelle « [s']il est poussé trop loin, l'argument tiré de la pratique peut aboutir à une pétition de principe[579] ». Selon le juge Fitzmaurice, « il n'est guère possible de conclure du simple fait que les États Membres *paient*, qu'ils admettent nécessairement être en tout cas dans l'obligation juridique positive de le faire[580] ».

8) De même, dans l'affaire *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, la Cour internationale de Justice a considéré que la démarche entreprise par les parties à l'accord de 1987 (concernant la saisine de la Cour de tout litige entre elles) en vue de la conclusion d'un compromis (qui aurait précisé l'objet du différend) ne signifiait pas que les parties aient considéré que c'était là une condition nécessaire à l'établissement de la compétence de la Cour[581].

9) Un autre exemple de pratique volontaire qui n'est pas censée être suivie « dans l'application » ou « à l'égard de l'interprétation » d'un traité concerne la « protection complémentaire » dans le contexte du droit des réfugiés. Des personnes à qui le statut de réfugié en vertu de la Convention relative au statut des réfugiés a été refusé se voient néanmoins souvent accorder une « protection complémentaire » équivalente à celle accordée au titre de la Convention. Les États qui accordent une protection complémentaire ne considèrent cependant pas qu'ils agissent « dans l'application » de la Convention ou « à l'égard de son interprétation »[582].

10) Il est parfois difficile de distinguer les accords ou la pratique ultérieurs pertinents à l'égard de l'interprétation ou dans l'application d'un traité au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 d'une autre conduite ou d'une évolution dans le contexte plus général du traité, notamment d'une « évolution contemporaine » dans le domaine faisant l'objet du traité. Une telle distinction n'en est pas moins importante, car seule la conduite des parties à l'égard de l'interprétation acquiert une valeur spécifique dans le processus d'interprétation. La règle générale semble être que la valeur interprétative conférée à un accord ou à une pratique en vertu des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 est d'autant plus grande que cet accord ou cette pratique a un lien plus spécifique avec le traité[583].

11) Pour déterminer qu'un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 représente une prise de position quant à l'interprétation d'un traité, il est souvent nécessaire de procéder à une soigneuse analyse factuelle et juridique. Ce point peut être illustré par des exemples tirés de la pratique juridictionnelle et étatique.

12) La jurisprudence de la Cour internationale de Justice fournit plusieurs exemples. D'une part, la Cour a considéré que les « communiqués ministériels conjoints » de deux États « ne sauraient être englobé[s] dans la base conventionnelle du droit de libre navigation » étant donné que « les modalités de la coopération qu'ils organisent sont susceptibles d'être révisées selon les convenances des parties »[584]. Elle a d'autre part estimé, cependant, que l'absence de certaines précisions quant à l'interprétation d'un traité, ou l'absence de certaines formes d'application de celui-ci, constituait une pratique qui indiquait la position juridique des parties selon laquelle l'emploi d'armes nucléaires n'était pas interdit sur la base de différents traités relatifs aux armes empoisonnées[585]. En tout

---

[576] Dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2011*, p. 70, à la page 117, par. 105, la Cour internationale de Justice a refusé de considérer certains comportements (déclarations) comme constituant des preuves quant au respect par la Fédération de Russie de ses obligations découlant de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale durant la période allant de 1999 à juillet 2008, en particulier parce que ces comportements n'avaient pas trait spécifiquement à la Convention. Selon le juge Simma, la preuve avait été dans une certaine mesure apportée (voir l'opinion individuelle du juge Simma, ibid., p. 199 à 223, par. 23 à 57).

[577] Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), la Cour internationale de Justice a analysé la pratique ultérieure non seulement dans le contexte de l'interprétation du traité, mais aussi dans celui de la prescription acquisitive (voir p. 1092 et 1093, par. 71 ; p. 1096, par. 79 ; et p. 1105, par. 97).

[578] *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, avis consultatif du 20 juillet 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 151, aux pages 201 et 202 (opinion individuelle du juge Fitzmaurice) et aux pages 189 à 195 (opinion individuelle du juge Spender).

[579] Ibid., p. 201.

[580] Ibid.

[581] *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (voir *supra* la note 473), à la page 16, par. 28.

[582] Voir A. Skordas, « General provisions: article 5 », dans A. Zimmermann (dir. publ.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 669 à 706, à la page 682, par. 30 ; et J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 21.

[583] Sur le « poids » d'un accord ou d'une pratique en tant que moyen d'interprétation, voir *infra* le projet de conclusion 9 [8] ; pour un exemple illustrant la nécessité, et parfois la difficulté, de distinguer une conduite spécifique des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité et une évolution plus générale, voir *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2014*, p. 3, aux pages 41 à 58, par. 103 à 151.

[584] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), aux pages 234 et 235, par. 40 ; voir aussi *Île de Kasikili/Sedudu* (note 400 *supra*), à la page 1091, par. 68, dans lequel la Cour a laissé entendre que l'une des parties ne considérait pas que certaines formes de coopération pratique étaient juridiquement pertinentes s'agissant de la question de la frontière en cause et ne souscrivait donc pas à la position contraire de l'autre partie.

[585] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 248, par. 55 et 56 ; voir aussi *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 803, à la page 815, par. 30 ; et Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 262 à 264.

état de cause, la portée exacte d'une expression collective des vues de parties ne peut être déterminée que par un examen attentif de la question de savoir si et dans quelle mesure cette expression est censée être entendue « au sujet de l'interprétation » du traité. C'est pourquoi la Cour a conclu, dans l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, que « les résolutions et lignes directrices pertinentes [de la Commission baleinière internationale] qui ont été adoptées par consensus invitent les États parties à s'interroger sur la possibilité, d'un point de vue pratique et scientifique, d'atteindre les objectifs de recherche par des méthodes non létales, mais sans leur faire obligation de ne recourir à des méthodes létales qu'en l'absence de toute autre solution[586] ».

13) Lorsqu'il a eu à trancher la question de savoir si la Déclaration sur le règlement des différends obligeait les États-Unis à restituer des biens militaires à l'Iran, le Tribunal des réclamations Iran–États-Unis a conclu, en se référant à la pratique ultérieurement suivie par les parties, que ce traité comportait une obligation implicite d'indemnisation en cas de non-restitution :

> 66. […] Bien que le paragraphe 9 de la Déclaration générale ne prévoie expressément aucune obligation de dédommager l'Iran pour le cas où certains articles ne seraient pas restitués en raison des dispositions de la loi américaine applicables avant le 14 novembre 1979, le Tribunal considère qu'une telle obligation est implicitement contenue dans ce paragraphe.
>
> […]
>
> 68. De plus, le Tribunal note que l'interprétation énoncée au paragraphe 66 ci-dessus est conforme à la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application des Accords d'Alger et, en particulier, à la conduite des États-Unis. Cette pratique, conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne, doit aussi être prise en considération pour l'interprétation d'un traité. Dans la communication qu'ils ont adressée à l'Iran le 26 mars 1981 pour l'informer que l'exportation d'articles de défense ne serait pas approuvée, les États-Unis ont expressément indiqué que « le coût des équipements serait remboursé à l'Iran dans la mesure du possible » […][587].

Cette position a été critiquée par le juge Holtzmann dans son opinion dissidente :

> La conduite ultérieure d'un État partie ne peut servir de base à l'interprétation d'un traité que s'il apparaît que cette conduite a été motivée par le traité. En l'espèce, il n'existe aucune preuve, ni même aucun argument, permettant d'affirmer que les États-Unis étaient disposés à dédommager l'Iran pour donner suite à une supposée obligation imposée par le paragraphe 9. Une telle conduite pourrait tout autant correspondre à la reconnaissance d'une obligation contractuelle de paiement. En l'absence de toute indication selon laquelle cette conduite était motivée par le traité, il est erroné d'utiliser celle-ci pour interpréter le traité[588].

Rapprochées l'une de l'autre, l'opinion de la majorité et l'opinion dissidente font clairement ressortir la nécessité d'analyser soigneusement si les parties, par un accord ou une pratique, prennent position « au sujet de l'interprétation » d'un traité.

14) Parfois aussi, le fait que les États parties prennent position au sujet de l'interprétation d'un traité peut être déduit du caractère du traité ou d'une disposition particulière[589]. Alors que la pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité est souvent constituée de conduites de différents organes de l'État (exécutif, législatif, judiciaire ou autre) dans l'application consciente d'un traité à différents niveaux (interne et international), la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, n'aborde le plus souvent pas expressément la question de savoir si telle ou telle pratique a été suivie « à l'égard de l'interprétation » de la Convention européenne des droits de l'homme[590]. Ainsi, lorsqu'elle expose la situation juridique interne dans les États membres, la Cour pose rarement la question de savoir si une situation juridique résulte d'un processus législatif comportant un examen des prescriptions éventuelles de la Convention. Elle suppose plutôt que, dans l'exercice de leurs fonctions législatives ou autres, les États membres sont conscients des obligations que leur impose la Convention et agissent d'une manière correspondant à l'interprétation qu'ils font de leurs obligations[591]. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a parfois aussi recouru à la pratique législative comme moyen d'interprétation[592]. À l'instar de la Cour internationale de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme a même dans certains cas considéré que le fait que les parties « ne redoutaient pas » une certaine interprétation de la Convention pouvait indiquer une prise de position de leur part à l'égard de l'interprétation du traité[593].

15) L'article 118 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre dispose que « [l]es prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives ». C'est intentionnellement que les États parties n'ont pas affirmé la pertinence de la volonté d'un prisonnier de guerre de ne pas être rapatrié, afin que des États ne puissent invoquer abusivement la volonté des prisonniers de guerre pour différer leur rapatriement[594]. Le CICR a néanmoins toujours subordonné sa participation à la condition que la volonté d'un prisonnier de guerre de ne pas être rapatrié soit respectée[595]. Cette approche, dans la mesure où elle a été reflétée dans la pratique des États parties, ne signifie

---

[586] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2014*, p. 226, à la page 257, par. 83.

[587] *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, sentence partielle n° 382-B1-FT, Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 19 (1989), p. 273 à 306, aux pages 294 et 295.

[588] Opinion individuelle du juge Holtzmann, partiellement concordante et partiellement dissidente, ibid., à la page 304.

[589] Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], par. 15.

[590] Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161, par. 103 ; *Dudgeon c. Royaume-Uni* (note 561 *supra*), par. 60 ; *Demir et Baykara c. Turquie* [GC] (note 404 *supra*), par. 48 ; comparer, par contre, avec *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC] (note 435 *supra*), par. 146 ; et *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, série A n° 201, par. 100.

[591] Voir *supra* la note 590 ; voir en outre *Marckx c. Belgique* (note 566 *supra*), par. 41 ; *Jorgic c. Allemagne* (note 506 *supra*), par. 69 ; et *Mazurek c. France* (note 566 *supra*), par. 52.

[592] Voir, par exemple, *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres* (note 405 *supra*), par. 12.

[593] *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII, par. 62.

[594] Voir C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*, Zurich, Schulthess, 1977, p. 145 à 156 et 171 à 175 ; voir, de façon générale, sur l'obligation de rapatrier, S. Krähenmann, « Protection of prisoners in armed conflict », dans D. Fleck (dir. publ.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 359 à 411, aux pages 409 et 410.

[595] Ainsi, par sa participation, le CICR s'efforce de concilier l'intérêt d'un rapatriement rapide et le respect de la volonté des prisonniers de guerre [voir Krähenmann (note 594 *supra*), aux pages 409 et 410].

cependant pas nécessairement que l'article 118 doive être interprété comme exigeant qu'aucun prisonnier de guerre ne soit rapatrié contre son gré. L'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier précise ce qui suit dans son commentaire de la règle 128 A :

> Selon la IVe Convention de Genève, une personne protégée ne peut être transférée dans un pays « où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses » [art. 45, al. 4, de la quatrième Convention de Genève]. Bien que la IIIe Convention de Genève ne contienne pas de disposition similaire, la pratique depuis 1949 s'est développée de telle manière que dans tous les rapatriements où le CICR a joué un rôle d'intermédiaire neutre, les parties au conflit − que celui-ci soit international ou non international − ont accepté les conditions posées par le CICR pour sa participation, y compris le principe selon lequel le CICR doit pouvoir vérifier, avant le rapatriement (ou avant la libération dans le cas d'un conflit armé non international), au moyen d'un entretien confidentiel avec les personnes concernées, qu'elles souhaitent bien être rapatriées (ou libérées)[596].

16) Cette formulation porte à croire que la pratique des États relative au respect de la volonté du prisonnier de guerre est limitée aux cas où le CICR intervient et où l'organisation a posé une telle condition. Les États ont tiré différentes conclusions de cette pratique[597]. Selon le Manuel de droit des conflits armés du Royaume-Uni de 2004 :

> Une question plus litigieuse est celle de savoir si les prisonniers de guerre doivent être rapatriés même contre leur gré. Il ressort de la pratique récente des États qu'ils ne devraient pas l'être. Le Royaume-Uni applique le principe selon lequel les prisonniers de guerre ne devraient pas être rapatriés contre leur volonté[598].

17) Cette combinaison particulière des formes verbales « doivent » et « devraient » montre que, comme d'autres États, le Royaume-Uni ne considère pas que la pratique ultérieure établisse une interprétation du traité selon laquelle la volonté déclarée du prisonnier de guerre doit toujours être respectée[599].

18) Les exemples précités tirés de la jurisprudence ainsi que de la pratique des États confirment qu'il est nécessaire d'identifier et d'interpréter soigneusement les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, et en particulier de se demander si les parties, par un accord ou une pratique, prennent position au sujet de l'interprétation d'un traité, ou sont motivées par d'autres considérations[600].

Paragraphe 1, seconde phrase − non-application temporaire d'un traité ou modus vivendi

19) La seconde phrase du paragraphe 1 a un caractère seulement illustratif. Elle renvoie à deux types de cas qu'il convient de distinguer de la pratique à l'égard de l'interprétation d'un traité.

20) Une pratique ultérieure commune n'indique pas nécessairement un accord entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité ; elle peut notamment signifier leur accord sur la non-application temporaire du traité[601], ou sur un arrangement pratique (*modus vivendi*)[602]. C'est ce qu'illustre l'exemple ci-après.

21) Aux termes de l'article 7 de la Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne, « [u]n drapeau distinctif et uniforme sera adopté pour les hôpitaux, les ambulances et les évacuations. […] Le drapeau […] porter[a] croix rouge sur fond blanc ». Lors du conflit russo-turc de 1877-1878, l'Empire ottoman a déclaré que, tout en respectant le signe de la croix rouge qui protégeait les ambulances de l'armée ennemie, il adopterait à l'avenir le signe du croissant rouge sur fond blanc pour la protection de ses propres ambulances, et a affirmé que dans l'exercice des droits découlant de la Convention, la Turquie avait été, « jusqu'à présent, paralysée par la nature même du signe distinctif de la Convention qui blessait les susceptibilités du soldat musulman »[603]. Cette déclaration a donné lieu à un échange de correspondance entre l'Empire ottoman, la Suisse (agissant en sa qualité d'État dépositaire de la Convention) et les autres États parties à celle-ci ; en définitive, le signe du croissant rouge ne fut accepté que pour la durée de la guerre en cours[604]. Lors des Conférences internationales de la paix de La Haye de 1899 et de 1907, et lors de la Conférence de 1906 de révision de la Convention de Genève de 1864, les délégations de l'Empire ottoman, de la Perse et du Siam ont demandé en vain l'inclusion du croissant rouge, du lion-et-soleil rouge et de la flamme rouge dans la Convention[605]. L'Empire ottoman et la Perse ont cependant au moins obtenu l'acceptation des « réserves » qu'ils avaient formulées

---

[596] J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, *Règles*, Bruxelles, CICR et Bruylant, 2006, p. 599 (notes de bas de page omises).

[597] J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck (dir. publ.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice*, Cambridge, CICR et Cambridge University Press, 2005, p. 2893 et 2894 (en anglais seulement), par. 844 à 855, et mise à jour en ligne pour l'Australie, l'Espagne, Israël et les Pays-Bas, consultable à l'adresse suivante : https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_SectionD.

[598] Royaume-Uni, Ministère de la défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 205, par. 8.170 (note de bas de page omise).

[599] Le manuel des États-Unis ne mentionne que la volonté des prisonniers de guerre malades ou blessés, voir Henckaerts et Doswald-Beck (dir. publ.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (note 597 *supra*), p. 2893 et 2894, par. 844 à 855 ; mais la pratique suivie par les États-Unis après la seconde guerre du Golfe a consisté à faire établir par le CICR la volonté du prisonnier et à agir en conséquence (États-Unis, Département de la défense, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*, United States Government Printing Office, 1992, p. 707 et 708).

[600] Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], par. 11 à 18. Voir aussi L. Crema, « Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 403 *supra*), p. 25 et 26.

[601] Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], par. 71.

[602] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), aux pages 234 et 235, par. 40 ; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 20 avril 2010 (voir *supra* la note 400), aux pages 65 et 66, par. 138 à 140 ; J. Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra* la note 403), p. 29 à 33, à la page 32 ; pour un autre exemple, voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], par. 72 ; et J. R. Crook (dir. publ.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *American Journal of International Law*, vol. 105, no 4 (2011), p. 775 à 818, aux pages 809 à 812.

[603] *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, no 29, janvier 1877, p. 35 à 37, cité dans F. Bugnion, *L'emblème de la Croix-Rouge : aperçu historique*, Genève, CICR, 1977, p. 15.

[604] *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, no 31, juillet 1877, p. 89, cité dans Bugnion (voir *supra* la note 603), p. 18.

[605] Voir Bugnion (note 603 *supra*), p. 19 à 31.

à cet effet en 1906[606]. Cette acceptation des réserves de l'Empire ottoman et de la Perse en 1906 ne signifiait toutefois pas que les parties avaient accepté une interprétation particulière de la Convention de Genève de 1864 avant 1906 par une pratique ultérieure n'ayant rencontré aucune objection. La pratique suivie par l'Empire ottoman et la Perse a plutôt été considérée, au moins jusqu'en 1906, comme ne relevant pas de la Convention de Genève de 1864, mais elle a été acceptée à titre de mesure provisoire et exceptionnelle qui ne modifiait en rien l'obligation conventionnelle générale.

Paragraphe 2 − diversité des formes

22) L'objet du paragraphe 2 du projet de conclusion 6 est de tenir compte des diverses formes que peuvent prendre les accords et la pratique ultérieurs au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31. La Commission a estimé que la pratique ultérieure au sens de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 consiste en tout «comportement» dans l'application d'un traité, y compris, dans certaines circonstances, l'inaction, qui peut contribuer à établir un accord au sujet de l'interprétation du traité[607]. Selon le traité considéré, il peut s'agir non seulement d'un comportement à visée externe, comme des actes officiels, des déclarations et des votes au niveau international, mais aussi d'actes accomplis au niveau interne de nature législative, exécutive ou judiciaire, et même de comportements d'acteurs non étatiques qui sont attribuables à un ou à plusieurs des États parties et qui relèvent de ce que le traité envisage comme des formes de son application[608]. Ainsi, la conduite individuelle qui peut contribuer à établir une pratique ultérieure au sens de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 n'a pas à satisfaire à un quelconque critère particulier[609].

23) La pratique ultérieure au niveau international ne doit pas nécessairement consister en une action conjointe[610]. Une conduite parallèle des parties peut être suffisante. Une question distincte est celle de savoir si une activité parallèle exprime effectivement une interprétation commune suffisante (un accord) au sujet de l'interprétation d'un traité dans un cas particulier (voir *infra* le projet de conclusion 10 [9], paragraphe 1)[611]. Des accords ultérieurs peuvent se trouver dans des traités juridiquement contraignants ainsi que dans des instruments non contraignants comme des mémorandums d'accord[612]. Ils peuvent aussi se trouver dans certaines décisions d'une conférence des parties (voir *infra* le projet de conclusion 11 [10]).

Paragraphe 3 − identification de la pratique ultérieure au sens de l'article 32

24) Le paragraphe 3 de ce projet de conclusion prévoit que, pour identifier la pratique ultérieure en vertu de l'article 32, l'interprète doit déterminer, en particulier, si la conduite de l'une ou de plusieurs des parties est suivie dans l'application du traité[613]. La Commission a décidé de traiter dans un paragraphe distinct la question de toute «autre pratique ultérieure» (voir *supra* le projet de conclusion 4, par. 3)[614] au sens de l'article 32 pour la clarté de l'analyse (voir *infra* le projet de conclusion 7, paragraphe 2, et le projet de conclusion 9 [8], paragraphe 3), sans pour autant remettre en question l'unité du processus d'interprétation. Les considérations pertinentes pour l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 s'appliquent aussi, *mutatis mutandis*, à l'identification d'une «autre pratique ultérieure» au sens de l'article 32. Ainsi, un accord qui intervient entre certaines seulement des parties à un traité au sujet de l'interprétation de celui-ci ou de son application constitue une forme de pratique ultérieure au sens de l'article 32.

25) Un exemple d'arrangement pratique est le mémorandum d'accord conclu le 6 juillet 2011 entre le Département des transports des États-Unis d'Amérique et le Ministère des communications et des transports des États-Unis du Mexique concernant les services de transport international transfrontalier de fret routier[615]. Le mémorandum d'accord ne vise pas le Canada, le troisième État partie à l'ALENA, et précise qu'il «est sans préjudice des droits et obligations des États-Unis et du Mexique en vertu de l'ALENA». Ces circonstances portent à croire que le mémorandum d'accord ne vise pas à constituer un accord au sujet de l'interprétation de l'ALENA au sens des alinéas *a* ou *b* du paragraphe 3 de l'article 31, mais qu'il reste seulement un arrangement pratique entre un nombre restreint de parties susceptible d'être contesté par d'autres parties ou d'être remis en cause par un organisme juridictionnel ou quasi juridictionnel.

---

[606] Réserves également formulées par l'Égypte lors de son adhésion en 1923, voir Bugnion (note 603 *supra*), p. 23 à 26; c'est seulement à l'occasion de la révision des Conventions de Genève en 1929, lorsque les délégués de la Turquie, de la Perse et de l'Égypte ont fait valoir que l'utilisation d'autres emblèmes était devenue un fait accompli et que cette pratique n'avait rencontré aucune objection, que le croissant rouge et le lion-et-soleil rouge ont finalement été admis comme signes distinctifs par l'article 19 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne, de 1929.

[607] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 4, paragraphes 17 à 20.

[608] Voir *supra*, par exemple, le commentaire du projet de conclusion 5; voir également Boisson de Chazournes, «Subsequent practice…» (note 419 *supra*), aux pages 54, 56, 59 et 60; Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 257 à 259; voir aussi *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [note 583 *supra*], aux pages 41 à 45, par. 103 à 111, aux pages 48 et 49, par. 119 à 122, et à la page 50, par. 126; et Dörr, «Article 31…» (note 443 *supra*), aux pages 555 et 556, par. 78.

[609] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 254 et 255.

[610] *Affaire du temple de Préah Vihéar*, arrêt du 15 juin 1962 (voir *supra* la note 491), à la page 33; et *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), à la page 1213, par. 17 (opinion dissidente du juge Parra-Aranguren).

[611] *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 659, à la page 737, par. 258; mais voir *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1982*, p. 18, aux pages 83 et 84, par. 117, affaire dans laquelle la Cour a considéré les concessions accordées par les parties au différend comme une preuve de leur accord tacite; voir aussi *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [note 583 *supra*].

[612] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 244 et 250.

[613] Voir *supra* les paragraphes 1 à 4 du présent commentaire; voir aussi le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], paragraphes 3 à 5.

[614] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 2 [1], paragraphe 10.

[615] Voir Crook (dir. publ.) (note 602 *supra*), p. 809 à 812; voir aussi Mexique, Ministère de l'économie, décret du 7 juillet 2011 modifiant l'article 1 de la loi du 31 décembre 2002 établissant le taux de la taxe générale d'importation applicable en 2003 pour les biens provenant d'Amérique du Nord, en ce qui concerne les biens provenant des États-Unis, *Journal officiel de la Fédération* (www.dof.gob.mx).

Conclusion 7. Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation

1. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, contribuent, dans leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation, à préciser le sens d'un traité. Cela peut conduire à restreindre, à élargir ou à déterminer d'une quelconque autre manière la gamme des interprétations possibles, y compris la marge d'appréciation que le traité pourrait accorder aux parties.

2. La pratique ultérieure au sens de l'article 32 peut aussi contribuer à préciser le sens d'un traité.

3. Les parties à un traité, lorsqu'elles parviennent à un accord ultérieur ou suivent une pratique dans l'application du traité, sont présumées avoir l'intention d'interpréter le traité et non de l'amender ou de le modifier. La possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue. Le présent projet de conclusion est sans préjudice des règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités et du droit international coutumier relatives à l'amendement ou à la modification des traités.

Commentaire

Paragraphe 1, première phrase − clarification du sens d'un traité

1) Le projet de conclusion 7 traite des effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure sur l'interprétation d'un traité. Son objet est d'indiquer comment les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à la clarification du sens d'un traité. Le paragraphe 1 souligne que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure doivent être envisagés dans leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation (voir *supra* le projet de conclusion 2 [1], par. 5)[616]. Ils ne sont donc pas nécessairement en eux-mêmes déterminants.

2) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme tous les moyens d'interprétation, peuvent avoir différents effets sur le processus interactif d'interprétation d'un traité, qui consiste, dans tout cas particulier, à accorder l'attention qui convient aux divers moyens d'interprétation dans le cadre d'« une seule opération complexe »[617]. Prendre en considération les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en application de l'article 31, paragraphe 3, et de l'article 32 peut ainsi contribuer à clarifier le sens d'un traité[618] en limitant (en précisant) les sens possibles d'un terme particulier ou d'une disposition particulière, ou la portée du traité dans son ensemble (voir *infra* les paragraphes 4, 6, 7, 10 et 11). Par ailleurs, cette prise en considération peut contribuer à une clarification en confirmant une interprétation plus large. Enfin, elle peut aider à comprendre la gamme des interprétations possibles à la disposition des parties, y compris quant à l'étendue du pouvoir discrétionnaire que les parties exercent dans le cadre du traité (voir *infra* les paragraphes 12 à 15).

3) Lorsqu'ils examinent une affaire donnée, les cours et tribunaux internationaux commencent habituellement par déterminer le « sens ordinaire » des termes du traité[619]. C'est surtout par la suite qu'ils se penchent sur les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, lorsqu'ils se demandent si une telle conduite confirme ou modifie le résultat auquel ils ont abouti dans le cadre de l'interprétation initiale du sens ordinaire (ou par d'autres moyens d'interprétation)[620]. Si les parties ne souhaitent pas donner à un terme son sens ordinaire mais un sens particulier au sens du paragraphe 4 de l'article 31, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à mettre ce sens particulier en lumière. Les exemples ci-après[621] illustrent comment les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, en tant que moyens d'interprétation, peuvent contribuer, dans leur interaction avec d'autres moyens dans le processus d'interprétation, à clarifier le sens d'un traité.

4) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent aider à déterminer le « sens ordinaire » d'un terme particulier en confirmant une interprétation étroite de différentes nuances possibles du sens d'un terme. Tel a été le cas, par exemple[622], dans la procédure consultative relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dans laquelle la Cour internationale de Justice estime que, dans la pratique des États, les termes « du poison ou des armes empoisonnées »

> […] ont été entendus dans leur sens ordinaire comme couvrant des armes dont l'effet premier, ou même exclusif, est d'empoisonner ou d'asphyxier. Ladite pratique est claire et les parties à ces instruments ne les ont pas considérés comme visant les armes nucléaires[623].

5) Par ailleurs, une pratique ultérieure peut exclure de ramener le sens d'un terme général à un seul de ses différents sens possibles[624]. Par exemple, dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, la Cour a déclaré ce qui suit :

---

[616] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 2 [1], paragraphes 12 à 15.

[617] Ibid.

[618] La terminologie utilisée suit la directive 1.2 (Définition des déclarations interprétatives) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission : « L'expression "déclaration interprétative" s'entend d'une déclaration unilatérale […] par laquelle [un] État ou [une] organisation [internationale] vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions. » [*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 24 et suiv., par. 75 ; et ibid., vol. II (3e partie), p. 53] ; voir aussi le commentaire de la directive 1.2, paragraphe 18 [ibid., vol. II (3e partie), p. 56].

[619] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 2 [1], paragraphe 14 ; et *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 4, à la page 8.

[620] Voir, par exemple, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (note 400 *supra*), à la page 656, par. 59 à 61, et à la page 665, par. 80 ; *Différend territorial* (note 400 *supra*), aux pages 34 à 37, par. 66 à 71 ; et *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (note 400 *supra*), à la page 290 (déclaration du juge ad hoc Guillaume).

[621] Pour davantage d'exemples, voir Nolte, « Jurisprudence under special regimes… » (note 403 *supra*).

[622] Voir aussi *Plates-formes pétrolières* (note 585 *supra*), à la page 815, par. 30 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 275, aux pages 306 et 307, par. 67 ; et *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies* (note 619 *supra*), à la page 9.

[623] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 585), à la page 248, par. 55.

[624] *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15, à la page 25.

L'impression générale qui se dégage de l'examen des documents pertinents est que les fonctionnaires chargés de l'administration des douanes […] ont utilisé, bien que pas toujours d'une façon très conséquente, tous les facteurs d'évaluation à leur disposition.

Dans ces conditions, la Cour est d'avis que l'article 95 [de l'Acte général de la Conférence internationale d'Algésiras] n'énonce pas de règle stricte en ce qui touche le point litigieux. Il appelle une interprétation plus souple qu'aucune de celles avancées par l'une et l'autre des parties en litige[625].

6) Différentes formes de pratique peuvent contribuer à la fois à restreindre et à élargir l'interprétation de différents termes du même traité[626].

7) Un traité doit être interprété suivant le sens ordinaire de ses termes «dans leur contexte» (paragraphe 1 de l'article 31). Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, dans leur interaction avec ce moyen particulier d'interprétation, peuvent aussi contribuer à identifier une interprétation plus étroite ou plus large d'un terme du traité[627]. Dans son avis consultatif relatif à la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime* (devenue depuis l'Organisation maritime internationale), par exemple, la Cour internationale de Justice devait déterminer le sens de l'expression «[h]uit […] pays […] qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes» figurant à l'article 28 *a* de la Convention portant création de l'Organisation maritime internationale; comme l'expression «pays […] qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes» se prête à différentes interprétations (l'importance pouvant être déterminée par «le tonnage immatriculé» ou par «la nationalité des propriétaires»), et comme il n'y avait pas de pratique pertinente de l'Organisation ou de ses membres au titre de l'article 28 *a* lui-même, la Cour s'est penchée sur la pratique au titre d'autres dispositions de la Convention et a déclaré ce qui suit:

Cet emploi du critère du tonnage immatriculé dans l'application de différentes dispositions de la Convention […] amèn[e] la Cour à considérer comme improbable que l'on ait envisagé, lors de la rédaction de l'article 28 *a* et de son incorporation dans la Convention, qu'il y eût un critère autre que le tonnage immatriculé pour déterminer les pays possédant les flottes de commerce les plus importantes[628].

8) À côté du texte et du contexte, le paragraphe l de l'article 31 accorde une importance à «l'objet et [au] but» d'un traité pour interpréter celui-ci[629]. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent aussi contribuer à clarifier l'objet et le but d'un traité[630], ou à concilier les invocations de «l'objet et [du] but» d'un traité avec d'autres moyens d'interprétation.

9) Dans les affaires de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*[631] et des *Plates-formes pétrolières*[632], par exemple, la Cour internationale de Justice a clarifié l'objet et le but de traités bilatéraux en se référant à la pratique ultérieure des parties. Et dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour a déclaré ce qui suit:

Il ressort des textes conventionnels et de la pratique analysés aux paragraphes 64 et 65 ci-dessus que la Commission du bassin du lac Tchad constitue une organisation internationale exerçant ses compétences dans une zone géographique déterminée; qu'elle n'a toutefois pas pour fin de régler au niveau régional des affaires qui touchent au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Elle n'entre donc pas dans les prévisions du Chapitre VIII de la Charte [des Nations Unies][633].

Paragraphe 1, seconde phrase − détermination de l'éventail des interprétations possibles par restriction, par élargissement ou par une quelconque autre manière

10) La pratique des États dans des contextes autres que judiciaires ou quasi judiciaires confirme que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent non seulement contribuer à préciser le sens d'un terme en limitant les sens possibles des droits et obligations énoncés dans le traité, mais aussi indiquer une plus large gamme d'interprétations acceptables ou l'étendue de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que le traité accorde aux États[634].

---

[625] *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (voir *supra* la note 531), à la page 211.

[626] Voir, *mutatis mutandis, Certaines dépenses des Nations Unies* (note 578 *supra*), avis dans lequel la Cour internationale de Justice a donné une interprétation large du terme «dépenses» et une interprétation étroite du terme «action» à la lumière de la pratique ultérieure de l'Organisation des Nations Unies concernant chacun de ces termes, aux pages 158 à 161 («dépenses») et aux pages 164 et 165 («action»).

[627] Voir, par exemple, *Actions armées frontalières et transfrontalières* (note 429 *supra*), à la page 87, par. 40.

[628] *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, avis consultatif du 8 juin 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 150, à la page 169; voir aussi ibid., aux pages 167 à 169; et, de manière incidente, *Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR)*, sentence définitive, décision du 2 juillet 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (numéro de vente: E/F.04.V.15), p. 59, à la page 99, par. 141.

[629] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 211 et 219.

[630] Ibid., p. 212 à 215; voir aussi *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (note 436 *supra*), aux pages 31 et 32, par. 53; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (note 400 *supra*), à la page 179, par. 109; R. Higgins, «Some observations on the inter-temporal rule in international law», dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 173 à 181, à la page 180; Distefano, «La pratique subséquente…» (note 570 *supra*), aux pages 52 à 54; et Crema (note 600 *supra*), p. 21.

[631] *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* (voir *supra* la note 485), aux pages 50 et 51, par. 27.

[632] *Plates-formes pétrolières* (voir *supra* la note 585), aux pages 813 à 815, par. 27 et 30.

[633] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (exceptions préliminaires), arrêt du 11 juin 1998 (voir *supra* la note 622), aux pages 306 et 307, par. 67.

[634] Cela ne signifie pas qu'il peut exister différentes interprétations possibles d'un traité, mais que le traité peut accorder aux parties la possibilité de choisir dans une gamme de différents actes autorisés, voir Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 32 et 33, et p. 268, citant la Chambre des lords du Royaume-Uni dans l'affaire *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] 2 AC 477: «[…] Il est nécessaire de déterminer le sens autonome de la disposition conventionnelle pertinente. […] Il en découle que, comme dans le cas d'autres traités multilatéraux, la Convention relative au statut des réfugiés doit se voir accorder un sens indépendant à partir des sources mentionnées aux articles 31 et 32 [de la Convention de Vienne de 1969] et sans que les caractéristiques distinctives du système juridique de tel ou tel État contractant interviennent. En principe cependant, il ne peut y avoir qu'une interprétation exacte d'un traité. […] En pratique, il incombe aux tribunaux nationaux, confrontés à un désaccord important sur une question d'interprétation, de le régler. Mais ce faisant, ils doivent rechercher, sans être entravés par les notions de leur culture juridique nationale, le sens exact, international et autonome du traité. Et il ne peut y avoir qu'un sens exact.» [*The Law Reports, Appeal Cases 2001*, vol. 2, aux pages 515 à 517 (Lord Steyn)].

11) Par exemple, si le sens ordinaire des termes de l'article 5 de la Convention relative à l'aviation civile internationale de 1944 ne semble pas exiger qu'un vol charter obtienne une autorisation pour atterrir alors qu'il est en transit, il est généralement admis, dans le cadre d'une pratique des États établie de longue date consistant à exiger une telle autorisation, que cette disposition doit être interprétée comme exigeant une autorisation[635]. Un autre exemple est donné par le paragraphe 3 de l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, qui dispose que les moyens de transport utilisés par une mission ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. Si les mesures de police prises contre les biens des missions diplomatiques suscitent habituellement des protestations des États[636], l'enlèvement des véhicules diplomatiques en infraction à la réglementation sur la circulation et le stationnement a généralement été considéré comme autorisé dans la pratique[637]. Cette pratique porte à croire que, si les mesures punitives sont interdites à l'encontre des véhicules diplomatiques, ceux-ci peuvent être contrôlés ou enlevés s'ils constituent un danger immédiat ou un obstacle à la circulation et/ou menacent la sécurité publique[638]. En ce sens, la signification du terme « mesure d'exécution » et donc l'étendue de la protection accordée aux moyens de transport est précisée par la pratique ultérieure des parties.

12) Un autre exemple possible concerne l'article 12 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), qui dispose ce qui suit :

> Sous le contrôle de l'autorité compétente concernée, le signe distinctif de la croix rouge, du croissant rouge ou du lion et soleil rouge, sur fond blanc, sera arboré par le personnel sanitaire et religieux, les unités et moyens de transport sanitaires. Il doit être respecté en toutes circonstances. Il ne doit pas être employé abusivement.

Bien que l'emploi du futur (« sera ») porte à croire qu'il est obligatoire pour les États d'utiliser le signe distinctif pour identifier le personnel et les moyens de transport sanitaires en toutes circonstances, la pratique ultérieure semble indiquer que les États peuvent jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire dans l'application de cette disposition[639]. Des groupes armés ayant ces dernières années délibérément attaqué des convois sanitaires qui étaient tout à fait reconnaissables parce qu'ils arboraient le signe protecteur, des États se sont abstenus dans certaines situations d'arborer le signe distinctif sur leurs convois. Répondant à une question parlementaire sur sa pratique en Afghanistan, le Gouvernement allemand a déclaré ce qui suit :

> Comme ceux d'autres États fournissant des contingents à la Force internationale d'assistance à la sécurité, les véhicules sanitaires marqués des Forces armées fédérales ont été pris pour cible. À l'occasion, ces unités et véhicules sanitaires, clairement identifiés comme tels par leur signe protecteur, ont même constitué des cibles privilégiées. C'est pourquoi les Forces armées fédérales, comme la Belgique, la France, le Royaume-Uni, le Canada et les États-Unis, ont décidé, dans le cadre de la Force internationale d'assistance à la sécurité, de masquer le signe protecteur sur leurs véhicules sanitaires[640].

13) Une telle pratique des États peut confirmer une interprétation de l'article 12 dans le cadre de laquelle l'obligation d'arborer le signe protecteur[641] permet aux parties, dans des circonstances exceptionnelles, de jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire.

14) Lorsqu'une disposition conventionnelle accorde aux États un droit apparemment inconditionnel, on peut se demander si ce pouvoir est limité par l'objet de la règle. Par exemple, en vertu de l'article 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, l'État accréditaire peut, sans avoir à motiver sa décision, informer l'État accréditant qu'un membre de la mission est *persona non grata*. Les États font de telles déclarations le plus souvent lorsque des membres de la mission se sont livrés à des activités d'espionnage ou sont soupçonnés de le faire, ou ont commis d'autres violations graves de la législation de l'État accréditant, ou causé des tensions politiques importantes[642]. Toutefois, ils font également de telles déclarations dans d'autres circonstances, par exemple lorsque des diplomates causent un grave dommage à un tiers[643] ou ont commis des infractions répétées[644], voire pour donner

---

[635] S. D. Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra* la note 403), p. 82 à 94, à la page 85 ; et Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra* la note 527), p. 215.

[636] E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 160 et 161 ; et J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 207 et 208, par. 315.

[637] Voir, par exemple, Australie, Département des affaires étrangères et du commerce, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (www.dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Pages/5-privileges-and-immunities) ; Islande, Département du protocole, Ministère des affaires étrangères, *Diplomatic Handbook* (Reykjavik, 2009), p. 14 (www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic_Handbook_March2010.pdf) ; Royaume-Uni, déclaration du Sous-Secrétaire d'État parlementaire du Ministère de l'intérieur (Lord Elton) devant la Chambre des lords, HL Deb, 12 décembre 1983, vol. 446, col. 3 et 4 ; et États-Unis, M. Nash (Leich), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *American Journal of International Law*, vol. 88, no 2 (avril 1994), p. 312 à 336, aux pages 312 et 313.

[638] Denza (voir *supra* la note 636), p. 160 ; et M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2e éd., Baden-Baden (Allemagne), Nomos, 2010, p. 70.

[639] Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (dir. publ.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (Genève, CICR et Martinus Nijhoff, 1986), p. 1462, par. 4742 à 4744 ; H. Spieker, « Medical transportation », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 54 et 55, par. 7 à 12 (édition en ligne : http://opil.ouplaw.com/home/epil) ; voir également l'expression *shall be displayed*, plus rigoureuse, utilisée dans la version anglaise.

[640] Deutscher Bundestag (Parlement fédéral allemand), « Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan », 9 avril 2010, *Bundestagsdrucksache 17/1338*, p. 2.

[641] Spieker (voir *supra* la note 639), p. 55, par. 12.

[642] Voir Denza (note 636 *supra*), p. 77 et 78, avec d'autres références à des déclarations en relation avec des activités d'espionnage ; voir aussi Salmon (note 636 *supra*), p. 484, par. 630 ; et Richtsteig (note 638 *supra*), p. 30.

[643] Pays-Bas, Département du protocole, Ministère des affaires étrangères, *Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts*. Disponible à l'adresse suivante : www.government.nl/government/documents/leaflets/2015/04/15/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts.

[644] France, Ministère des affaires étrangères et du développement international, « Respecter les réglementations locales », mis à jour en

effet à leur législation sur la conduite en état d'ivresse[645]. Il est même concevable que des déclarations soient faites sans raisons claires ou pour des motifs purement politiques. D'autres États ne semblent pas avoir considéré qu'une telle pratique, consistant à déclarer des membres d'une mission *personae non gratae*, constitue un abus de pouvoir. Ainsi, cette pratique confirme que l'article 9 confère un droit inconditionnel[646].

Paragraphe 2 − autre pratique ultérieure au sens de l'article 32

15) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 concerne les effets possibles d'une « autre pratique ultérieure » au sens de l'article 32 (voir *supra* le projet de conclusion 4, paragraphe 3) qui ne reflète pas l'accord de toutes les parties au sujet de l'interprétation du traité. Une telle pratique, en tant que moyen complémentaire d'interprétation, peut confirmer l'interprétation résultant de l'application de l'article 31, ou déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à cet article laisse ce sens ambigu ou obscur, ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. L'article 32 fait ainsi une distinction entre le recours aux travaux préparatoires ou à une « autre pratique ultérieure » pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, et l'utilisation de cette pratique pour « déterminer » le sens. De ce fait, on peut avoir recours à une « autre pratique ultérieure » au sens de l'article 32 non seulement pour déterminer le sens d'un traité dans certaines circonstances, mais aussi − et toujours − pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31[647].

16) La pratique ultérieure visée à l'article 32 peut contribuer, par exemple, à réduire la possibilité de conflits lorsque l'« objet et le but » d'un traité semblent être en conflit avec les buts spécifiques de certaines des règles qu'il énonce[648]. Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, par exemple, la Cour internationale de Justice a souligné que « les parties entendaient à la fois s'assurer la libre navigation sur ce fleuve et procéder à une délimitation aussi précise que possible de leurs sphères d'influence respectives[649] ». Les parties ont ainsi éliminé une contradiction possible en tenant compte d'une certaine pratique ultérieure de l'une seulement d'entre elles comme moyen complémentaire d'interprétation (en vertu de l'article 32)[650].

17) Un autre exemple d'« autre pratique ultérieure » relevant de l'article 32 concerne l'expression « précautions pratiquement possibles » utilisée à l'alinéa ii du paragraphe 2 *a* de l'article 57 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I). Cette expression a été en fait employée dans le paragraphe 4 de l'article 3 du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II), annexé à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, du 10 octobre 1980, qui dispose que « [p]ar précautions possibles, on entend les précautions qui sont praticables ou qu'il est pratiquement possible de prendre eu égard à toutes les conditions du moment, notamment aux considérations d'ordre humanitaire et d'ordre militaire ». Cette formule en est venue à être reprise, dans le cadre d'une pratique ultérieure, dans de nombreux manuels militaires en tant que définition générale des « précautions possibles » aux fins de l'alinéa ii du paragraphe 2 *a* de l'article 57 du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949[651].

juillet 2012 (disponible à l'adresse suivante : www.diplomatie.gouv.fr/fr/le-ministere-et-son-reseau/protocole/immunites/article/respecter-les-reglementations) ; Turquie, Ministère des affaires étrangères, « The traffic regulations to be followed by foreign missions in Turkey », note nº 2005/PDGY/63552 du 6 avril 2005 sur la réglementation routière (disponible à l'adresse suivante : www.mfa.gov.tr/06_04_2005-63552-traffic-regulations.en.mfa) ; Royaume-Uni, Ministère des affaires étrangères et du Commonwealth, circulaire du 19 avril 1985 adressée aux Chefs des missions diplomatiques à Londres, reproduite dans G. Marston (dir. publ.), « United Kingdom materials on international law 1985 », *British Year Book of International Law 1985*, vol. 56, p. 363 à 542, à la page 437.

[645] Voir Canada, Ministère des affaires étrangères, du commerce et du développement, « Politique sur la conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies », 3 février 2013 (disponible à l'adresse suivante : www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=fra) ; États-Unis, Département d'État, note diplomatique nº 10-181 du 24 septembre 2010 (disponible à l'adresse suivante : https://2009-2017.state.gov/documents/organization/149985.pdf), p. 8 et 9.

[646] Voir G. Hafner, « Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 403 *supra*), p. 105 à 122, à la page 112, pour un cas encore plus extrême relevant de l'article 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

[647] OMC, *Chine − Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 19 janvier 2010, par. 403 : « Bien que l'application par le Groupe spécial de l'article 31 de la *Convention de Vienne* à l'inscription "Services de distribution d'enregistrements sonores" l'ait amené à une "conclusion préliminaire" quant au sens de cette inscription, le Groupe spécial a néanmoins décidé de faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation pour *confirmer* ce sens. Nous notons à cet égard que l'argument de la Chine en appel paraît supposer que l'analyse faite par le Groupe spécial au titre de l'article 32 de la *Convention de Vienne* aurait *nécessairement* été différente si le Groupe spécial avait constaté que l'application de l'article 31 avait laissé le sens de l'expression "Services de distribution d'enregistrements sonores" ambigu ou obscur et si le Groupe spécial avait donc recouru à l'article 32 pour *déterminer*, plutôt que pour *confirmer*, le sens de cette expression. Nous ne partageons pas cette opinion. Les éléments à examiner dans le cadre de l'article 32 sont distincts de ceux qui doivent être analysés dans le cadre de l'article 31, mais ce sont les mêmes éléments qui sont examinés dans le cadre de l'article 32 quel que soit le résultat de l'analyse au titre de l'article 31. Ce qui peut en revanche différer, en fonction des résultats de l'application de l'article 31, c'est le poids attribué aux éléments analysés au titre de l'article 32. » Voir également Villiger, *Commentary…* (note 418 *supra*), p. 447, par. 11.

[648] Voir OMC, *États-Unis − Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (États-Unis − Crevettes)*, WT/DS58/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 6 novembre 1998, par. 17 (« […] la plupart des traités n'ont pas un objet et but unique, mais plutôt une variété d'objectifs et de buts différents, et peut-être divergents ») ; et Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 216.

[649] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), à la page 1074, par. 45.

[650] Ibid., aux pages 1077 et 1078, par. 55, et à la page 1096, par. 80.

[651] Pour les manuels militaires de l'Argentine (1989) et du Canada (2001), voir Henckaerts et Doswald-Beck (dir. publ.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (note 597 *supra*), p. 359 et 360, par. 160 à 164, et la mise à jour en ligne pour le manuel militaire de l'Australie (2006) [www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc] ; concernant le manuel militaire du Royaume-Uni (2004), voir https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/27874/JSP3832004Edition.pdf. Voir aussi Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *Commentaire des Protocoles additionnels…* (note 639 *supra*), p. 701, par. 2202.

18) La détermination de la pratique ultérieure au sens de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 et de l'article 32 a conduit les juridictions nationales à retenir une interprétation tantôt large, tantôt étroite des traités. Ainsi, la Chambre des lords du Royaume-Uni a interprété le terme « avarie » employé au paragraphe 2 de l'article 26 de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, de 1929, amendée par le Protocole de 1955, comme incluant plus généralement la « perte », en invoquant la conduite ultérieure des parties[652]. En revanche, la Cour suprême des États-Unis, eu égard à la pratique ultérieure des parties, a jugé que le terme « accident » figurant à l'article 17 de la Convention de Varsovie de 1929 devait être interprété strictement comme excluant les événements qui n'étaient pas causés par un fait inattendu ou inhabituel[653]. Autre exemple d'interprétation restrictive : dans un de ses arrêts, la Cour fédérale d'Australie a considéré que l'expression « dignité amoindrie » utilisée dans l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques imposait uniquement à l'État accréditaire de prévenir les atteintes à l'ordre public et la perturbation des fonctions essentielles des ambassades, et non toutes les formes de nuisances ou d'insultes[654].

19) Les juridictions nationales, en particulier, font parfois référence à des décisions d'autres juridictions nationales et engagent ainsi un « dialogue judiciaire » même si l'accord des parties ne peut être établi de cette manière[655]. Outre qu'elles appliquent donc l'article 32, de telles références, tout comme les décisions d'autres juridictions nationales, peuvent enrichir le développement d'une pratique ultérieure[656]. Cependant, la frontière qui sépare une exploitation appropriée des décisions d'autres juridictions nationales et une invocation sélective de telles décisions peut être mince[657]. Lord Hope, de la Chambre des lords du Royaume-Uni, citant les règles d'interprétation qui figurent dans la Convention de Vienne de 1969, a présenté une orientation générale lorsqu'il a déclaré ce qui suit :

> Si le monde était idéal, toutes les parties à la Convention devraient lui donner le même sens. C'est pour cela que la jurisprudence peut être instructive. Il convient donc d'examiner attentivement le raisonnement suivi par les tribunaux d'autres pays qui ont été appelés à se pencher sur le point litigieux, en particulier lorsqu'il s'agit d'une juridiction dont la réputation est prestigieuse. Il y a lieu d'accorder un poids considérable à une interprétation qui a généralement été acceptée dans d'autres États. En revanche, il convient de faire preuve de discernement lorsque les décisions sont contradictoires ou ne sont manifestement pas en accord[658].

20) Le problème dépend en grande partie de la manière dont cette approche générale est appliquée. Ainsi, il convient d'éviter d'invoquer sélectivement les décisions rendues dans un pays particulier ou la pratique d'un groupe particulier de pays[659]. En revanche, dans une situation où les pratiques suivies dans différents pays divergent, il peut être judicieux de privilégier la pratique d'un groupe d'États représentatif[660] et d'accorder plus de poids aux décisions des juridictions supérieures[661].

Paragraphe 3 − opposition entre l'interprétation et la modification ou l'amendement

21) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 7 traite de la question de savoir dans quelle mesure l'interprétation d'un traité peut être influencée par les accords ultérieurs et la pratique ultérieure tout en restant dans le domaine de ce qui est considéré comme l'interprétation au sens du paragraphe 3 *a* et *b* de l'article 31. Ce paragraphe rappelle à l'interprète que des accords ultérieurs peuvent servir à amender ou à modifier un traité, mais que de tels accords sont soumis à l'article 39 de la Convention de Vienne de 1969 et doivent être distingués des accords ultérieurs au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31. La deuxième phrase, tout en reconnaissant qu'il existe des exemples en sens contraire dans la jurisprudence et des opinions divergentes dans la doctrine, stipule que la possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue.

---

[652] Chambre des lords du Royaume-Uni, *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.*, [1981] AC 251, p. 278 (Lord Wilberforce) et 279 (Lord Diplock) ; dans le même sens, Cour fédérale de justice d'Allemagne (affaires civiles), BGHZ, vol. 84, p. 339, aux pages 343 et 344.

[653] Cour suprême des États-Unis, *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392, aux pages 403 et 404.

[654] Cour fédérale d'Australie, *Commissioner of the Australian Federal Police and the Commonwealth of Australia v. Geraldo Magno and Ines Almeida*, [1992] FCA 566, arrêt du 26 novembre 1992, par. 30 à 35 (juge Einfeld) ; voir aussi Chambre des lords du Royaume-Uni, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* (note 432 *supra*), par. 47 et 48 (Lord Steyn).

[655] Voir, par exemple, Cour suprême des États-Unis, *Air France v. Saks* (note 653 *supra*), p. 397 à 407 ; Cour suprême des États-Unis, *Abbott v. Abbott*, 560 U.S. (2010), opinion de la Cour (émise par le juge Kennedy), résumé de l'arrêt (www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf), aux pages 12 à 16 ; Cour administrative fédérale d'Allemagne, BVerwGE, vol. 139, p. 272, aux pages 288 et 289 ; et Haute Cour d'Australie, *Andrew John Macoun v. Commissioner of Taxation*, [2015] HCA 44, arrêt du 2 décembre 2015, par. 75 à 82.

[656] A. Tzanakopoulos, « Judicial dialogue as a means of interpretation », dans H. P. Aust et G. Nolte (dir. publ.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 72, à la page 94 ; et E. Benvenisti, « Reclaiming democracy: the strategic uses of foreign and international law by national courts », *American Journal of International Law*, vol. 102, nº 2 (2008), p. 241 à 274.

[657] Cour suprême du Royaume-Uni, *R (Adams) v. Secretary of State for Justice*, [2011] UKSC 18, par. 17 (Lord Phillips) : « Cette pratique, suivie uniquement par un des nombreux signataires du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne permet pas d'éclairer le sens de l'article 14, paragraphe 6 […]. Il n'a pas été avancé qu'il existait une pratique constamment suivie par les signataires qui puisse contribuer à déterminer le sens de ce paragraphe. »

[658] Chambre des lords du Royaume-Uni, *King v. Bristow Helicopters Ltd (Scotland)* [voir *supra* la note 522], par. 81.

[659] Ibid., par. 7 (Lord Mackay) : « Comme je juge important que la Convention de Varsovie soit interprétée de la même manière dans tous les pays qui sont parties à la Convention, j'attache une importance cruciale aux arrêts rendus par la Cour suprême des États-Unis dans les affaires *Eastern Airlines Inc. v. Floyd (1991)* 499 U.S. 530 et *El Al Israel Airlines v. Tseng*, en raison plus particulièrement du rôle de premier plan que joue ce pays dans le domaine du transport aérien. » De même, dans une affaire qui portait sur l'interprétation de l'expression « dignité amoindrie » d'une représentation diplomatique dans le contexte de l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques [*Commissioner of the Australian Federal Police and the Commonwealth of Australia v. Gerardo Magno and Ines Almeida* (voir *supra* la note 654)], le juge Einfeld, de la Cour fédérale d'Australie, a fait référence au paragraphe 3 *b* de l'article 31 et a déclaré que « l'application internationale de la Convention par les pays démocratiques montre que la liberté d'expression dans le pays accréditaire constitue un point important à prendre en considération. Ce facteur entre particulièrement en ligne de compte lorsque l'on se penche sur les manifestations politiques organisées devant des ambassades. Il est utile d'examiner la pratique des pays qui ont une expérience considérable de ce type de situation, comme les États-Unis ou le Royaume-Uni » (par. 30).

[660] Cour suprême du Canada, *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*, [2010] 1 RCS 649, par. 21 (juge Rothstein).

[661] Chambre des lords du Royaume-Uni, *Sidhu v. British Airways*, [1997] AC 430, à la page 453 (Lord Hope) ; et *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* (voir *supra* la note 652), p. 275 et 276 (Lord Wilberforce).

22) Aux termes de l'article 39 de la Convention de Vienne de 1969, «[u]n traité peut être amendé par accord entre les parties». Par ailleurs, le paragraphe 3 *a* de l'article 31 vise les accords ultérieurs intervenus «entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions», et ne semble pas envisager la question de l'amendement ou de la modification. Ainsi que l'Organe d'appel de l'OMC l'a déclaré,

> […] le terme «application» employé à l'article 31 3 *a* se rapporte à la situation où un accord précise de quelle façon des règles existantes ou des obligations en vigueur doivent être «appliquées»; ce terme ne connote pas la création de nouvelles obligations ou la prorogation d'obligations existantes qui sont assujetties à une limitation temporelle […][662].

23) Lus ensemble, le paragraphe 3 *a* de l'article 31 et l'article 39 démontrent que les accords que les parties concluent postérieurement à la conclusion d'un traité peuvent interpréter et amender ou modifier celui-ci[663]. Un accord au sens de l'article 39 ne doit pas nécessairement revêtir la même forme que le traité qu'il amende[664]. Comme l'a jugé la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*:

> Quels que soient sa dénomination particulière et l'instrument dans lequel il est consigné (le procès-verbal de la [Commission administrative du fleuve Uruguay]), cet «arrangement» liait les Parties dans la mesure où elles y avaient consenti, et elles devaient s'y conformer de bonne foi. Celles-ci étaient habilitées à s'écarter des procédures prévues par le statut de 1975, à l'occasion d'un projet donné, par l'effet d'un accord bilatéral approprié[665].

24) Il est souvent difficile de distinguer entre les accords conclus par les parties en vertu d'une disposition conventionnelle spécifique qui confère force obligatoire aux accords ultérieurs, les accords ultérieurs simples visés au paragraphe 3 *a* de l'article 31, qui ne sont pas nécessairement contraignants en tant que tels et, enfin, les accords portant amendement ou modification d'un traité visés aux articles 39 à 41[666]. La jurisprudence internationale et la pratique des États portent à croire[667] que les accords informels dont il est allégué qu'ils dérogent à des obligations conventionnelles doivent être interprétés de manière étroite. Il ne semble pas exister d'autres critères formels que ceux énoncés à l'article 39, s'ils sont applicables, excepté ceux qui peuvent être énoncés dans le traité applicable lui-même, qui soient reconnus comme permettant de distinguer ces différentes formes d'accords ultérieurs. Il est toutefois clair que les États et les tribunaux internationaux sont généralement disposés à accorder aux États parties une assez large latitude pour l'interprétation d'un traité au moyen d'un accord ultérieur. Cette latitude peut même aller au-delà du sens ordinaire des termes du traité. La reconnaissance d'une telle latitude pour l'interprétation d'un traité va de pair avec la réticence des États et des tribunaux à reconnaître qu'un accord a effectivement pour effet d'amender ou de modifier un traité[668]. Ainsi, un accord visant à modifier un traité n'est pas exclu, mais il ne doit pas non plus être présumé[669].

25) S'agissant de savoir si les parties peuvent amender ou modifier un traité par une pratique ultérieure commune, la Commission avait initialement proposé, dans son projet d'articles sur le droit des traités, d'inclure la disposition suivante dans la Convention de Vienne de 1969, qui aurait explicitement reconnu la possibilité d'une modification des traités par une pratique ultérieure:

> *Article 38: Modification des traités par une pratique ultérieure*
>
> Un traité peut être modifié par la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application du traité lorsque celle-ci établit leur accord pour modifier les dispositions du traité[670].

26) Ce projet d'article a suscité un vif débat à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités[671]. Un

---

[662] OMC, *CE – Bananes III (article 21.5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21.5 – États-Unis)* [voir *supra* la note 448], par. 391.

[663] Murphy, «The relevance of subsequent agreement…» (voir *supra la* note 635), à la page 88.

[664] Sinclair (voir *supra* la note 398), p. 107, renvoyant à Waldock, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session…* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 471], 37e séance de la Commission plénière, 24 avril 1968, p. 221, par. 15; Villiger, *Commentary…* (voir *supra* la note 418), p. 513 à 515, par. 7, 9 et 11; et K. Odendahl, «Article 39. General rule regarding the amendment of treaties», dans Dörr et Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties…* (voir *supra* la note 443), p. 699 à 707, à la page 706, par. 16.

[665] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 20 avril 2010 (voir *supra* la note 400), à la page 62, par. 128; voir aussi ibid., à la page 63, par. 131; la Cour a ensuite conclu, en l'espèce, que ces conditions n'avaient pas été remplies, aux pages 62 à 66, par. 128 à 142. Concernant le Statut du fleuve Uruguay, signé à Salto (Uruguay) le 26 février 1975, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1295, no I-21425, p. 331.

[666] Dans la pratique judiciaire, il n'est parfois pas nécessaire de déterminer si un accord a pour effet d'interpréter ou de modifier un traité, voir *Différend territorial* (note 400 *supra*), à la page 31, par. 60 («[…] de l'avis de la Cour, il n'y a, aux fins du présent arrêt, aucune raison de la qualifier de confirmation ou de modification de la déclaration [du 21 mars 1899, qui complète la Convention conclue le 14 juin 1898 entre la France et la Grande-Bretagne]»); on considère parfois qu'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, peut aussi avoir pour effet de modifier un traité (voir Aust, *Modern Treaty Law and Practice* [note 527 *supra*], p. 212 à 214, avec des exemples). Concernant la Convention entre la Grande-Bretagne et la France pour la délimitation de leurs possessions respectives à l'ouest du Niger et de leurs possessions et de leurs sphères d'influence respectives à l'est du Niger, signée à Paris le 14 juin 1898, et la Déclaration additionnelle à la Convention du 14 juin 1898, signée à Londres le 21 mars 1899, voir *British and Foreign State Papers, 1898-1899*, vol. 91, p. 38 et 55 respectivement.

[667] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 20 avril 2010 (voir *supra* la note 400), à la page 63, par. 131, et à la page 66, par. 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)…» (voir *supra* la note 602), à la page 32; Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, sentence interlocutoire no ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) [voir *supra* la note 538], aux pages 125 et 126, par. 132; *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique*, CIRDI, affaire no ARB(AF)/00/1, arbitrage du 9 janvier 2003 au titre du chapitre 11 de l'ALENA, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 470, aux pages 526 et 527, par. 177 (disponible à l'adresse suivante: https://icsid.worldbank.org); *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique* (voir *supra* la note 449), partie IV, chap. C, par. 20 et 21; et deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [voir *supra* la note 388], par. 146 à 165.

[668] Il est possible que les États, dans des contextes diplomatiques et en dehors des procédures judiciaires, tendent à reconnaître plus ouvertement qu'un certain accord ou une pratique commune équivalent à une modification du traité, voir Murphy, «The relevance of subsequent agreement…» (note 635 *supra*), à la page 83.

[669] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 20 avril 2010 (voir *supra* la note 400), à la page 66, par. 140; et Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)…» (voir *supra* la note 602), à la page 32.

[670] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 257 (note de bas de page omise).

[671] Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session…* (A/CONF.39/11) [note 471 *supra*], p. 225 à 233; deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], par. 119 à 121; et Distefano, «La pratique subséquente…» (note 570 *supra*), aux pages 55 à 61.

amendement visant à supprimer le projet d'article 38 a été mis aux voix et adopté par 53 voix contre 15, avec 26 abstentions. Après la Conférence, on s'est demandé si le rejet du projet d'article 38 signifiait que la possibilité d'une modification d'un traité par une pratique ultérieure des parties avait ainsi été exclue. De nombreux auteurs ont conclu que les États qui avaient négocié la Convention de Vienne de 1969 ne souhaitaient tout simplement pas traiter cette question dans celle-ci et que les traités pouvaient, en vertu d'une règle générale du droit coutumier des traités, effectivement être modifiés par une pratique ultérieure établissant l'accord des parties à cet effet[672]. Les cours et tribunaux internationaux, par contre, se sont pour la plupart abstenus de reconnaître cette possibilité depuis l'adoption de la Convention de Vienne de 1969.

27) Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, la Cour internationale de Justice a jugé que « la prise en compte de la pratique ultérieure des parties, au sens de l'article 31-3-*b* de la Convention de Vienne, [pouvait] conduire à s'écarter de l'intention originaire sur la base d'un accord tacite[673] ». Il est difficile de dire si la Cour a ainsi voulu reconnaître que la pratique ultérieure visée au paragraphe 3 *b* de l'article 31 pouvait également avoir pour effet d'amender ou de modifier un traité, ou si elle a simplement fait une observation sur l'interprétation des traités, à savoir que l'intention « originaire » des parties n'est pas nécessairement déterminante dans l'interprétation d'un traité. De fait, la Commission reconnaît dans le projet de conclusion 8 [3] que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme d'autres moyens d'interprétation, « peuvent aider à déterminer si l'intention présumée des parties lors de la conclusion du traité était ou non d'attribuer à un terme un sens susceptible d'évolution dans le temps[674] ». La latitude dont bénéficie « l'interprétation » n'est donc pas nécessairement déterminée par une « intention originaire » immuable, mais doit plutôt être déterminée par la prise en compte d'un ensemble plus large de considérations, y compris certains événements ultérieurs. Ce *dictum* quelque peu ambigu de la Cour amène à se demander jusqu'où la pratique ultérieure visée au paragraphe 3 *b* de l'article 31 peut contribuer à « l'interprétation », et si cette pratique peut avoir pour effet d'amender ou de modifier un traité. Effectivement, faire le départ entre l'interprétation et l'amendement ou la modification d'un traité est en pratique parfois « difficile, sinon impossible »[675].

28) Mis à part son *dictum* dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*[676], la Cour internationale de Justice n'a pas expressément reconnu qu'une pratique ultérieure particulière avait eu pour effet de modifier un traité. On le constate, en particulier, à la lecture de ses avis consultatifs concernant les affaires *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*[677] et *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*[678], dans lesquels elle a reconnu qu'une pratique ultérieure avait un effet important sur la détermination du sens du traité mais n'est pas allée jusqu'à reconnaître expressément qu'une telle pratique avait entraîné un amendement ou une modification du traité[679]. Comme ces avis concernaient des traités portant création d'une organisation internationale, il semble difficile d'en déduire une règle générale du droit des traités. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure relatifs aux actes constitutifs d'organisations internationales font l'objet du projet de conclusion 12 [11][680].

29) D'autres affaires importantes dans lesquelles la Cour internationale de Justice a examiné la question d'une modification éventuelle d'un traité par la pratique suivie ultérieurement par les parties concernent des traités

---

[672] Sinclair (voir *supra* la note 398), p. 138 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 275 à 280 ; Yasseen (voir *supra* la note 398), aux pages 51 et 52 ; Kamto (voir *supra* la note 534), aux pages 134 à 141, en particulier la page 134 ; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra* la note 527), p. 213 ; Villiger, *Commentary…* (voir *supra* la note 418), p. 432, par. 23 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra* la note 443), aux pages 554 et 555, par. 76 [dans le même sens, Odendahl, « Article 39… » (voir *supra* la note 664), aux pages 702 à 704, par. 10 et 11] ; Distefano, « La pratique subséquente… » (voir *supra* la note 570), aux pages 62 à 67 ; H. Thirlway, « The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 − part three », *British Year Book of International Law 2006*, vol. 77, p. 1 à 82, à la page 65 ; M. N. Shaw, *International Law*, 6e éd., Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2008, p. 934 ; I. Buga, « Subsequent practice and treaty modification », dans M. J. Bowman et D. Kritsiotis (dir. publ.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press (à paraître), note 455 et d'autres références ; en désaccord avec cette position, en particulier, et soulignant la solennité de la conclusion d'un traité par opposition au caractère informel de la pratique, Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (voir *supra* la note 635), aux pages 89 et 90 ; voir aussi Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (note 646 *supra*), aux pages 115 à 117 (distinguant entre les positions des tribunaux et des États, et soulignant l'importance des dispositions relatives à l'amendement dans ce contexte).

[673] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), à la page 242, par. 64 ; voir aussi *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France* (note 533 *supra*), à la page 256, par. 62 ; Yasseen (note 398 *supra*), à la page 51 ; Kamto (note 534 *supra*), aux pages 134 à 141 ; et R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, Cologne/Berlin, Heymanns, 1963, p. 132.

[674] Voir *infra* le projet de conclusion 8 [3] et le commentaire y relatif, paragraphes 1 à 18.

[675] Sinclair (voir *supra* la note 398), p. 138 ; voir également Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 275 ; Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (note 635 *supra*), à la page 90 ; B. Simma, « Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 403 *supra*), p. 46 à 49, à la page 49 ; Karl (note 457 *supra*), p. 42 et 43 ; Sorel (note 444 *supra*), aux pages 1319 et 1320, par. 42 ; Dörr, « Article 31… » (note 443 *supra*), aux pages 554 et 555, par. 76 ; cela est vrai même si les deux processus peuvent théoriquement être considérés comme deux processus juridiques « tout à fait distincts », voir l'opinion dissidente jointe par le juge Parra-Aranguren à l'arrêt *Île de Kasikili/Sedudu* (note 400 *supra*), aux pages 1212 et 1213, par. 16 ; dans le même sens, Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (voir *supra* la note 646), à la page 114 ; et Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), p. 168.

[676] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), à la page 242, par. 64.

[677] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (voir *supra* la note 436).

[678] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* la note 400).

[679] Thirlway, « The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 − part three » (voir *supra* la note 672), à la page 64.

[680] Voir *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 80, par. 238 ; et *Annuaire… 2008*, vol. II (2e partie), annexe I, p. 171, par. 42.

relatifs à des frontières. Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))* :

> Dès lors, la conduite du Cameroun sur le territoire en cause n'est pertinente que pour déterminer s'il a acquiescé à une modification du titre conventionnel, éventualité qui ne peut être entièrement exclue en droit […][681].

30) La Cour a constaté l'existence d'un tel acquiescement dans l'*Affaire du temple de Préah Vihéar*, dans laquelle elle a accordé un poids décisif au fait qu'une partie (la France) avait clairement affirmé sa souveraineté, ce qui, selon elle, exigeait une réaction de l'autre partie (la Thaïlande)[682]. Cet arrêt a toutefois été rendu avant l'adoption de la Convention de Vienne de 1969 et donc les États en ont tenu compte, au moins implicitement, dans le cadre de leurs travaux à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités[683]. Il ne va pas non plus jusqu'à reconnaître expressément la modification d'un traité par une pratique ultérieure, puisque la Cour n'a pas tranché la question de savoir si la frontière tracée sur la carte française était compatible avec la ligne de partage des eaux sur laquelle les deux États s'étaient mis d'accord dans le traité frontalier originaire − bien que l'on suppose souvent que tel n'était pas le cas[684].

31) Ainsi, tout en laissant ouverte la possibilité qu'un traité puisse être modifié par la pratique ultérieure des parties, la Cour internationale de Justice n'a pas jusqu'ici expressément reconnu qu'une telle possibilité s'était effectivement réalisée dans une affaire donnée. Elle a préféré retenir des interprétations qui étaient difficiles à concilier avec le sens ordinaire du texte du traité mais qui coïncidaient avec la pratique identifiée des parties[685]. Les décisions en sens contraire de tribunaux arbitraux ont été soit qualifiées d'« exceptions isolées »[686], soit rendues avant la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités et critiquées lors de celle-ci[687].

32) L'Organe d'appel de l'OMC a indiqué clairement qu'il n'accepterait pas une interprétation entraînant une modification d'une obligation conventionnelle, parce que cela ne serait pas une « application » d'une disposition conventionnelle existante[688]. La position de l'Organe d'appel est peut-être influencée par le paragraphe 2 de l'article 3 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, aux termes duquel « [l]es recommandations et décisions de l'[Organe de règlement des différends] ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ».

33) La Cour européenne des droits de l'homme a, à l'occasion, reconnu que la pratique ultérieurement suivie par les parties pouvait être à l'origine d'une modification de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans un *obiter dictum* énoncé en 2003 dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*, en référence à l'*obiter dictum* prononcé en 1989 dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*, la Cour a jugé

> […] qu'une pratique établie au sein des États membres pourrait donner lieu à une modification de la Convention. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une pratique ultérieure en matière de politique pénale nationale, sous la forme d'une abolition généralisée de la peine capitale, pourrait témoigner de l'accord des États contractants pour abroger l'exception ménagée par l'article 2, paragraphe 1, donc pour supprimer une limitation explicite aux perspectives d'interprétation évolutive de l'article 3 ([*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161], par. 103)[689].

---

[681] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 303, à la page 353, par. 68.

[682] *Affaire du temple de Préah Vihéar*, arrêt du 15 juin 1962 (voir *supra* la note 491) : « […] un accusé de réception très net ressort incontestablement de la conduite de la Thaïlande […]. il est clair que les circonstances étaient de nature à appeler […] une réaction » (p. 23) ; « [o]n pourrait difficilement imaginer une affirmation plus nette de titre de souveraineté du côté franco-indochinois », et cela « appelait une réaction » (p. 30).

[683] M. G. Kohen, « *Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu* devant la Cour internationale de Justice », *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), p. 253 à 275, à la page 272.

[684] *Affaire du temple de Préah Vihéar*, arrêt du 15 juin 1962 (voir *supra* la note 491), à la page 26 : « fait qui, s'il est exact, devait être tout aussi évident en 1908 ». Le juge Parra-Aranguren a déclaré que l'*Affaire du temple de Préah Vihéar* démontrait « que la pratique ultérieure en l'occurrence avait eu pour effet de modifier le traité » [*Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), opinion dissidente du juge Parra-Aranguren, à la page 1213, par. 16] ; et Buga (voir *supra* la note 672), note 503.

[685] En particulier, l'avis consultatif relatif à la Namibie [*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (voir *supra* la note 436)] a été lu comme impliquant que la pratique ultérieure avait modifié l'Article 27, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies [voir A. Pellet, « Article 38 », dans A. Zimmermann *et al.* (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p.731 à 870, à la page 844, par. 279, note 809] ; voir également le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], par. 124 à 126.

[686] M. G. Kohen, « Keeping subsequent agreements and practice in their right limits », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra* la note 403), p. 34 à 45, à la page 42, au sujet de la *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, décision du 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente : E/F.05.V.5), p. 83, aux pages 110 et 111, par. 3.6 à 3.10 ; voir aussi *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, sentence du 29 septembre 1988, ibid., vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V.3), p. 1, aux pages 56 et 57, par. 209 et 210, dans laquelle le Tribunal arbitral a jugé, dans un *obiter dictum*, « qu'en cas de contradiction, la ligne frontière démarquée prévaudrait sur l'Accord [du 1er octobre 1906] » (ibid., p. 57) ; mais voir R. Kolb, « La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 14 (2004), p. 9 à 32, à la page 20. L'Accord signé à Rafah le 1er octobre 1906 est reproduit dans le *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, à l'annexe B de l'*Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, p. 114.

[687] *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France* (Interprétation de l'Accord de services de transport aérien entre les États-Unis d'Amérique et la France), 22 décembre 1963, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI (numéro de vente : 69.V.1), p. 5, aux pages 62 et 63 ; *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session…* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 471], 37e séance de la Commission plénière, 24 avril 1968, p. 225, par. 58 (Japon) ; et Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (voir *supra* la note 635), à la page 89.

[688] OMC, *CE − Bananes III (article 21.5 – Équateur II)/ CE − Bananes III (article 21.5 – États-Unis)* [voir *supra* la note 448], par. 391 à 393.

[689] Cour européenne des droits de l'homme, *Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99, 12 mars 2003, par. 191 ; voir aussi *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, CEDH 2010, par. 119, citant l'affaire *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV, et citant *Soering c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 590).

34) Appliquant ce raisonnement, la Cour est parvenue à la conclusion suivante dans l'affaire *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* :

> [T]ous les États membres sauf deux ont désormais signé le Protocole nº 13 à la Convention [de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances], et parmi les signataires, tous sauf trois l'ont ratifié. Ces chiffres, combinés à la pratique constante des États qui observent le moratoire sur la peine capitale, tendent fortement à démontrer que l'article 2 de la Convention interdit aujourd'hui la peine de mort en toutes circonstances. Dans ce contexte, la Cour estime que le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 2 n'interdit plus d'interpréter les mots « peine ou traitement inhumain ou dégradant » de l'article 3 comme s'appliquant à la peine de mort (*Soering*, précité, par. 102 à 104)[690].

35) La jurisprudence des cours et tribunaux internationaux autorise les conclusions suivantes. La position de l'OMC porte à croire qu'un traité peut exclure que la pratique ultérieure des parties ait un effet modificateur. Ainsi, c'est le traité lui-même qui, au premier chef, régit la question. À l'inverse, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme portent à croire qu'un traité peut permettre à la pratique ultérieure des parties d'avoir un effet modificateur. Ainsi, en dernière analyse, cela dépend beaucoup du traité ou des dispositions conventionnelles concernées[691].

36) La situation est plus compliquée dans le cas des traités qui ne donnent aucune indication en la matière. Aucune règle résiduelle claire ne peut être déduite de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en ce qui concerne de tels cas. On peut toutefois conclure que la Cour, tout en estimant que la possibilité qu'un traité soit modifié par la pratique ultérieure des parties « ne [pouvait] être entièrement exclue en droit[692] », considère qu'il convient, dans la mesure du possible, d'éviter de conclure à une telle modification. La Cour préfère retenir des interprétations larges, susceptibles de solliciter le sens ordinaire des termes du traité.

37) Cette conclusion à partir de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice correspond à certaines considérations exprimées lors des débats qu'ont tenus les États sur le projet d'article 38 de la Convention de Vienne de 1969[693]. Aujourd'hui, l'idée que les procédures d'amendement prévues dans un traité ne doivent pas être contournées par des moyens informels semble avoir pris le pas sur l'observation générale, également vraie, voulant que, souvent, le droit international n'est pas aussi formaliste que le droit interne[694]. La préoccupation exprimée par plusieurs États à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, à savoir que la possibilité de modifier un traité par une pratique ultérieure risquait de créer des difficultés en droit constitutionnel interne, a depuis lors également gagné en pertinence[695]. De plus, si le principe *pacta sunt servanda* n'est pas formellement remis en question par un amendement ou une modification d'un traité par la pratique ultérieure qui établit l'accord de toutes les parties, il est également vrai que la stabilité des relations conventionnelles risque d'être compromise si un moyen informel permettant d'identifier un accord comme constituant une pratique ultérieure pouvait aisément modifier un traité[696].

38) En conclusion, si, en l'absence dans le traité d'indications d'effet contraire, l'idée qu'une pratique ultérieure établissant l'accord des parties peut théoriquement entraîner des modifications d'un traité jouit d'un certain appui dans la jurisprudence internationale, la réalisation effective de cette possibilité ne saurait être présumée. En pratique, les États et les tribunaux préfèrent ne ménager aucun effort pour voir dans une pratique ultérieure établissant l'accord des parties un effort pour interpréter le traité d'une manière particulière. De tels efforts pour interpréter un traité de manière large sont possibles, car l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 n'accorde la primauté à aucun des moyens particuliers d'interprétation qu'il vise, mais exige de l'interprète qu'il tienne compte de tous les moyens d'interprétation selon qu'il est approprié[697]. Dans ce contexte, la question de savoir dans quelle mesure une interprétation évolutive de la disposition conventionnelle concernée est possible est importante[698].

---

[690] *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 689), par. 120 ; voir aussi B. Malkani, « The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, nº 3 (2013), p. 523 à 556.

[691] Voir Buga (note 672 *supra*), notes 126 à 132.

[692] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt du 10 octobre 2002 (voir *supra* la note 681), à la page 353, par. 68.

[693] Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], par. 119 à 121.

[694] Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (voir *supra* la note 635), à la page 89 ; Simma, « Miscellaneous thoughts on subsequent agreements… » (voir *supra* la note 675), à la page 47 ; Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (voir *supra* la note 646), aux pages 115 à 117 ; et J. E. Álvarez, « Limits of change by way of subsequent agreements and practice », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra* la note 403), p. 123 à 132, à la page 130.

[695] Voir *NATO Strategic Concept Case*, Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvE 6/99, arrêt de la Deuxième Chambre du 22 novembre 2001, par. 19 à 21 (traduction anglaise disponible à l'adresse suivante : www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html) ; Cour fédérale des finances d'Allemagne, BFHE, vol. 157, p. 39, aux pages 43 et 44 ; ibid., vol. 227, p. 419, à la page 426 ; ibid., vol. 181, p. 158, à la page 161 ; S. Kadelbach, « Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 403 *supra*), p. 145 à 153, aux pages 145 à 148 ; Álvarez, « Limits of change… » (note 694 *supra*), à la page 130 ; I. Wuerth, « Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 403 *supra*), p. 154 à 159 ; et H. Ruiz Fabri, « Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy », ibid., p. 160 à 166, aux pages 165 et 166.

[696] Voir, par exemple, Kohen, « *Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente… » (note 683 *supra*), à la page 274 (en particulier en ce qui concerne les traités frontaliers).

[697] Voir *supra* le projet de conclusion 2 [1], paragraphe 5, et le commentaire y relatif ; voir aussi Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (note 646 *supra*), à la page 117 ; certains auteurs considèrent que l'éventail de ce qui est concevable en tant qu'« interprétation » est plus large dans le cas d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure relevant du paragraphe 3 de l'article 31 que dans le cas des interprétations par d'autres moyens d'interprétation, y compris l'éventail des interprétations évolutives par les cours et tribunaux, par exemple, Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 275 ; et Dörr, « Article 31… » (voir *supra* la note 443), aux pages 554 et 555, par. 76.

[698] Voir le projet de conclusion 8 [3] ; dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, par exemple, la Cour internationale de Justice a pu laisser ouverte la question de savoir si le terme *comercio* avait été modifié par la pratique ultérieure des parties, puisqu'elle avait décidé qu'il était possible de donner à ce terme une interprétation évolutive [*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), aux pages 242 et 243, par. 64 à 66].

Conclusion 8 [3]. L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peuvent aider à déterminer si l'intention présumée des parties lors de la conclusion du traité était ou non d'attribuer à un terme un sens susceptible d'évolution dans le temps.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 8 [3] vise le rôle que peuvent jouer les accords ultérieurs et la pratique ultérieure lorsque se pose la question plus générale de savoir si le sens des termes d'un traité est susceptible d'évolution dans le temps.

2) Dans le cas des traités, la question qui se pose habituellement au sujet du droit dit intertemporel[699] est celle de savoir si un traité doit être interprété à la lumière des circonstances et du droit existant au moment où il a été conclu (interprétation « contemporaine » ou « statique ») ou des circonstances et du droit existant au moment où il est appliqué (interprétation « évolutive » ou « dynamique »)[700]. La règle énoncée par l'arbitre Max Huber dans la sentence rendue en l'affaire de l'*Île de Palmas*, selon laquelle « un acte juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque »[701], a conduit de nombreuses juridictions internationales, ainsi que de nombreux auteurs, à privilégier de manière générale l'interprétation contemporaine[702]. Cela étant, dans l'*Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer*, le Tribunal arbitral a déclaré qu'« une interprétation évolutive des traités recueille à l'heure actuelle le suffrage des principaux auteurs[703] ».

3) En 1966, dans son commentaire du projet d'articles sur le droit des traités, la Commission a considéré que « toute tentative de formuler une règle tenant compte de l'élément temporel, de manière complète et détaillée, ne manquerait pas de soulever des difficultés » et a donc « conclu qu'elle devait omettre l'élément temporel »[704]. De même, en 2006, le Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international a conclu à l'issue de ses débats qu'il était difficile de formuler et d'accepter de manière consensuelle une règle générale privilégiant soit le « principe d'interprétation contemporaine », soit celui d'une interprétation qui reconnaisse la nécessité de tenir compte de l'« évolution du sens » des traités[705].

4) Le projet de conclusion 8 [3] ne doit pas être compris comme exprimant une quelconque position quant à l'opportunité de suivre une approche plus contemporaine ou au contraire plus évolutive dans l'interprétation des traités en général. Il insiste plutôt sur le fait que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme tout autre moyen d'interprétation des traités, peuvent étayer une interprétation aussi bien contemporaine qu'évolutive, selon le cas. La Commission a ainsi conclu que ces moyens d'interprétation pouvaient « aider à déterminer si » une interprétation évolutive était ou non appropriée à l'égard d'un terme donné d'un traité.

5) On retrouve la même approche dans la jurisprudence des juridictions internationales. Lorsqu'elles ont retenu une interprétation évolutive − à des degrés divers −, celles-ci semblent avoir procédé au cas par cas pour déterminer, en s'aidant des différents moyens d'interprétation visés aux articles 31 et 32, s'il convenait ou non d'attribuer à un terme d'un traité un sens susceptible d'évolution dans le temps.

6) La Cour internationale de Justice, en particulier, est réputée avoir suivi deux tendances dans sa jurisprudence, l'une en faveur d'une interprétation plus « contemporaine » et l'autre en faveur d'une interprétation plus « évolutive », comme l'a fait observer le juge ad hoc Guillaume dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*[706]. C'est principalement lorsqu'elles concernent des termes spécifiques d'un traité (« partage des eaux[707] », « chenal principal/thalweg[708] »,

---

[699] T. O. Elias, « The doctrine of intertemporal law », *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), p. 285 à 307 ; D. W. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2001 ; M. Fitzmaurice, « Dynamic (evolutive) interpretation of treaties, Part I », *Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 21 (2008), p. 101 à 153 ; M. Kotzur, « Intertemporal Law », Max Planck Encyclopedia of Public International Law, avril 2008, disponible à l'adresse suivante : http://opil.ouplaw.com/home/epil ; U. Linderfalk, « Doing the right thing for the right reason: why dynamic or static approaches should be taken in the interpretation of treaties », *International Community Law Review*, vol. 10, n° 2 (2008), p. 109 à 141 ; et A. Verdross et B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p. 496 et suiv., par. 782 et suiv.

[700] M. Fitzmaurice, « Dynamic (evolutive) interpretation… » (voir *supra* la note 699).

[701] *Île de Palmas (Pays-Bas/États-Unis)*, sentence du 4 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 829, à la page 845.

[702] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 240, par. 11.

[703] *Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer (« Ijzeren Rijn »)* [voir *supra* la note 402], à la page 235, par. 81 ; voir, par exemple, Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 527 *supra*), p. 215 et 216 ; Fitzmaurice, « Dynamic (evolutive) interpretation… » (note 699 *supra*) ; G. Distefano, « L'interprétation évolutive de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, vol. 115, n° 2 (2011), p. 373 à 396, aux pages 384 et 389 et suiv. ; Higgins, « Some observations on the inter-temporal rule… » (note 630 *supra*), aux pages 174 et suiv. ; Sorel (note 444 *supra*), aux pages 1294 et 1295, par. 8 ; P.-M. Dupuy, « Evolutionary interpretation of treaties: between memory and prophecy », dans Cannizaro (dir. publ.) [note 443 *supra*], p. 123 à 137, aux pages 125 et suiv. ; et Kotzur (note 699 *supra*), par. 14.

[704] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 242, par. 16 ; et Higgins, « Some observations on the intertemporal rule… » (voir *supra* la note 630), à la page 178.

[705] Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1) [voir *supra* la note 570], par. 478.

[706] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), déclaration du juge ad hoc Guillaume, p. 290, aux pages 294 et suiv., par. 9 et suiv. ; voir aussi *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 90, par. 479 ; rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1) [note 570 *supra*], par. 478 ; résolution sur le problème intertemporel en droit international public adoptée par l'Institut de droit international, 11 août 1975, Wiesbaden (Allemagne) [« Le problème intertemporel en droit international public »], *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56 (1975), p. 536 et suiv. (disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org).

[707] *Affaire concernant un litige frontalier entre la République argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy*, décision du 21 octobre 1994, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII (numéro de vente : E/F.00.V.7), p. 3 à 149, à la page 43, par. 130 ; voir aussi, pour ce qui concerne l'expression « partage des eaux », *Affaire du temple de Préah Vihéar*, arrêt du 15 juin 1962 (note 491 *supra*), aux pages 16 à 22.

[708] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), aux pages 1060 à 1062, par. 21 et 25.

noms de lieux[709] et « embouchure » d'une rivière[710]) que les décisions privilégient une approche plus contemporaine. À l'inverse, celles qui préconisent une interprétation évolutive semblent concerner des termes plus généraux. Il en est ainsi, en particulier, des termes qui sont par définition évolutifs, comme les expressions « les conditions particulièrement difficiles du monde moderne » ou « le bien-être et le développement de ces peuples », qui figuraient à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations. La Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif sur la *Namibie*, leur a donné un sens évolutif en prenant en considération l'évolution du droit des peuples à l'autodétermination après la Seconde Guerre mondiale[711]. Le caractère « générique » d'un terme donné[712] dans un traité et le fait qu'un traité ait été conclu « sans limite de durée »[713] peuvent aussi justifier un sens évolutif.

7) D'autres organes judiciaires internationaux retiennent eux aussi une interprétation évolutive dans certains cas, quoiqu'en étant plus ou moins ouverts à l'égard de cette approche. L'Organe d'appel de l'OMC n'y a eu que rarement recours. Il a toutefois conclu, dans une affaire bien connue, que « le contenu ou la référence de l'expression générique "ressources naturelles" employée dans l'article XX *g*) ne sont pas "statiques" mais plutôt "par définition évolutifs"[714] ». La Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer a estimé quant à elle que le sens attribué à certaines obligations « de veiller à »[715] pouvait « changer dans le temps[716] », et a souligné que le régime de la responsabilité de l'État au titre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer était ouvert à l'évolution du droit et n'était « pas considéré comme immuable[717] ». La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré de manière plus générale que « la Convention [était] un instrument vivant à interpréter […] à la lumière des conditions de vie actuelles[718] ». La Cour interaméricaine des droits de l'homme suit elle aussi de manière plus générale une approche évolutive en matière d'interprétation, en particulier dans le cadre de son application du principe dit *pro homine*[719]. Dans l'*Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer*, le Tribunal arbitral a estimé que la nécessité de garantir la viabilité et l'efficacité d'un mécanisme ferroviaire transfrontalier multidimensionnel était une raison suffisamment importante pour que même des règles relativement techniques soient interprétées selon une approche évolutive[720].

8) En fin de compte, la plupart des juridictions internationales n'ont pas eu recours à l'interprétation évolutive comme une forme distincte d'interprétation, mais sont parvenues à cette interprétation dans leur application des différents moyens d'interprétation énumérés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, en appréciant certains critères (en particulier ceux mentionnés au paragraphe 6 *supra*) au cas par cas. Par conséquent, toute interprétation évolutive donnée au sens d'un terme dans le temps doit résulter du processus ordinaire d'interprétation des traités[721].

9) La Commission considère que cet état de fait va dans le sens de l'approche qu'elle a initialement suivie à l'égard de l'interprétation des traités :

> […] la Commission a abordé le problème de l'interprétation des traités en partant de l'idée que le texte du traité doit être présumé constituer l'expression authentique de l'intention des parties et que l'interprétation a pour objet d'élucider le sens du texte et non pas d'étudier *ab initio* les intentions supposées des parties […] en faisant du sens ordinaire des termes, du contexte du traité, de son objet et de son but, des règles générales du droit international et de l'interprétation authentique par les parties les critères essentiels de l'interprétation d'un traité[722].

C'est pourquoi, dans le projet de conclusion 8 [3], l'expression « intention présumée » s'entend de l'intention des parties telle qu'elle a été déterminée par l'application des

---

[709] *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie* (voir *supra* la note 686), à la page 110, par. 3.5.

[710] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt du 10 octobre 2002 (voir *supra* la note 681), aux pages 339, par. 48, et 346, par. 59.

[711] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (voir *supra* la note 436), à la page 31, par. 53.

[712] *Plateau continental de la mer Égée*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1978*, p. 3, à la page 32, par. 77 ; et rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1) [voir *supra* la note 570], par. 478.

[713] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), à la page 243, par. 66.

[714] OMC, *États-Unis – Crevettes* (voir *supra* la note 648), par. 130.

[715] Voir Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 153, par. 4, et annexe III, art. 4, par. 4.

[716] *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir *supra* la note 401), par. 117.

[717] Ibid., par. 211.

[718] *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A n° 26, par. 31.

[719] *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure judiciaire* (voir *supra* la note 435), par. 114 [« Cette orientation est particulièrement pertinente pour le droit international des droits de l'homme, qui a considérablement progressé grâce à une interprétation évolutive des instruments internationaux de protection de ces droits. Une telle interprétation évolutive est compatible avec les règles générales d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne de 1969. Aussi bien la présente Cour, dans son avis consultatif sur l'interprétation de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (1989), que la Cour européenne des droits de l'homme, dans les affaires *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978), *Marckx c. Belgique* (1979) et *Loizidou c. Turquie* (1995), entre autres, ont fait observer que les traités relatifs aux droits de l'homme étaient des instruments vivants dont l'interprétation devait tenir compte des temps qui changent et, en particulier, des conditions de vie actuelles. »] (notes de bas de page omises).

[720] *Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer (« Ijzeren Rijn »)* [voir *supra* la note 402], à la page 235, par. 80 : « En l'espèce, il n'est pas question ici d'un terme conceptuel ou générique, mais plutôt de développements techniques nouveaux, relatifs à l'exploitation et à la capacité du chemin de fer » ; voir également *Plateau continental de la mer Égée* (note 712 *supra*), à la page 32, par. 77 ; et *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, sentence du 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V.3), p 119 à 213, aux pages 151 et 152, par. 85.

[721] Comme l'a fait observer le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international dans son rapport de 2006, « il faut partir de l'idée que se prononcer sur [la] question [de l'interprétation évolutive] revient à interpréter le traité lui-même » [A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1 (voir *supra* la note 570), par. 478].

[722] *Annuaire… 1964*, vol. II, document A/5809, p. 216, par. 15 ; voir aussi le paragraphe 13 : « Le paragraphe 3 énumère comme autres éléments authentiques d'interprétation : *a*) les accords intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation du traité, et *b*) toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi clairement l'accord de toutes les parties sur l'interprétation du traité. » (ibid., p. 215) ; de son côté, Sir Humphrey Waldock, dans son troisième rapport sur le droit des traités, a expliqué que les travaux préparatoires n'étaient pas, en soi, des moyens authentiques d'interprétation (ibid., document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 59 et 60, par. 21).

différents moyens d'interprétation visés aux articles 31 et 32. L'« intention présumée » n'est donc pas une volonté initiale susceptible d'être identifiée séparément, et les travaux préparatoires ne sont pas le premier élément sur lequel il convient de s'appuyer pour déterminer l'intention présumée des parties ; comme l'indique l'article 32, ils ne sont qu'un moyen complémentaire d'interprétation. Et même si c'est l'intention des parties que l'on recherche par l'interprétation, celui qui interprète doit pour cela se fonder sur les moyens d'interprétation disponibles au moment de l'acte d'interprétation, parmi lesquels figurent les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties au traité. Celui qui interprète doit donc répondre à la question de savoir si l'on peut présumer que les parties, au moment de la conclusion du traité, avaient l'intention de donner à l'un des termes employés un sens susceptible d'évoluer dans le temps.

10) Le projet de conclusion 8 [3] n'exprime aucune position sur la question de savoir s'il convient de suivre une approche plus contemporaine ou plus évolutive dans l'interprétation des traités en général (voir *supra* le paragraphe 4 du commentaire). Il faut toutefois comprendre qu'il appelle à faire preuve d'une certaine prudence avant de conclure en faveur d'une approche évolutive dans un cas particulier. À cette fin, le projet de conclusion 8 [3] souligne que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, en tant que moyens d'interprétation, peuvent donner à celui qui interprète des indications utiles pour déterminer, dans le cadre du processus ordinaire d'interprétation des traités, si le sens d'un terme est susceptible d'évolution dans le temps[723].

11) Cette approche s'appuie sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales, qui vont dans le même sens. Dans son avis consultatif sur la *Namibie*, la Cour internationale de Justice a pris en considération la pratique des organes de l'Organisation des Nations Unies et des États pour formuler les conclusions qu'elle a tirées de la nature intrinsèquement évolutive du droit à l'autodétermination[724]. Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, elle a jugé « significatif » que le « sens naturel et générique », selon elle, de l'expression « statut territorial » fût confirmé par la pratique administrative de l'Organisation des Nations Unies et par le comportement de la partie qui avait invoqué une interprétation restrictive dans un contexte différent[725]. En tout état de cause, dans les décisions où elle a retenu une interprétation évolutive, la Cour internationale de Justice ne s'est pas écartée du sens possible du texte et de l'intention présumée des parties au traité, qui avaient été exprimés également dans les accords ultérieurs et la pratique ultérieure[726].

12) L'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* est un autre exemple de la manière dont les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties peuvent aider à déterminer s'il faut attribuer un sens susceptible d'évolution dans le temps. Appelée à interpréter le terme *comercio* dans un traité de 1858, la Cour a constaté ce qui suit :

> D'une part, la prise en compte de la pratique ultérieure des parties, au sens de l'article 31 3 *b* de la Convention de Vienne, peut conduire à s'écarter de l'intention originaire sur la base d'un accord tacite entre les parties. D'autre part, il existe des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été […] de conférer aux termes employés […] un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international[727].

La Cour a ensuite relevé que le terme *comercio* était un « terme générique » dont les parties « ne pouvaient pas ignorer que le sens était susceptible d'évoluer avec le temps » et que « le traité en cause a[vait] été conclu pour une très longue période », ce qui l'amenait à conclure que « les parties d[evaient] être présumées […] avoir eu l'intention de conférer » à ce terme « un sens évolutif »[728]. Dans son opinion individuelle, le juge Skotnikov, tout en ne souscrivant pas à ce raisonnement, est parvenu à la même conclusion en constatant l'existence d'une pratique ultérieure plus récente du Costa Rica sous la forme d'activités touristiques menées sur le fleuve San Juan « depuis au moins dix ans » contre lesquelles le Nicaragua n'avait « jamais protesté », ayant même « systématiquement autorisé la navigation touristique », ce qui indiquait selon lui que « les Parties [étaient] parvenues à un accord » concernant l'interprétation du traité[729].

13) Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a parfois pris en considération des formes plus générales de pratique étatique, notamment d'évolutions dans la législation des États qui, à leur tour, peuvent modifier l'interprétation de la définition des crimes ou de leurs éléments constitutifs. Dans l'affaire *Furundžija*[730], par exemple, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, à la recherche d'une définition du crime de viol tel qu'interdit par l'article 27 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, par l'article 76, paragraphe 1, du Protocole I et par l'article 4, paragraphe 2 *e*, du Protocole II, a examiné les principes de droit pénal communs à l'ensemble des grands systèmes juridiques du monde et a relevé

> la tendance qui se retrouve dans le droit interne de plusieurs États d'élargir la définition du viol pour y englober des actes qui étaient

---

[723] Voir également Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 292 à 294 ; Kolb, *Interprétation et création du droit International* (note 526 *supra*), p. 488 à 501 ; J. Arato, « Subsequent practice and evolutive interpretation: techniques of treaty interpretation over time and their diverse consequences », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, nº 3 (2010), p. 443 à 494, aux pages 444, 445 et 465 et suiv.

[724] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (voir *supra* la note 436), aux pages 30 et 31, par. 49 à 51.

[725] *Plateau continental de la mer Égée* (voir *supra* la note 712), à la page 31, par. 74.

[726] Voir *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal* (note 720 *supra*), aux pages 151 et 152, par. 85.

[727] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), à la page 242, par. 64. Concernant le traité Cañas-Jerez sur les limites territoriales entre le Costa Rica et le Nicaragua, signé à San José le 15 avril 1858, voir *Colección de Tratados*, San José, Secrétariat des relations extérieures, 1907, p. 159 (traduction anglaise disponible dans *British and Foreign State Papers 1857-1858*, vol. 48, Londres, William Ridgway, 1866, p. 1049).

[728] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), à la page 243, par. 66 à 68.

[729] Ibid., opinion individuelle du juge Skotnikov, p. 283, à la page 285, par. 9 et 10.

[730] *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire nº IT-95-17/1-T, jugement du 10 décembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1998*, vol. I, p. 466 et suiv., aux pages 580 et suiv., par. 165 et suiv.

autrefois assimilés à des délits relativement moins graves, à savoir les violences sexuelles ou l'attentat à la pudeur. Cette évolution prouve qu'en droit interne, les États adoptent dans l'ensemble une attitude plus stricte envers des formes graves de violences sexuelles […][731].

14) Dans son approche consistant à considérer un instrument comme « vivant », la Cour européenne des droits de l'homme se fonde elle aussi, entre autres, sur différentes formes de pratique ultérieure[732]. Bien qu'elle ne recherche généralement pas « l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31, les décisions dans lesquelles elle adopte une approche évolutive sont régulièrement étayées par une description détaillée de la pratique ultérieure (pratique étatique et sociale, et pratique juridique internationale)[733].

15) La Cour interaméricaine des droits de l'homme, même si elle ne se réfère qu'assez rarement à la pratique ultérieure, tient souvent compte d'évolutions plus générales dans la sphère internationale, une approche qui se situe quelque part entre le recours à la pratique ultérieure et le recours à « toute règle pertinente » visée au paragraphe 3 *c* de l'article 31[734]. Dans l'affaire *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, par exemple, la Cour a fait observer que

> […] les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants [*instrumentos vivos*] dont l'interprétation doit s'adapter aux temps qui changent et, en particulier, aux conditions de vie actuelles[735].

16) Le Comité des droits de l'homme suit aussi, dans certains cas, une approche évolutive fondée sur les changements survenus dans la pratique des États. Ainsi, dans l'affaire *Judge c. Canada*, il s'est écarté de sa jurisprudence établie par l'affaire *Kindler c. Canada*[736] en expliquant ce qui suit :

> Le Comité souligne que la décision invoquée comme jurisprudence a été rendue il y a plus de dix ans et que depuis lors il est apparu un consensus international grandissant en faveur de l'abolition de la peine capitale et, dans les États qui ne l'ont pas abolie, un consensus grandissant en faveur de la non-exécution de cette peine[737].

Dans l'affaire *Yoon et Choi c. République de Corée*, le Comité a souligné que le sens de tout droit énoncé dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques évoluait dans le temps et a conclu que le paragraphe 3 de l'article 18 du Pacte offrait désormais à toute personne au moins une certaine protection contre l'obligation d'agir de manière contraire à ses croyances religieuses sincères. Le Comité tire cette conclusion du fait qu'« un nombre croissant d'États parties au Pacte, qui maintiennent le service militaire obligatoire, ont mis en place un dispositif de substitution à ce service[738] ».

17) Enfin, les tribunaux établis sous les auspices du CIRDI ont souligné que la pratique ultérieure pouvait être un moyen particulièrement important aux fins d'interpréter certaines dispositions que les parties considéraient comme susceptibles d'évoluer à la lumière de leur pratique conventionnelle ultérieure. Ainsi, dans l'affaire *Mihaly International Corporation c. République socialiste démocratique de Sri Lanka*, le tribunal a déclaré ce qui suit :

> Aucune des parties n'a affirmé que la Convention [pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États] contenait a priori une définition précise de l'« investissement ». Au contraire, la définition devait se dégager de la pratique ultérieurement suivie par les États, conservant ainsi son intégrité et sa souplesse et permettant par la suite un développement progressif du droit international dans le domaine de l'investissement[739].

18) La jurisprudence des juridictions internationales et les décisions des organes conventionnels d'experts confirment par conséquent que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des articles 31 et 32 « peuvent aider à déterminer » s'il convient ou non d'attribuer à un « terme » un « sens susceptible d'évolution dans le temps ». Le vocable « terme » ne s'entend pas seulement de mots ou d'expressions spécifiques (tels que « commerce », « statut territorial », « viol » ou « investissement »), mais peut s'appliquer également à des notions interdépendantes ou transversales (comme il en existe dans les traités relatifs aux droits de l'homme, par exemple celles que traduisent les expressions « par la loi » ou « nécessaires », employées respectivement aux articles 9 et 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques). Les « termes » d'un traité étant des éléments des règles contenues dans celui-ci, ils recouvrent les règles correspondantes.

---

[731] Ibid., par. 179 ; voir aussi *Le Procureur c. Alfred Musema*, affaire n° ICTR-96-13-A, jugement du 27 janvier 2000, Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance I, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts 2000*, vol. II, p. 1512 et suiv., aux pages 1597 et suiv., par. 220 et suiv., en particulier le paragraphe 228.

[732] Voir Nolte, « Jurisprudence under special regimes… » (note 403 *supra*), aux pages 246 et suiv.

[733] *Öcalan c. Turquie* [GC] (voir *supra* la note 689), par. 163 ; *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, CEDH 2004-VIII, par. 4 et 70 ; *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, série A n° 112, par. 53 ; *Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03, CEDH 2011, par. 63 ; *Soering c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 590), par. 103 ; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 689), par. 119 et 120 ; et *Demir et Baykara c. Turquie* [GC] (voir *supra* la note 404), par. 76.

[734] Voir, par exemple, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, arrêt (fond) du 29 juillet 1988, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C n° 4, par. 151 ; et *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure judiciaire* (note 435 *supra*), par. 130 à 133 et 137.

[735] *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, jugement du 31 août 2001 (fond, réparations et frais et dépens), série C n° 79, par. 146 ; voir également *Interprétation de la déclaration américaine sur les droits et les devoirs de l'homme dans le cadre de l'article 64 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme*, avis consultatif OC-10/89 du 14 juillet 1989, série A n° 10, par. 38.

[736] *Kindler c. Canada*, communication n° 470/1991, constatations adoptées le 30 juillet 1993, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 40* [A/48/40 (Vol. II)], annexe XII, U.

[737] *Judge c. Canada*, communication n° 829/1998, constatations adoptées le 5 août 2003, ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 40* [A/58/40 (Vol. II)], annexe VI, G, par. 10.3.

[738] *Yoon et Choi c. République de Corée* (voir *supra* la note 510), par. 8.4.

[739] *Mihaly International Corporation c. République socialiste démocratique de Sri Lanka*, CIRDI, affaire n° ARB/00/2, sentence et opinion individuelle concordante du 15 mars 2002 (traité bilatéral d'investissement entre Sri Lanka et les États-Unis), *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 308 et suiv., à la page 317, par. 33 [voir également *ICSID Review − Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, n° 1 (2002), p. 151 et 161] ; voir de même *Autopista Concesionada de Venezuela, CA c. République bolivarienne du Venezuela*, CIRDI, affaire n° ARB/00/5, décision du 27 septembre 2001 sur la compétence, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 439, par. 97. Le texte de l'Accord entre les États-Unis d'Amérique et la République socialiste démocratique de Sri Lanka relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements, fait à Colombo le 20 septembre 1991, est disponible sur le site Web https://investmentpolicy.unctad.org, section « International Investment Agreements Navigator ».

19) De manière similaire, la pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31 et de l'article 32 a conduit les juridictions nationales à une interprétation tantôt plus évolutive tantôt plus statique des traités. Par exemple, dans une affaire concernant la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande a interprété l'expression « droits de garde » comme englobant non seulement des droits légaux mais aussi des « droits de facto ». Après avoir examiné la pratique législative et judiciaire dans différents États et rappelé le paragraphe 3 *b* de l'article 31, la Cour a estimé que cette pratique « témoignait d'un changement fondamental d'état d'esprit » qui conduisait à une interprétation moderne de l'expression « droits de garde » plutôt qu'à une interprétation « suivant les critères en vigueur en 1980 »[740]. De même, dans une série d'affaires relative à l'interprétation du Traité de l'Atlantique Nord au regard des changements intervenus sur le plan de la sécurité internationale depuis la fin de la guerre froide, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a également jugé que les accords et la pratique ultérieurs au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31 « pouvaient acquérir de l'importance pour la signification du traité » et a conclu que tel avait été le cas[741].

20) D'autres décisions rendues par des juridictions nationales confirment que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure visés au paragraphe 3 de l'article 31 et à l'article 32 ne vont pas nécessairement dans le sens des interprétations évolutives d'un traité. Ainsi, dans l'arrêt *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd et al*., la Cour suprême des États-Unis a été amenée à déterminer si l'expression « lésion corporelle » figurant à l'article 17 de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, de 1929, visait non seulement les lésions physiques mais aussi les blessures purement psychologiques. Au vu des « comportements adoptés depuis 1929 » et des « interprétations retenues par les signataires », la Cour a souligné que, en dépit de certaines initiatives contraires, la plupart des parties avaient toujours considéré que cette expression ne désignait que les lésions physiques[742].

Conclusion 9 [8]. Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation

1. Le poids d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure comme moyens d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3, dépend, entre autres, de leur clarté et de leur spécificité.

2. Le poids de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, dépend en outre de la mesure dans laquelle cette pratique est répétée et de la manière dont elle est répétée.

3. Le poids de la pratique ultérieure comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 peut dépendre des critères visés aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 9 [8] énonce certains critères pouvant aider à déterminer le poids à accorder à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure spécifiques dans le processus d'interprétation dans un cas particulier. Naturellement, le poids à accorder aux accords ultérieurs ou à la pratique ultérieure doit aussi être déterminé compte tenu des autres moyens d'interprétation (voir *supra* le projet de conclusion 2 [1], paragraphe 5).

Paragraphe 1 – poids : clarté, spécificité et autres éléments

2) Le paragraphe 1 concerne le poids d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, et il traite donc à la fois de l'alinéa *a* et de l'alinéa *b* d'un point de vue général. Il précise que le poids à accorder à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure comme moyen d'interprétation dépend, entre autres, de sa clarté et de sa spécificité. L'emploi de l'expression « entre autres » indique que ces critères ne doivent pas être considérés comme exhaustifs. D'autres critères peuvent concerner le moment où l'accord a été conclu ou celui où la pratique est intervenue[743], l'importance accordée par les parties à un accord particulier ou à une pratique particulière, ou la charge de la preuve applicable.

3) Le poids à accorder dans l'interprétation aux accords ultérieurs et à la pratique ultérieure par rapport aux autres moyens d'interprétation dépend souvent de leur clarté et de leur spécificité en relation avec le traité concerné[744]. Cela est confirmé, par exemple, par des décisions de la Cour internationale de Justice, des sentences arbitrales et des rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC[745]. La sentence du tribunal du CIRDI dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* est instructive :

> Il est vrai que les traités conclus entre une des Parties contractantes et des États tiers peuvent être pris en considération pour clarifier le sens du texte d'un traité au moment où il a été conclu. Le

[740] Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, *C v. H* [2009] NZCA 100, par. 175 à 177, 195 et 196 (juge Baragwanath) ; voir aussi le paragraphe 31 (juge Chambers) : « Il est impossible de réviser le texte rédigé et adopté en 1980, car toute révision devrait être acceptée par un très grand nombre d'États contractants. Les transformations qui s'imposent pour accompagner les tendances sociales ou autres doivent se réaliser par des évolutions de l'interprétation. Aux termes de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui est également entrée en vigueur en 1980, il est permis de se livrer à un tel exercice. L'article 31, paragraphe 3 *b*, de cette convention autorise une interprétation qui reflète "toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité" ». Dans le même sens, Cour suprême du Canada, *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [1998] 1 RCS 982, par. 129 (juge Cory).

[741] Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, BVerfGE, vol. 90 (voir *supra* la note 450), aux pages 363 et 364, par. 276 ; ibid., vol. 104, p. 151, aux pages 206 et 207.

[742] Cour suprême des États-Unis, *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd* et al., 499 U.S. 530, p. 546 à 549 ; voir aussi Chambre des lords du Royaume-Uni, *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)* [note 522 *supra*], par. 98 et 125 (Lord Hope).

[743] Dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, la Cour a privilégié la pratique qui était la plus proche de l'entrée en vigueur, *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [voir *supra* la note 583], à la page 50, par. 126.

[744] Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (voir *supra* la note 635), à la page 91.

[745] Voir, par exemple, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* (note 485 *supra*), à la page 55, par. 38 ; *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France* (note 533 *supra*), à la page 259, par. 74 ; OMC, *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro* (note 493 *supra*) ; OMC, *États-Unis − Coton upland* (note 410 *supra*), par. 625.

plaignant a fait une présentation très claire et judicieuse de la pratique suivie par la Bulgarie pour conclure des traités d'investissement postérieurement à la conclusion en 1987 de son traité bilatéral d'investissement avec Chypre. Dans les années 1990, après que le régime communiste eut changé en Bulgarie, le pays a commencé à conclure des traités bilatéraux d'investissement contenant des dispositions relatives au règlement des différends beaucoup plus libérales, y compris le recours à l'arbitrage du CIRDI. Toutefois, cette pratique n'est pas particulièrement pertinente en l'espèce puisque les négociations ultérieures entre la Bulgarie et Chypre indiquent que ces parties contractantes n'entendaient pas donner à la disposition [de la nation la plus favorisée] le sens qui aurait pu autrement être déduit de la pratique conventionnelle ultérieure de la Bulgarie. La Bulgarie et Chypre ont négocié une révision de leur traité bilatéral d'investissement en 1998. Les négociations n'ont pas abouti mais ont expressément envisagé une révision des dispositions relatives au règlement des différends […]. On peut déduire de ces négociations que les Parties contractantes du traité bilatéral d'investissement ne considéraient pas elles-mêmes que la disposition [de la nation la plus favorisée] s'appliquât aux dispositions relatives au règlement des différends figurant dans d'autres traités bilatéraux d'investissement[746].

4) Si la Cour internationale de Justice et les tribunaux arbitraux tendent à accorder davantage de poids dans l'interprétation à la pratique ultérieure assez spécifique des États, la Cour européenne des droits de l'homme procède souvent à des évaluations comparatives larges du droit interne ou des positions adoptées par les États sur le plan international[747]. Dans ce dernier contexte, il ne faut pas oublier que les droits et obligations énoncés dans les traités relatifs aux droits de l'homme doivent être correctement transposés, moyennant la marge d'appréciation autorisée, dans le droit, la pratique exécutive et les accords internationaux de l'État partie concerné. À cette fin, des similarités suffisamment marquées dans la législation nationale des États parties peuvent être pertinentes pour déterminer la portée d'un droit de l'homme ou la nécessité des restrictions qui y sont apportées. De plus, le caractère de certains droits ou obligations joue parfois en faveur de la prise en considération d'une pratique moins spécifique. Par exemple, dans l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*, la Cour a jugé ce qui suit :

> Il ressort clairement des dispositions de ces deux instruments [internationaux] que les États contractants […] ont estimé que seule une combinaison de mesures traitant les trois aspects du problème pouvait permettre de lutter efficacement contre la traite […]. L'obligation de pénaliser et de poursuivre la traite n'est donc qu'un aspect de l'engagement général des États membres à lutter contre ce phénomène. La portée des obligations positives découlant de l'article 4 [relatif à l'interdiction du travail forcé] doit être envisagée dans le contexte plus large de cet engagement[748].

5) Par ailleurs, dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, la Cour a observé « que l'on p[ouvait] dire qu'un consensus international se fai[sait] jour au sein des États contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie[749] », mais elle a finalement déclaré qu'elle n'était « pas convaincue que ce consensus soit suffisamment concret pour qu'elle puisse en tirer des indications quant au comportement ou aux normes que les États contractants consid[éraient] comme souhaitables dans une situation donnée[750] ».

Paragraphe 2 – poids : répétition d'une pratique

6) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 9 [8] traite uniquement de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, et indique que le poids à lui accorder dépend également de la mesure dans laquelle elle est répétée et de la manière dont elle est répétée. La formule « de la mesure dans laquelle cette pratique est répétée et de la manière dont elle est répétée » renvoie à l'élément temporel et au caractère de la répétition. Elle indique, par exemple, qu'en fonction du traité concerné, davantage qu'une répétition simplement technique ou irréfléchie d'une pratique peut contribuer à la valeur de celle-ci pour l'interprétation dans le contexte de l'article 31, paragraphe 3 *b*. L'élément temporel et le caractère de la répétition servent aussi à indiquer le « fondement » d'une position particulière des parties concernant l'interprétation d'un traité. De plus, la non-application d'un accord ultérieur peut également donner à penser qu'il n'a guère de poids comme moyen d'interprétation au regard de l'article 31, paragraphe 3 *a*[751].

7) La question de savoir si une « pratique ultérieure » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*[752], doit être davantage qu'une application isolée du traité a été examinée par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *Japon − Boissons alcooliques II* :

> [U]ne pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations « concordants, communs et d'une certaine constance », suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité[753].

8) Cette définition porte à croire que la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, doit être davantage qu'un « acte ou [une] déclaration » concernant l'interprétation du traité, mais bien des actes assez fréquents et uniformes pour que l'on puisse légitimement conclure que les parties sont parvenues à un accord établi au sujet de l'interprétation du traité. Un tel seuil implique que, pour établir un accord entre les parties au sujet de l'interprétation, la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, doit être une pratique répandue, établie et caractérisée.

9) La Cour internationale de Justice, quant à elle, a appliqué l'article 31, paragraphe 3 *b*, avec davantage de souplesse, sans ajouter de nouvelles conditions. Cela est vrai, en particulier, de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*[754]. D'autres juridictions inter-

---

[746] *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, CIRDI, affaire nº ARB/03/24, décision du 8 février 2005 sur la compétence, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, nº 1 (printemps 2005), p. 262, aux pages 323 et 324, par. 195. Le texte de l'Accord entre le Gouvernement de la République de Chypre et le Gouvernement de la République populaire de Bulgarie relatif à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements, fait à Nicosie le 12 novembre 1987, est disponible sur le site Web https://investmentpolicy.unctad.org, section « International Investment Agreements Navigator ».

[747] Voir, par exemple, *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, série A nº 184, par. 40 ; *Tyrer c. Royaume-Uni* (note 718 *supra*), par. 31 ; et *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, série A nº 142, par. 46.

[748] *Rantsev c. Chypre et Russie*, nº 25965/04, CEDH 2010 (extraits), par. 285 ; voir aussi les paragraphes 273 et 274.

[749] *Chapman c. Royaume-Uni* [GC] (voir *supra* la note 567), par. 93.

[750] Ibid., par. 94.

[751] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 20 avril 2010 (voir *supra* la note 400), à la page 63, par. 131.

[752] Voir *supra* le projet de conclusion 4, paragraphe 2.

[753] OMC, *Japon − Boissons alcooliques II* (voir *supra* la note 403), sect. E, p. 15 (notes de bas de page omises).

[754] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), aux pages 1075 et 1076, par. 47 à 50, et à la page 1087, par. 63 ; et *Différend territorial* (voir *supra* la note 400), aux pages 34 à 37, par. 66 à 71.

nationales ont pour l'essentiel suivi l'approche de la Cour internationale de Justice. Tel est le cas du Tribunal des réclamations Iran–États-Unis[755] et de la Cour européenne des droits de l'homme[756].

10) La différence entre le critère formulé par l'Organe d'appel de l'OMC, d'une part, et l'approche de la Cour internationale de Justice, d'autre part, est toutefois plus apparente que réelle. L'Organe d'appel de l'OMC semble avoir tiré la formule « concordants, communs et d'une certaine constance » d'une publication[757] selon laquelle « la valeur […] de la pratique ultérieure dépendra naturellement de la mesure dans laquelle elle est concordante, commune et d'une certaine constance[758] ». La formule « concordante, commune et d'une certaine constance » donne ainsi une indication quant aux circonstances dans lesquelles la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, aura plus ou moins de poids comme moyen d'interprétation dans un processus d'interprétation, mais elle n'exige pas une fréquence particulière de la pratique[759]. L'Organe d'appel de l'OMC lui-même a à l'occasion adopté cette position nuancée[760].

11) La Commission, tout en estimant que la formule « concordante, commune et d'une certaine constance » peut être utile pour déterminer le poids à accorder à la pratique ultérieure dans une affaire donnée, considère également qu'elle n'est pas suffisamment établie pour définir un seuil minimal quant à l'applicabilité de l'article 31, paragraphe 3 *b*, et qu'elle risque d'être considérée à tort comme indûment prescriptive. Finalement, la Commission continue de penser que « [l]a valeur de la pratique ultérieure varie suivant la mesure où elle traduit les vues communes aux parties sur le sens des termes[761] ». Cela implique qu'une pratique isolée des parties établissant leur accord sur l'interprétation doit être prise en considération en application de l'article 31, paragraphe 3 *b*[762].

Paragraphe 3 − poids à accorder à toute pratique ultérieure au sens de l'article 32

12) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 9 [8] traite du poids qui doit être accordé à toute « autre pratique ultérieure » au sens de l'article 32 (voir *supra* le projet de conclusion 4, paragraphe 3). Il ne traite pas de la question de savoir quand et dans quelles circonstances une telle pratique peut être prise en considération. L'Organe d'appel de l'OMC a souligné, dans une situation comparable, que les deux questions devaient être distinguées :

> Toutefois, nous estimons que les Communautés européennes amalgament la question préliminaire de savoir ce qui peut être considéré comme une « circonstance » dans laquelle un traité a été conclu et la question distincte de la détermination du degré de pertinence qui peut être attribué à une circonstance donnée, aux fins de l'interprétation au titre de l'article 32[763].

L'Organe d'appel a aussi déclaré ce qui suit :

> [P]remièrement, le Groupe spécial n'a *pas* examiné la pratique de classement en vigueur dans les Communautés européennes pendant les négociations du Cycle d'Uruguay *en tant que moyen complémentaire d'interprétation* au sens de l'article 32 de la *Convention de Vienne* ; et, deuxièmement, la valeur de la pratique de classement en tant que moyen complémentaire d'interprétation […][764].

Pour déterminer la « pertinence » d'une telle pratique ultérieure, l'Organe d'appel a invoqué des « facteurs objectifs » :

> Ces facteurs comprennent le type d'événement, de document ou d'instrument et sa nature juridique ; la relation temporelle entre la circonstance et la conclusion du traité ; une connaissance effective ou le simple accès à un acte ou instrument publié ; le sujet du document, de l'instrument ou de l'événement en relation avec la disposition conventionnelle à interpréter ; et le point de savoir si ou comment ceux-ci ont été utilisés dans la négociation du traité ou l'ont influencée[765].

---

[755] Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) [voir *supra* la note 538], aux pages 116 à 126, par. 109 à 133.

[756] *Soering c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 590), par. 103 ; *Loizidou c. Turquie* (voir *supra* la note 417), par. 73 et 79 à 82 ; *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC] (voir *supra* la note 593), par. 56 et 62 ; en ce qui concerne la jurisprudence des tribunaux du CIRDI, voir Fauchald (note 501 *supra*), p. 345 ; voir aussi A. Roberts, « Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States », *American Journal of International Law*, vol. 104, n° 2 (2010), p. 179 à 225, aux pages 207 à 215.

[757] Sinclair (voir *supra* la note 398), p. 137 ; voir aussi Yasseen (note 398 *supra*), aux pages 48 et 49 ; si le terme « commune » est tiré des travaux de la Commission, les expressions « d'une certaine constance » et « concordante » sont des conditions que Yasseen identifie en poursuivant son raisonnement ; voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/CN.4/186 et Add.1 à 7, p. 106 et 107, par. 17 et 18, et document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241 et 242, par. 15.

[758] Sinclair (voir *supra* la note 398), p. 137 ; et Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) [voir *supra* la note 538], à la page 118, par. 114.

[759] *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle* (voir *supra* la note 491), à la page 187, par. 169 ; J.-P. Cot, « La conduite subséquente des parties à un traité », *Revue générale de droit international public*, vol. 70, n° 3 (1966), p. 632 à 666, aux pages 644 à 647 (« valeur probatoire ») ; Distefano, « La pratique subséquente… » (voir *supra* la note 570), à la page 46 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra* la note 443), à la page 556, par. 79 ; voir aussi les plaidoiries devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, CR 2012/33, p. 26 à 30, par. 7 à 19 (Wood), et CR 2012/36, p. 3 à 9, par. 6 à 21 (Wordsworth), disponibles à l'adresse suivante : www.icj-cij.org/en/case/137/oral-proceedings.

[760] OMC, *CE − Matériels informatiques* (voir *supra* la note 417), par. 93.

[761] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 242, par. 15 ; voir aussi Cot (note 759 *supra*), à la page 652.

[762] En pratique, une pratique isolée sera souvent insuffisante pour établir un accord des parties concernant l'interprétation du traité ; toutefois, en règle générale, la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, ne doit pas nécessairement être répétée mais seulement attester l'existence d'un accord concernant l'interprétation. La probabilité qu'un accord soit établi par une pratique isolée dépend ainsi de l'acte et du traité en question, voir E. Lauterpacht, « The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976*, vol. 152, p. 377 à 466, à la page 457 ; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (note 449 *supra*), p. 166 ; C. F. Amerasinghe, « Interpretation of texts in open international organizations », *British Year Book of International Law 1994,* vol. 65, p. 175 à 209, à la page 199 ; Villiger argumente en faveur d'une certaine fréquence, mais souligne que l'important est qu'un accord soit établi, Villiger, *Commentary…* (voir *supra* la note 418), p. 431, par. 22. Selon Yasseen et Sinclair, une pratique ne peut « en général » être établie par un acte unique : Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 47 ; et Sinclair (voir *supra* la note 398), p. 137 ; voir aussi Nolte, « Subsequent agreements and subsequent practice of States… » (note 444 *supra*), à la page 310.

[763] OMC, *CE − Morceaux de poulet* (voir *supra* la note 448), par. 297.

[764] OMC, *CE − Matériels informatiques* (voir *supra* la note 417), par. 92 (note de bas de page omise).

[765] OMC, *CE − Morceaux de poulet* (voir *supra* la note 448), par. 291 (note de bas de page omise).

13) Si l'Organe d'appel n'a pas utilisé le terme « spécificité », il s'est référé aux critères mentionnés ci-dessus. Au lieu de la clarté, l'Organe d'appel s'est référé à la « constance » et a déclaré que la constance ne devait pas être considérée comme fixant un point de repère, mais bien prise en compte pour déterminer le degré de pertinence. « Une pratique de classement antérieure cohérente peut souvent être pertinente. Une pratique de classement incohérente, par contre, *ne peut pas* être pertinente pour interpréter une concession tarifaire[766]. »

14) Un autre facteur qui aide à déterminer la pertinence au regard de l'article 32 peut être le nombre d'États affectés qui adoptent la pratique en cause. L'Organe d'appel a déclaré ce qui suit :

> Pour établir cette intention, la pratique antérieure d'*une* des parties seulement peut être pertinente, mais elle présente manifestement un intérêt plus limité que la pratique de toutes les parties. Dans le cas spécifique de l'interprétation d'une concession tarifaire reprise dans une liste, la pratique de classement du Membre importateur peut, en fait, revêtir une grande importance[767].

Conclusion 10 [9]. Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité

1. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, suppose une communauté de vues au sujet de l'interprétation du traité connue des parties et acceptée par elles. Bien qu'il doive en être tenu compte, un tel accord n'a pas besoin d'être juridiquement contraignant.

2. Le nombre de parties qui doivent effectivement suivre la pratique ultérieure pour que soit établi un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, peut varier. Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction.

Commentaire

Paragraphe 1, première phrase − « communauté de vues »

1) La première phrase du paragraphe 1 énonce le principe selon lequel un « accord » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, suppose une communauté de vues des parties au sujet de l'interprétation du traité. Pour que cette communauté de vues ait l'effet prévu à l'article 31, paragraphe 3, les parties doivent en avoir connaissance et accepter l'interprétation qu'elle traduit. Si la différence relative à la forme d'un « accord » au sens de l'alinéa *a* et de l'alinéa *b* a déjà été indiquée dans le projet de conclusion 4 et le commentaire y relatif[768], le paragraphe 1 du projet de conclusion 10 [9] vise à exprimer ce qui est commun aux deux alinéas, à savoir l'accord entre les parties, en substance, au sujet de l'interprétation du traité.

2) L'élément qui distingue les accords ultérieurs et la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation authentiques au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, d'une part, de toute autre pratique ultérieure comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32[769], d'autre part, est l'« accord » de toutes les parties au sujet de l'interprétation du traité. C'est cet accord des parties qui donne aux moyens d'interprétation prévus à l'article 31, paragraphe 3[770], leurs fonction et poids spécifiques aux fins du processus interactif d'interprétation dans l'application de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31[771].

3) L'expression de positions contraires par différentes parties à un traité exclut l'existence d'un accord. Cela a été confirmé, entre autres, dans l'affaire de la *Dette extérieure allemande*, dans laquelle le Tribunal arbitral a conclu que l'on ne pouvait déduire l'existence d'un « accord ultérieur tacite » d'un certain nombre de communications des institutions chargées d'administrer l'accord dès lors que l'une d'entre elles, la Banque d'Angleterre, avait exprimé une position divergente[772].

4) Il n'y a cependant absence d'accord que dans la mesure où les positions des parties divergent et tant que cette divergence perdure. Le fait que des États appliquent un traité différemment n'autorise pas en soi à conclure à l'existence de positions divergentes au sujet de l'interprétation de ce traité. Une telle divergence peut traduire un désaccord sur la seule interprétation exacte, mais aussi un point de vue commun selon lequel le traité autorise une certaine marge d'appréciation discrétionnaire dans son application[773]. Les traités caractérisés par des considérations d'humanité et d'autres intérêts généraux de la communauté, comme les traités relatifs aux droits de l'homme ou aux réfugiés, visent une interprétation uniforme mais laissent également une marge d'appréciation aux États pour l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

5) Si un comportement équivoque de l'une ou de plusieurs des parties empêche généralement l'identification d'un accord[774], tout élément du comportement d'un État qui ne cadre pas totalement avec la position générale n'a

---

[766] Ibid., par. 307 (note de bas de page omise) ; voir aussi OMC, *CE − Matériels informatiques* (note 417 *supra*), par. 95.

[767] OMC, *CE − Matériels informatiques* (voir *supra* la note 417), par. 93.

[768] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 10.

[769] Voir *supra* le projet de conclusion 3 [2] et le projet de conclusion 4, paragraphe 3.

[770] Voir Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3)… » (note 602 *supra*), à la page 30 : « Il n'y a aucune raison de penser qu'à l'alinéa *b* le mot "accord" n'a pas le même sens qu'à l'alinéa *a*. »

[771] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 2 [1], paragraphes 12 à 15 ; l'article 31, qui doit être « pris dans son ensemble », envisage le processus d'interprétation comme « une seule opération complexe » et ne doit pas être présumé « établi[r] une hiérarchie juridique de normes pour l'interprétation des traités » [*Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 239 et 240, par. 8[e]t 9].

[772] *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2* e *de l'Annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part* (voir *supra* la note 411), aux pages 103 et 104, par. 31 ; voir aussi OMC, *CE − Matériels informatiques* (note 417 *supra*), par. 95 ; et *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence du 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX (numéro de vente : E/F.90.V.7), p 149 à 196, à la page 175, par. 66.

[773] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 7, paragraphes 12 à 15.

[774] *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France* (voir *supra* la note 533), à la page 258, par. 70 ; et Kolb, « La modification d'un traité… » (voir *supra* la note 686), à la page 16.

pas pour conséquence de rendre ce comportement équivoque. Dans l'affaire du *Canal de Beagle*, par exemple, le Tribunal arbitral a jugé que bien qu'à un moment donné les parties aient eu une divergence d'opinion au sujet de l'interprétation du traité, ce fait n'établissait pas nécessairement que l'absence d'accord fût permanente :

> De même, des négociations en vue d'un règlement qui n'ont pas abouti ne peuvent guère avoir un effet permanent. Elles pourraient tout au plus avoir provisoirement privé les actes des parties de valeur probante à l'appui de leurs interprétations respectives du Traité [de frontière de 1881], dans la mesure où ces actes ont été accomplis au cours du processus des négociations. Il n'y a pas lieu d'y accorder plus d'importance[775].

6) De même, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'étendue des restrictions dont était assortie l'acceptation par les parties de la compétence de la Commission européenne des droits de l'homme et de la Cour était « confirmée par la pratique ultérieurement suivie par les Parties contractantes », cette pratique « dénotant un assentiment quasi universel entre les Parties contractantes : les articles 25 et 46 […] de la Convention [européenne des droits de l'homme] ne permettent pas des restrictions territoriales ou portant sur le contenu »[776]. La Cour, appliquant l'article 31, paragraphe 3 *b*, a décrit « cette pratique […] des États » comme étant « uniforme et cohérente », tout en reconnaissant que la pratique de deux États constituait peut-être une exception[777]. Cette décision porte à croire que l'interprète, du moins en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, dispose d'une certaine marge d'appréciation pour décider si un accord des parties sur telle ou telle interprétation est établi[778].

7) Le terme « accord », dans la Convention de Vienne de 1969[779], n'implique aucun formalisme particulier[780], y compris à l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*[781]. La Commission a toutefois noté, pour distinguer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, d'une pratique ultérieure « par laquelle est établi l'accord » des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, que le premier présuppose un « acte unique commun »[782]. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ne doit pas nécessairement être publié ni enregistré en application de l'Article 102 de la Charte des Nations Unies[783].

8) Pour qu'il y ait accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, il ne suffit pas que les positions des parties au sujet de l'interprétation du traité se trouvent coïncider, il faut aussi que les parties sachent que leurs positions sont communes et l'acceptent. Ainsi, dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, la Cour internationale de Justice a subordonné l'existence d'une pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, à la condition que « ce fait ait été pleinement connu et accepté par les autorités […] comme confirmant la frontière fixée par le traité [de 1890][784] ». De fait, seules la connaissance et l'acceptation de la position des autres parties au sujet de l'interprétation du traité justifient qu'on qualifie un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* ou *b*, de moyen d'interprétation « authentique »[785]. Dans certaines circonstances, la connaissance et l'acceptation de la position de l'autre partie ou des autres parties peuvent être supposées, en particulier dans le cas des traités qui sont appliqués au niveau national.

Paragraphe 1, deuxième phrase — effets juridiques possibles d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a *et* b

9) L'objet de la deuxième phrase du paragraphe 1 est de réaffirmer qu'en soi, un « accord » aux fins de l'article 31, paragraphe 3, n'est pas nécessairement contraignant en droit[786], alors que, dans d'autres dispositions

---

[775] *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au Canal de Beagle* (voir *supra* la note 491), à la page 188, par. 171. Concernant le Traité de frontière entre la République argentine et la République du Chili, signé à Buenos Aires le 23 juillet 1881, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2384, nº 1295, p. 205.

[776] *Loizidou c. Turquie* (voir *supra* la note 417), par. 79 et 80.

[777] Ibid., par. 80 et 82 ; l'affaire ne concernait pas l'interprétation d'un droit de l'homme particulier, mais la question de savoir si un État était ou n'était pas lié par la Convention européenne des droits de l'homme.

[778] La jurisprudence plus restrictive de l'Organe de règlement des différends de l'OMC donne à penser que différents interprètes peuvent évaluer les choses de manière différente, voir OMC, *États-Unis — Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (« réduction à zéro »)*, WT/DS294/R, rapport du Groupe spécial adopté le 9 mai 2006, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS294/AB/R, par. 7.218 : « […] même s'il était établi de manière concluante que tous les 76 membres mentionnés par les Communautés européennes ont adopté une [certaine] pratique […], cela signifierait uniquement qu'un nombre considérable de membres de l'OMC ont adopté une approche différente de celle des États-Unis. […] Nous notons qu'une tierce partie dans la présente procédure a présenté des arguments contestant l'opinion des Communautés européennes […] ».

[779] Voir les articles 2, paragraphe 1 *a* ; 3 ; 24, paragraphe 2 ; 39 à 41 ; 58 et 60.

[780] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 5 ; confirmé par la Cour permanente d'arbitrage dans l'*Arbitrage entre le Bangladesh et l'Inde concernant la délimitation de la frontière maritime du golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*, affaire nº 2010-16, sentence du 7 juillet 2014, p. 47, par. 165, disponible sur le site Web https://pca-cpa.org/ ; Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 45 ; et Distefano, « La pratique subséquente… » (voir *supra* la note 570), à la page 47.

[781] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 5 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 231, 232 et 243 à 247 ; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 527 *supra*), p. 213 ; Dörr, « Article 31… » (note 443 *supra*), à la page 554, par. 75 ; et R. Gardiner, « The Vienna Convention rules on treaty interpretation », dans D. B. Hollis (dir. publ.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 475 à 506, aux pages 475 et 483.

[782] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 10 ; un « acte unique commun » peut aussi consister en un échange de lettres, voir *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 juin 1990, *International Law Reports*, vol. 105 (1997), p. 1 à 74, aux pages 54 à 56 ; Fox (note 444 *supra*), à la page 63 ; et Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 248 et 249.

[783] Aust, « The theory and practice of informal international instruments » (voir *supra* la note 468), aux pages 789 et 790.

[784] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), à la page 1094, par. 74 (« l'occupation de l'île par les Masubia »), et aux pages 1077 et 1078, par. 55 (« le rapport Eason » qui « sembl[ait] n'avoir jamais été communiqué à l'Allemagne ») ; et Dörr, « Article 31… » (voir *supra* la note 443), à la page 560, par. 88.

[785] À cet égard, l'établissement de l'existence d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, peut être plus exigeant que ce que requiert la formation du droit international coutumier, mais voir Boisson de Chazournes, « Subsequent practice… » (note 419 *supra*), aux pages 53 à 55.

[786] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 6 ; P. Gautier, « Non-binding agreements », Max Planck Encyclopedia of Public International Law, décembre 2006, par. 14, disponible à l'adresse suivante : http://opil.ouplaw.com/home/epil ; Benatar (note 444 *supra*), aux pages 194 et 195 ; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 527 *supra*), p. 213 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 244 ; voir aussi Nolte, « Subsequent agreements and subsequent practice of States… » (note 444 *supra*), à la page 375.

de la Convention de Vienne de 1969, le terme « accord » s'entend d'un instrument juridiquement contraignant[787].

10) Cela est confirmé par le fait que la Commission, dans le texte final de son projet d'articles sur le droit des traités, avait employé, dans la version anglaise, la formule *any subsequent practice which establishes the* understanding* *of the parties*[788]. Le mot *understanding* donne à penser que le terme *agreement* à l'article 31, paragraphe 3, n'exige pas que les parties assument ou créent ainsi une quelconque obligation juridique qui existerait en plus, ou indépendamment, du traité[789]. La Conférence des Nations Unies sur le droit des traités a remplacé le terme *understanding* par *agreement*, non pas pour une raison de fond, mais pour des motifs portant « uniquement sur des points de rédaction » afin de souligner que les parties devaient avoir des « vues communes »[790]. Un « accord » au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31 se distinguant d'un accord au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31 uniquement par sa forme et non par son contenu, il n'est pas non plus nécessairement contraignant en droit[791].

11) Il suffit que les parties, par un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, attribuent un certain sens au traité[792] ou, en d'autres termes, adoptent certaines « vues communes » au sujet du traité[793]. Même s'ils ne sont pas en eux-mêmes juridiquement contraignants, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, peuvent néanmoins, en tant que moyens d'interprétation, entraîner des conséquences juridiques dans le cadre du processus d'interprétation en application de l'article 31[794]. Les cours et tribunaux internationaux n'estiment en conséquence pas nécessaire qu'un « accord » au sens de l'article 31, paragraphe 3, traduise l'intention des parties de créer des engagements juridiquement contraignants nouveaux ou distincts[795]. De même, des mémorandums d'accord ont dans certains cas été considérés comme pouvant constituer « une aide potentiellement importante à l'interprétation », mais « non une source de droits et d'obligations de caractère indépendant »[796].

12) Certains membres ont par ailleurs estimé que le terme « accord » avait le même sens dans toutes les dispositions de la Convention de Vienne de 1969. Selon ces membres, ce terme désigne toute entente ayant des effets juridiques entre les États concernés, et la jurisprudence citée dans le présent commentaire ne contredit pas cette définition. Une telle définition n'empêcherait pas la prise en compte, aux fins de l'interprétation, d'un accord non contraignant juridiquement au sens de l'article 32.

Paragraphe 2 − formes de participation à la pratique ultérieure

13) La première phrase du paragraphe 2 confirme le principe selon lequel il n'est pas nécessaire que toutes les parties suivent une pratique particulière pour qu'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, soit constitué. La deuxième phrase précise que le silence ou l'inaction des parties qui ne suivent pas la pratique concernée peut de fait, dans certaines circonstances, valoir acceptation de celle-ci.

14) Dès le départ, la Commission a reconnu qu'un « accord » découlant d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, pouvait résulter, pour une part, du silence ou de l'inaction d'une ou de plusieurs parties. Expliquant pourquoi elle avait utilisé l'expression

---

[787] Voir les articles 2, paragraphe 1 *a* ; 3 ; 24, paragraphe 2 ; 39 à 41 ; 58 et 60.

[788] *Yearbook of the International Law Commission 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 221 et 222, par. 15.

[789] *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au Canal de Beagle* (voir *supra* la note 491), à la page 187, par. 169 ; *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2* e *de l'Annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part* (voir *supra* la note 411), aux pages 103 et 104, par. 31 ; Karl (voir *supra* la note 457), p. 190 à 195 ; Kolb, « La modification d'un traité… » (voir *supra* la note 686), aux pages 25 et 26 ; et Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), p. 169 à 171.

[790] Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session…* (A/CONF.39/11) [note 471 *supra*], 31e séance de la Commission plénière, 19 avril 1968, p. 184, par. 59 (Australie) ; P. Gautier, « Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États », dans N. Angelet *et al.* (dir. publ.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 425 à 454, aux pages 430 et 431 : « La lettre *a* du paragraphe 3 fait référence à un accord interprétatif et l'on peut supposer que le terme "accord" est ici utilisé dans un sens générique, qui ne correspond pas nécessairement au "traité" défini à l'article 2 de la [C]onvention de Vienne. Ainsi, l'accord interprétatif ultérieur pourrait être un accord verbal, voire un accord politique » (note de bas de page omise).

[791] Voir Gautier, « Non-binding agreements » (note 786 *supra*), par. 14 ; et Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 527 *supra*), p. 211 et 213.

[792] Cette terminologie suit le commentaire de la directive 1.2 (Définition des déclarations interprétatives) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission [*Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 56, par. 18 et 19].

[793] Voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241 et 242, par. 15 et 16 [le terme « accord » (*understanding*) est utilisé tant dans le contexte de ce qui est devenu l'article 31, paragraphe 3 *a*, que dans celui de ce qui est devenu l'article 31, paragraphe 3 *b*].

[794] *Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow*, sentence arbitrale rendue relativement à la première question, décision du 30 novembre 1992, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIV (numéro de vente : E/F.04.V.18), p. 1 à 359, à la page 131, par. 6.8 ; Aust, « The theory and practice of informal international instruments » (voir *supra* la note 468), aux pages 787 et 807 ; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), p. 173 ; Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (voir *supra* la note 646), aux pages 110 à 113 ; et Gautier, « Les accords informels et la Convention de Vienne… » (voir *supra* la note 790), à la page 434.

[795] Par exemple, « une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » [OMC, *Japon − Boissons alcooliques II* (voir *supra* la note 403), sect. E, p. 15] ; ou « une attitude […] dev[ant] supposer un *accord* sur l'interprétation de la disposition pertinente » (OMC, *Communautés européennes et leurs États membres − Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information*, WT/DS375/R-WT/DS376/R-WT/DS377/R, rapports du Groupe spécial adoptés le 21 septembre 2010, par. 7.558) ; ou « une pratique [qui] traduit un accord quant à l'interprétation » [Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, sentence interlocutoire no ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) [voir *supra* la note 538], à la page 119, par. 116] ; ou « la pratique suivie par les États contractants […] montr[ant] qu'ils ne redoutaient pas » [*Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC] (voir *supra* la note 593), par. 62.

[796] *Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow* (voir *supra* la note 794), à la page 131, par. 6.8 ; voir aussi *Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer (« Ijzeren Rijn »)* [note 402 *supra*], p. 266 et suiv., par. 157.

« l'accord des parties » à l'article 27, paragraphe 3 *b* (qui est devenu l'article 31, paragraphe 3 *b*, voir *supra* le paragraphe 10), et non l'expression « l'accord de *toutes* les parties », la Commission a indiqué ce qui suit :

> Elle a considéré que la formule […] désigne nécessairement « les parties dans leur ensemble ». Elle n'a omis le mot « toutes » que pour éviter une méprise possible, qui ferait croire que chaque partie doit individuellement avoir suivi cette pratique, alors qu'il suffit qu'elle l'ait acceptée[797].

15) La Cour internationale de Justice a également reconnu la possibilité qu'un accord au sujet de l'interprétation s'exprime par le silence ou l'inaction lorsqu'elle a déclaré, dans l'*Affaire du temple de Préah Vihéar*, que, lorsqu'« il est clair que les circonstances [sont] de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction », « l'on doit […] conclure à [l']acquiescement » de l'État confronté à une certaine conduite ultérieure d'une autre partie[798]. Cette proposition générale de la Cour concernant le rôle du silence aux fins d'établir un accord relatif à l'interprétation d'un traité par une pratique ultérieure a été confirmée par des décisions plus récentes[799], et est d'une manière générale approuvée par la doctrine[800]. Les « circonstances » qui « appellent une réaction » comprennent le contexte particulier dans lequel les États parties interagissent au sujet du traité[801].

16) Dans l'affaire du *Canal de Beagle*[802], le Tribunal arbitral a examiné l'argument de l'Argentine selon lequel les actes de souveraineté du Chili sur certaines îles ne pouvaient constituer une pratique ultérieure puisque l'Argentine n'avait pas réagi à ces actes. Or, le Tribunal a conclu ce qui suit :

> Les termes de la Convention de Vienne ne précisent pas comment un « accord » peut se manifester. En l'espèce, les actes de souveraineté ne visaient pas à établir un titre indépendant des termes du Traité [de frontière de 1881] ; ils ne pouvaient non plus être considérés comme en contradiction avec ces termes tels que le Chili les comprenait. Les éléments de preuve attestent qu'ils étaient publics et bien connus de l'Argentine, et qu'ils ne pouvaient procéder que du Traité. Dans ces circonstances, il peut être déduit du silence de l'Argentine que les actes tendaient à confirmer une interprétation du sens du Traité indépendante des actes de souveraineté eux-mêmes[803].

Dans la même affaire, le Tribunal arbitral a déclaré ce qui suit :

> La seule publication d'un certain nombre de cartes ayant (comme le Tribunal l'a déjà montré) un statut et une valeur extrêmement douteux, ne pouvait pas − même si ces cartes n'en représentaient pas moins la position officielle de l'Argentine − empêcher le Chili ni lui interdire d'accomplir des actes qui démontraient, corrélativement, son propre point de vue sur ce qu'étaient ses droits en vertu du Traité de 1881 – pas plus que cette publication ne pouvait en soi libérer l'Argentine de toute nécessité de réagir à ces actes si elle les considérait comme contraires au Traité[804].

17) L'importance que revêt le silence dépend également de la situation juridique à laquelle se rapporte la pratique ultérieure des autres parties et de la revendication ainsi exprimée. Par exemple, dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, la Cour internationale de Justice a jugé ce qui suit :

> Certaines de ces activités − organisation de services publics de santé et d'enseignement, maintien de l'ordre, administration de la justice − pourraient normalement être considérées comme des actes accomplis à titre de souverain. La Cour constate cependant que, puisque le Cameroun détenait un titre préexistant sur cette région du lac, le critère juridique applicable est l'existence ou non d'un acquiescement manifeste du Cameroun au transfert de son titre au Nigéria[805].

18) Cet arrêt porte à croire que, dans les affaires concernant des traités délimitant une frontière, les circonstances n'appellent que très exceptionnellement une réaction face à une conduite qui va à l'encontre de la délimitation. Dans de telles situations, il semble exister une forte présomption que le silence ou l'inaction ne constitue pas une acceptation de la pratique[806].

19) La pertinence du silence ou de l'inaction dans l'établissement d'un accord au sujet de l'interprétation dépend dans une large mesure des circonstances de chaque espèce. Des décisions de cours et tribunaux internationaux démontrent qu'il n'est pas facile d'établir qu'une ou plusieurs parties ont, par leur silence ou leur inaction, accepté une pratique.

20) Les cours et tribunaux internationaux ont, par exemple, été réticents à admettre que des travaux parlementaires ou des décisions de tribunaux internes fussent considérés comme une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, à laquelle les autres parties au

---

[797] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241 et 242, par. 15.

[798] *Affaire du temple de Préah Vihéar*, arrêt du 15 juin 1962 (voir *supra* la note 491), à la page 23.

[799] *Plates-formes pétrolières* (voir *supra* la note 585), à la page 815, par. 30 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (compétence et recevabilité), arrêt du 26 novembre 1984 (voir *supra* la note 491), à la page 410, par. 39 ; *Le Procureur c. Anto Furundžija* (voir *supra* la note 730), au paragraphe 179 ; *Rantsev c. Chypre et Russie* (voir *supra* la note 748), par. 285 ; prudemment : OMC, *CE – Morceaux de poulet* (voir *supra* la note 448), par. 272 ; voir aussi, pour une position limitée, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, sentence nº 30-16-3 du 18 mars 1983, Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (1983-I), p. 141, à la page 144 ; et *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2* e *de l'Annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part* (note 411 *supra*), aux pages 103 et 104, par. 31.

[800] Kamto (voir *supra* la note 534), aux pages 134 à 141 ; Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 49 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 267 ; Villiger, *Commentary…* (voir *supra* la note 418), p. 431, par. 22 ; et Dörr, « Article 31… » (voir *supra* la note 443), aux pages 557 à 559, par. 83 et 86.

[801] Par exemple, lorsqu'ils agissent dans le cadre d'une organisation internationale : voir *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, arrêt du 5 décembre 2011, *C.I.J. Recueil 2011*, p. 644, aux pages 675 et 676, par. 99 à 101 ; et Kamto (note 534 *supra*), à la page 136.

[802] *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au Canal de Beagle* (voir *supra* la note 491).

[803] Ibid., à la page 187, par. 169 *a*.

[804] Ibid., à la page 188, par. 171.

[805] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt du 10 octobre 2002 (voir *supra* la note 681), à la page 353, par. 67.

[806] Ibid., à la page 351, par. 64 : « La Cour note toutefois que, dès lors qu'elle a conclu que la frontière dans le lac Tchad se trouvait délimitée […], les éventuelles effectivités nigérianes doivent bien être considérées, du point de vue de leurs conséquences juridiques, comme des actes *contra legem* » ; voir aussi *Différend frontalier*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 554, à la page 586, par. 63 ; et *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal* (note 720 *supra*), à la page 181, par. 70.

traité devaient en principe réagir, même si ces travaux ou décisions ont été portés à leur attention par d'autres voies, y compris leur propre service diplomatique[807].

21) De plus, même lorsqu'une partie, par son comportement, exprime une certaine position envers une autre partie (ou d'autres parties) au sujet de l'interprétation d'un traité, ce fait n'appelle pas nécessairement une réaction de l'autre ou des autres parties. Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, la Cour internationale de Justice a jugé que l'absence de réaction d'un État aux conclusions d'une commission mixte d'experts qui avait été chargée par les parties de déterminer une situation factuelle particulière au sujet d'une question en litige n'autorisait pas à conclure qu'un accord était intervenu à propos du différend[808]. La Cour a jugé que les parties avaient considéré les travaux des experts comme une simple étape préparatoire en vue d'une décision à prendre ultérieurement au niveau politique. Sur un plan plus général, l'Organe d'appel de l'OMC a jugé ce qui suit :

> [D]ans des situations spécifiques, l'« absence de réaction » ou le silence d'une partie particulière à un traité [peut], compte tenu des circonstances entourant l'affaire, être compris comme une acceptation de la pratique suivie par d'autres parties. De telles situations peuvent se présenter lorsqu'une partie qui n'a pas suivi une pratique a eu connaissance ou a été informée de la pratique suivie par d'autres parties (par exemple, au moyen d'une notification ou à l'occasion de sa participation à une réunion où cette pratique a été examinée), mais ne réagit pas[809].

Le Tribunal international du droit de la mer a confirmé cette approche. Tenant compte de la pratique des États dans l'interprétation des articles 56, 58 et 73 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, le Tribunal a déclaré ce qui suit :

> Le Tribunal reconnaît que la législation nationale de plusieurs États, non seulement en Afrique de l'Ouest mais aussi dans d'autres régions du monde, réglemente le soutage des navires étrangers qui pêchent dans leur zone économique exclusive, comme le fait celle de la Guinée-Bissau. Le Tribunal note également l'absence d'objection formelle à une telle législation, celle-ci étant généralement respectée[810].

22) Dans certaines décisions, des juridictions nationales ont reconnu que le silence d'une partie à un traité ne pouvait être considéré comme une acceptation que « lorsque les circonstances appelaient une réaction[811] ». Dans des contextes de coopération particuliers, il a parfois été considéré que tel était bien le cas, par exemple dans le cadre d'un accord bilatéral prévoyant une forme de coopération particulièrement étroite[812]. La situation peut être différente lorsque la forme de coopération envisagée par le traité intervient dans le cadre d'une organisation internationale dont les règles interdisent d'utiliser la pratique des parties et leur silence à des fins d'interprétation[813].

23) L'importance juridique possible du silence ou de l'inaction face à une pratique ultérieure d'une partie à un traité ne se limite pas à contribuer à la possibilité d'un accord commun, mais peut aussi jouer un rôle dans l'application des règles fondées sur l'absence de consentement, comme l'estoppel, l'inopposabilité ou la prescription[814].

24) Une fois établi, un accord entre les parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, peut éventuellement prendre fin. Il se peut que les parties lui substituent un autre accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, de portée et de contenu différents. Dans un tel cas, le nouvel accord remplace le précédent comme moyen d'interprétation authentique à compter de la date où il naît, au moins avec effet pour l'avenir[815]. Il ne faut toutefois pas supposer à la légère l'existence d'une telle situation, car les États ne modifient habituellement pas leur interprétation d'un traité en fonction de considérations à court terme.

25) Il se peut également qu'un désaccord naisse entre les parties au sujet de l'interprétation du traité après qu'elles sont parvenues à un accord ultérieur sur cette interprétation. Ce désaccord ne remplacera cependant pas, normalement, l'accord ultérieur qui l'a précédé, puisque le principe de la bonne foi interdit à une partie de décevoir purement et simplement les attentes légitimes qui ont été créées par l'interprétation commune[816]. Par contre, le désaveu clairement exprimé par une partie d'un accord antérieur découlant d'une pratique commune « ten[d] nettement à réduire la valeur de la pratique ultérieure », sans toutefois réduire celle de la pratique commune antérieurement suivie[817].

Quatrième partie

ASPECTS PARTICULIERS

Conclusion 11 [10]. Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties

1. Aux fins du présent projet de conclusions, une conférence des parties est une réunion d'États parties en application d'un traité aux fins de l'examen ou de l'application du traité, excepté si ces États agissent en tant que membres d'un organe d'une organisation internationale.

---

[807] *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (voir *supra* la note 400), aux pages 650 et 651, par. 48 ; et OMC, *CE − Morceaux de poulet* (voir *supra* la note 448), par. 334 (« le simple accès à un arrêt publié ne peut être assimilé à l'acceptation »).

[808] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), aux pages 1089 à 1091, par. 65 à 68.

[809] OMC, *CE − Morceaux de poulet* (voir *supra* la note 448), par. 272 (note de bas de page omise).

[810] *Navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, arrêt, *TIDM Recueil 2014*, p. 4, à la page 69, par. 218.

[811] Tribunal fédéral suisse, ATF 97 I 359, arrêt du 17 février 1971, p. 370 et 371.

[812] Voir Cour suprême des États-Unis, *O'Connor et ux. v. United States* (note 432 *supra*), aux pages 33 à 35 ; et Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvR 1058/79, décision de la Deuxième Chambre du 10 novembre 1981, BVerfGE, vol. 59, p. 63 à 95, aux pages 94 et 95.

[813] Voir Cour suprême du Royaume-Uni, *Assange v. The Swedish Prosecution Authority,* [2012] UKSC 22, par. 68 à 71 (Lord Phillips) ; et Cour suprême du Royaume-Uni, *Bucnys v. Ministry of Justice, Lithuania*, [2013] UKSC 71, par. 39 à 43 (Lord Mance).

[814] *Certaines dépenses des Nations Unies* (voir *supra* la note 578), à la page 182 (opinion individuelle du juge Spender).

[815] Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (voir *supra* la note 646), à la page 118 ; cela signifie que l'effet interprétatif d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, ne remonte pas nécessairement à la date de l'entrée en vigueur du traité, comme le soutient Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 47.

[816] Karl (voir *supra* la note 457), p. 151.

[817] *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [voir *supra* la note 583], à la page 56, par. 142.

2. L'effet juridique d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties dépend essentiellement du traité et de tout règlement applicable. Selon les circonstances, une telle décision peut constituer, explicitement ou implicitement, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ou donner lieu à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, ou à une pratique ultérieure au sens de l'article 32. Les décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties offrent souvent une gamme non exhaustive de solutions pratiques pour l'application du traité.

3. Une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties constitue un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, dans la mesure où elle exprime un accord des parties sur le fond au sujet de l'interprétation du traité, indépendamment de la forme sous laquelle la décision a été adoptée et de la procédure suivie pour ce faire, y compris lorsque l'adoption s'est faite par consensus.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 11 [10] concerne une forme particulière d'action des États d'où peuvent résulter un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 de l'article 31, ou une pratique ultérieure au sens de l'article 32, à savoir des décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties[818].

Paragraphe 1 − définition des conférences des parties

2) Les États utilisent généralement les conférences des parties dans le cadre du processus continu d'examen et d'application des traités multilatéraux[819]. Ces conférences se répartissent de façon générale en deux catégories de base. Il y a d'une part certaines conférences qui sont en réalité un organe d'une organisation internationale, au sein desquelles les États parties agissent en leur qualité de membres dudit organe (par exemple, réunions des États parties de l'Organisation mondiale du commerce, de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques et de l'Organisation de l'aviation civile internationale)[820]. De telles conférences des parties ne relèvent pas du champ du projet de conclusion 11 [10], qui ne traite pas de la pratique ultérieure des organisations internationales ou en leur sein[821]. Il y a d'autre part des conférences des parties qui sont convoquées en vertu de traités qui n'établissent pas une organisation internationale, mais qui prévoient simplement des réunions plus ou moins périodiques des États parties aux fins de l'examen et de l'application du traité. Ces conférences d'examen sont le cadre dans lequel s'inscrit la coopération des États parties ainsi que leur conduite ultérieure en ce qui concerne le traité. Chacun de ces deux types de conférence des parties peut également avoir des pouvoirs spécifiques s'agissant de la modification ou de l'adaptation des traités. Tel est le cas, par exemple, du processus des conférences d'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, de 1972[822], de la conférence d'examen prévue à l'article VIII, paragraphe 3, du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, de 1968[823], ainsi que des conférences des parties établies par les traités internationaux en matière d'environnement[824]. La Commission baleinière internationale, créée par la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, de 1946[825], constitue un cas limite entre les deux catégories de conférences des parties, dont la pratique ultérieure a été examinée par la Cour internationale de Justice dans son arrêt concernant l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*[826].

3) Puisqu'elles sont habituellement établies par un traité, les conférences des parties sont, en un sens, des « organes conventionnels ». Elles ne doivent pas pour autant être confondues avec des organes composés d'experts indépendants ou des organes à composition restreinte. Les conférences des parties sont des réunions plus ou moins périodiques qui sont ouvertes à l'ensemble des parties à un traité.

---

[818] Elles sont aussi désignées, notamment, par les termes suivants : réunions des parties ou assemblées des États parties.

[819] Voir V. Röben, « Conference (Meeting) of States Parties », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 605 à 612 (édition en ligne : http://opil.ouplaw.com/home/epil) ; R. R. Churchill et G. Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law », *American Journal of International Law*, vol. 94, n° 4 (2000), p. 623 à 659 ; J. Brunnée, « COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n° 1 (2002), p. 1 à 52 ; A. Wiersema, « The new international law-makers? Conferences of the Parties to multilateral environmental agreements », *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, n° 1 (2009), p. 231 à 287 ; L. Boisson de Chazournes, « Environmental treaties in time », *Environmental Policy and Law*, vol. 39, n° 6 (2009), p. 293 à 298.

[820] Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (1994) ; Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (1993) ; et Convention relative à l'aviation civile internationale (1944).

[821] Voir *infra* le projet de conclusion 12 [11].

[822] Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, art. XI. Selon ce mécanisme, les États parties se réunissent « afin d'examiner le fonctionnement de la Convention, en vue de s'assurer que les objectifs énoncés dans le préambule et les dispositions de la Convention […] sont en voie de réalisation. À l'occasion de cet examen, il sera tenu compte de toutes les nouvelles réalisations scientifiques et techniques qui ont un rapport avec la Convention » (art. XII).

[823] L'article VIII, paragraphe 3, du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires dispose qu'une conférence des parties aura lieu cinq ans après l'entrée en vigueur du Traité et, si elle en décide ainsi, à des intervalles de cinq ans par la suite, « afin d'examiner le fonctionnement du présent Traité en vue de s'assurer que les objectifs du Préambule et les dispositions du Traité sont en voie de réalisation ». En procédant de la sorte, les États parties examinent le fonctionnement du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, article par article, et formulent des conclusions et des recommandations sur les mesures à prendre.

[824] On citera, au nombre des exemples, la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992), la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1997), et la Conférence des Parties contractantes à la Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau (1971).

[825] Il est souvent dit que la Convention porte création d'une organisation internationale, mais elle ne le fait pas expressément et la Commission baleinière internationale possède des fonctions qui la font relever de la définition de la conférence des parties retenue ici.

[826] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586], à la page 248, par. 46.

4) Afin de tenir compte de la grande diversité des conférences des parties et des règles qui les régissent, le paragraphe 1 donne une large définition du terme « conférence des parties » aux fins du projet de conclusions, qui n'exclut que le cas où les États agissent en tant que membres d'un organe d'une organisation internationale (lequel fera l'objet d'un projet de conclusion ultérieur).

Paragraphe 2, première phrase − effets juridiques des décisions

5) La première phrase du paragraphe 2 vise à reconnaître que la portée juridique de tout acte entrepris par une conférence des parties dépend tout d'abord des règles qui régissent ladite conférence, notamment le traité constitutif et tout règlement applicable. Les conférences des parties exécutent toute une série d'actes, dont l'examen de l'application du traité, l'examen du traité lui-même, et la prise de décisions en vertu des procédures d'amendement[827].

6) Les pouvoirs d'une conférence des parties peuvent faire l'objet de clauses générales ou de dispositions particulières, ou de ces deux types de dispositions. L'article 7, paragraphe 2, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, avant d'énumérer 13 tâches spécifiques dévolues à la conférence des parties, dont une consistant à examiner les obligations des parties découlant de la Convention, commence par le libellé général suivant :

> En tant qu'organe suprême de la présente Convention, la Conférence des Parties fait régulièrement le point de l'application de la Convention et de tous autres instruments juridiques connexes qu'elle pourrait adopter et prend, dans les limites de son mandat, les décisions nécessaires pour favoriser l'application effective de la Convention.

7) Selon des dispositions spécifiques figurant dans différents traités, la conférence des parties propose des « directives » pour l'application de dispositions conventionnelles particulières[828] ou définit « les principes, les modalités, les règles et les lignes directrices à appliquer » pour la mise en œuvre d'un mécanisme conventionnel[829].

8) Les procédures d'amendement (au sens large du terme) comprennent les procédures par lesquelles le texte initial d'un traité peut être modifié (dont le résultat est généralement sujet à ratification par les États parties conformément aux dispositions constitutionnelles), ainsi que les procédures d'acceptation tacite et d'option de refus[830] qui s'appliquent couramment aux annexes contenant des listes de substances, d'espèces et d'autres éléments dont la liste doit être régulièrement mise à jour[831].

9) Comme point de départ, le paragraphe 2 prévoit que l'effet juridique d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties dépend essentiellement du traité considéré et de tout règlement applicable. L'adverbe « essentiellement » laisse une place à des règles complémentaires « à moins que le traité n'en dispose autrement » (voir, par exemple, les articles 16, 20, 22, paragraphe 1, 24, 70, paragraphe 1, et 72, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969). Le mot « tout » vise à préciser que le règlement de la conférence des parties s'appliquera s'il existe, puisqu'il peut y avoir des cas où de telles conférences se déroulent sans qu'un règlement ait été expressément adopté[832].

Paragraphe 2, deuxième phrase − décisions pouvant constituer un accord ultérieur ou une pratique ultérieure

10) La deuxième phrase du paragraphe 2 confirme que les décisions adoptées par une conférence des parties peuvent constituer un accord ultérieur ou une pratique ultérieure pour l'interprétation du traité au sens des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Les décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties peuvent jouer un rôle important pour déterminer les vues communes des parties sur le sens du traité.

11) Les décisions adoptées par une conférence des parties peuvent notamment constituer ou refléter des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, par lesquels les parties interprètent le traité en question. Ainsi, les conférences d'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction ont régulièrement adopté « des ententes et accords additionnels » concernant l'interprétation des dispositions de la Convention. Ces accords ont été adoptés par les États parties dans le cadre des conférences d'examen, par consensus, et « ont porté sur tous les articles du traité afin de répondre à certaines questions particulières, dès qu'elles se posaient[833] ». Par de telles ententes, les États parties interprètent les dispositions de la Convention en définissant, en précisant ou en développant d'une autre façon la signification et la portée des dispositions, ainsi qu'en adoptant des directives sur leur application. Selon l'Unité d'appui

---

[827] Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau : article 6, paragraphe 2, sur les fonctions d'examen et article 10 *bis* (Protocole en vue d'amender la Convention, de 1982, art. 1) sur les amendements ; Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques : article 7, paragraphe 2, sur les fonctions d'examen et article 15 sur les amendements ; Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques : article 13, paragraphe 4, sur les fonctions d'examen de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole, et article 20 sur les procédures d'amendement ; Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction : article XI sur la Conférence des Parties et article XVII sur les procédures d'amendement ; Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires ; et Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac : article 23, paragraphe 5, sur les pouvoirs d'examen, article 28 sur les amendements et article 33 sur les protocoles.

[828] Articles 7 et 9 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac.

[829] L'article 17 du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques en fournit un exemple ; voir Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements… » (note 819 *supra*), à la page 639 ; J. Brunnée, « Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements », dans R. Wolfrum et V. Röben (dir. publ.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, p. 101 à 126, aux pages 110 à 115.

[830] Voir J. Brunnée, « Treaty amendments », dans Hollis (dir. publ.), *The Oxford Guide to Treaties* (note 781 *supra*), p. 347 à 366, aux pages 354 à 360.

[831] Ibid.

[832] Tel est le cas, par exemple, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

[833] Voir P. Millett, « The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, n° 1 (2010), p. 25 à 43, à la page 33.

à l'application de la Convention sur les armes biologiques[834], un « accord additionnel » :

a) interprète, définit ou développe le sens ou la portée d'une disposition de la Convention ; ou

b) donne des instructions, établit les lignes directrices ou fait des recommandations quant à la manière de mettre en œuvre une disposition[835].

12) De même, la conférence des parties à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets a adopté des résolutions interprétant cette convention. La Sous-Division des affaires juridiques de l'Organisation maritime internationale (OMI), à la demande des organes directeurs, a indiqué ce qui suit à propos d'une « résolution interprétative » de la conférence des parties à la Convention :

Selon l'article 31, paragraphe 3 *a*, de la Convention de Vienne sur le droit des traités […], il sera tenu compte des accords ultérieurs qui seraient intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité. L'article ne précise pas la forme des accords ultérieurs contenant une telle interprétation. Cela semble indiquer que, dès lors que l'intention est claire, l'interprétation peut revêtir diverses formes, y compris celle d'une résolution adoptée à une réunion des parties, voire celle d'une décision consignée dans le compte rendu de la réunion des parties[836].

13) Dans le même ordre d'idées, le Conseiller juridique de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) a affirmé en termes généraux :

Les décisions de la Conférence des Parties, organe suprême composé de toutes les parties à la Convention-cadre, représentent incontestablement un accord ultérieur entre les Parties concernant l'interprétation du traité, au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne[837].

14) Certains auteurs considèrent aussi que les décisions des conférences de parties peuvent constituer des accords ultérieurs[838] et font observer ce qui suit :

De telles déclarations ne sont pas juridiquement contraignantes en soi mais peuvent avoir une signification juridique, notamment en tant que source d'interprétation faisant autorité[839].

15) La Cour internationale de Justice a conclu, en ce qui concerne le rôle de la Commission baleinière internationale dans le cadre de la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine :

L'article VI de la Convention énonce que « [l]a Commission pourra formuler de temps à autre, à l'intention de l'un quelconque ou de tous les gouvernements contractants, des recommandations à propos de questions ayant trait soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de la présente convention ». Ces recommandations, adoptées sous forme de résolutions, n'ont pas force obligatoire. Cependant, lorsqu'elles sont adoptées par consensus ou à l'unanimité, elles peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation de la Convention ou du règlement qui lui est annexé[840].

16) Les exemples suivants tirés de la pratique des conférences des parties viennent étayer la proposition selon laquelle les décisions de ces conférences peuvent constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*.

17) L'article premier, paragraphe 1, de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction dispose que chaque État partie s'engage à ne jamais, et en aucune circonstance, mettre au point, fabriquer, stocker ni acquérir d'une manière ou d'une autre ni conserver :

Des agents microbiologiques ou autres agents biologiques, ainsi que des toxines quels qu'en soient l'origine ou le mode de production, de types ou en quantités qui ne sont pas destinés à des fins prophylactiques, de protection ou à d'autres fins pacifiques[.]

18) À la troisième conférence d'examen (1991), les États parties ont précisé que les interdictions établies dans la Convention portaient sur des « agents microbiens ou d'autres agents biologiques ou de[s] toxines nocifs pour les plantes et les animaux, ainsi que pour les humains[841] ».

19) L'article 4, paragraphe 9, du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone a donné lieu à un débat à propos de la définition de l'expression « État non partie au présent Protocole » qui y figure. Selon cette disposition :

Aux fins du présent article, l'expression « État non partie au présent Protocole » désigne, en ce qui concerne toute substance réglementée, un État ou une organisation régionale d'intégration économique qui n'a pas accepté d'être lié par les mesures de réglementation en vigueur pour cette substance.

20) Dans le cas des hydrochlorofluorocarbones, deux amendements au Protocole de Montréal[842] imposent des

---

[834] L'Unité d'appui à l'application a été créée par la Conférence des États parties, en vue d'assurer un appui administratif à la Conférence et de renforcer les mesures de confiance entre les États parties [voir le *Document final de la sixième Conférence des États parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction* (BWC/CONF.VI/6), troisième partie (Décisions et recommandations), par. 5].

[835] Document d'information soumis par l'Unité d'appui à l'application à la septième Conférence des États parties chargée de l'examen de la Convention, intitulé « Ententes et accords additionnels intervenus aux précédentes conférences d'examen de la Convention, relatifs à chaque article de la Convention » (BWC/CONF.VII/INF.5) [mis à jour par la suite avec l'inclusion des ententes et accords conclus à cette conférence, Genève, 2012], par. 1.

[836] *Agenda item 4 – Ocean fertilization submitted by the Secretariat: Procedural requirements in relation to a decision on an interpretive resolution – views of the IMO Sub-Division of Legal Affairs*, document LC 33/J/6, par. 3.

[837] Conférence des Parties à la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Organe intergouvernemental de négociation d'un protocole sur le commerce illicite des produits du tabac, « Texte révisé d'un protocole sur le commerce illicite des produits du tabac présenté par le Président et débat général : avis juridique sur le champ d'application du protocole », note du Conseiller juridique de l'OMS sur le champ d'application du protocole sur le commerce illicite des produits du tabac (Organisation mondiale de la Santé, document FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, annexe, par. 8) ; voir aussi S. F. Halabi, « The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, n° 1 (2010), p. 121 à 183.

[838] D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 83 (en ce qui concerne le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires) ; et Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra* la note 527), p. 213 et 214.

[839] B. M. Carnahan, « Treaty review conferences », *American Journal of International Law*, vol. 81, n° 1 (1987), p. 226 à 230, à la page 229.

[840] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586], à la page 248, par. 46.

[841] *Document final de la troisième Conférence des Parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, Genève, 9-27 septembre 1991* (BWC/CONF.III/23), partie II (Déclaration finale), p. 11.

[842] Amendement de Copenhague (1992) et Amendement de Beijing (1999) au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone.

obligations qui ont soulevé la question de savoir si un État, pour être considéré comme « non partie au présent Protocole », doit être non partie aux deux amendements. La conférence des parties a décidé ce qui suit :

> L'expression « État non partie au présent Protocole » s'applique à tous les autres États et organisations régionales d'intégration économique qui n'ont pas accepté d'être liés par les Amendements de Copenhague et de Beijing[843].

21) Si les actes qui résultent d'une procédure d'acceptation tacite[844] ne sont pas, en tant que tels, des accords ultérieurs des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ils peuvent, outre leur effet primaire en vertu du traité, impliquer un tel accord ultérieur, dans certaines circonstances. Un exemple concerne certaines décisions de la conférence des parties à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets. À sa seizième réunion, tenue en 1993, la Réunion consultative des Parties contractantes a adopté trois amendements à l'annexe I à la faveur de la procédure d'acceptation tacite prévue par la Convention[845]. En tant que tels, ces amendements n'étaient pas des accords ultérieurs. Ils supposaient toutefois une large interprétation du traité lui-même[846]. L'amendement renvoie et fait suite à une résolution qui avait été adoptée par la réunion consultative tenue trois ans auparavant, qui avait établi l'accord des parties selon lequel « la Convention de Londres sur l'immersion [était] l'instance appropriée pour examiner la question de l'évacuation des déchets faiblement radioactifs dans des dépôts enfouis dans le sous-sol marin auxquels on accéderait par la mer[847] ». On a considéré que cette résolution « étendait effectivement la définition de l'"immersion" au sens de la Convention pour que ce terme recouvre l'évacuation ou l'enfouissement de déchets dans ou sous les fonds marins depuis la mer mais non depuis la terre au moyen d'un tunnel[848] ». Ainsi, l'amendement a confirmé que la résolution interprétative incluait un accord ultérieur au sujet de l'interprétation du traité.

22) La Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination prévoit, au paragraphe 5 de son article 17, que « [l]es amendements […] entrent en vigueur entre les Parties les ayant acceptés le quatre-vingt-dixième jour après que le Dépositaire a reçu leur instrument de ratification, d'approbation, de confirmation formelle ou d'acceptation par les trois quarts au moins des Parties les ayant acceptés […] ». Faisant suite à une initiative de l'Indonésie et de la Suisse, la Conférence des Parties a décidé de préciser la condition d'acceptation par les trois quarts des parties en convenant

> sans préjudice des dispositions des autres accords multilatéraux sur l'environnement, que le paragraphe 5 de l'article 17 de la Convention de Bâle devrait être interprété comme suit : une acceptation des trois quarts des Parties qui étaient Parties au moment de l'adoption de l'Amendement est nécessaire pour l'entrée en vigueur de cet amendement, sachant que cette interprétation du paragraphe 5 de l'article 17 n'oblige en aucun cas une Partie à ratifier l'Amendement portant interdiction[849].

Les parties ont adopté cette décision sur l'interprétation de l'article 17, paragraphe 5, par consensus, et de nombreux États parties ont souligné que la conférence des parties à une quelconque convention était « l'autorité chargée en dernier ressort de son interprétation[850] ». Si cela permet de penser que la décision traduit un accord ultérieur des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, on note que la décision a été prise au terme d'un débat sur la question de savoir s'il était nécessaire de suivre la procédure formelle d'amendement de la Convention pour parvenir à ce résultat[851]. Il faut aussi noter que la délégation japonaise a déclaré, en demandant que cette remarque soit consignée dans le rapport de la conférence, qu'elle « appuyait la méthode de la date fixée pour l'interprétation de la disposition de la Convention relative à l'entrée en vigueur des amendements, comme précisé dans l'avis juridique fourni par le Bureau des affaires juridiques de l'[Organisation

---

[843] Décision XV/3 relative aux obligations des Parties à l'Amendement de Beijing au titre de l'article 4 du Protocole de Montréal en ce qui concerne les hydrochlorofluorocarbones ; la définition est formulée comme suit : « […] *a*) L'expression "État non partie au présent Protocole" figurant au paragraphe 9 de l'article 4 ne s'applique pas aux États visés au paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole jusqu'au 1er janvier 2016, lorsque, conformément aux Amendements de Copenhague et de Beijing, les mesures de réglementation relatives à la production et à la consommation d'hydrochlorofluorocarbones prendront effet pour les États visés au paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole ; *b*) L'expression "État non partie au présent Protocole" s'applique à tous les autres États et organisations régionales d'intégration économique qui n'ont pas accepté d'être liés par les Amendements de Copenhague et de Beijing ; *c*) Reconnaissant, cependant, les difficultés concrètes imposées par les délais relatifs à l'adoption de l'interprétation précitée de l'expression "État non partie au présent Protocole", le paragraphe 1 *b* s'appliquera à moins qu'un tel État ait, d'ici au 31 mars 2004 : i) Informé le secrétariat qu'il compte ratifier l'Amendement de Beijing, y adhérer ou l'accepter aussitôt que possible ; ii) Certifié qu'il se conforme scrupuleusement aux articles 2, 2A à 2G et à l'article 4 du Protocole, tel qu'amendé par l'Amendement de Copenhague ; iii) Soumis des données sur les alinéas i) et ii) ci-dessus au secrétariat, à actualiser le 31 mars 2005 ; auquel cas la définition d'"État non partie au présent Protocole" ne s'applique pas à un tel État jusqu'à l'achèvement de la dix-septième Réunion des Parties » [Rapport de la quinzième réunion des Parties au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (UNEP/OzL.Pro.15/9), chap. XVIII, sect. A, décision XV/3, par. 1].

[844] Voir *supra* le paragraphe 8 du présent commentaire.

[845] Voir les résolutions LC.49 (16), LC.50 (16) et LC.51 (16), adoptées le 12 novembre 1993 lors de la seizième Réunion consultative des Parties contractantes (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1775, nº 15749, p. 395). D'abord, la Réunion a décidé de modifier l'abandon progressif de l'évacuation en mer des déchets industriels avant le 31 décembre 1995. Ensuite, elle a interdit l'incinération en mer de déchets industriels et de boues d'épuration. Enfin, elle a décidé de remplacer le paragraphe 6 de l'annexe I, portant interdiction de l'immersion de déchets radioactifs et autres matières radioactives ; voir aussi « Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972 », *Focus on IMO* (OMI, juillet 1997), p. 11.

[846] Certains ont même affirmé que ces amendements à l'annexe I de la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets « apportaient des changements majeurs à la Convention » [Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements… » (voir *supra* la note 819), à la page 638].

[847] OMI, Rapport de la treizième Réunion consultative des Parties contractantes à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (LDC 13/15), annexe 7, résolution LDC.41 (13), par. 1.

[848] Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements… » (voir *supra* la note 819), à la page 641.

[849] *Rapport de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination sur les travaux de sa dixième réunion, Carthagène (Colombie), 17-21 octobre 2011* (UNEP/CHW.10/28), annexe I, décision BC-10/3 (Initiative de l'Indonésie et de la Suisse visant à améliorer l'efficacité de la Convention de Bâle), par. 2.

[850] Ibid., chap. III. A, par. 65.

[851] Voir G. Handl, « International "lawmaking" by conferences of the parties and other politically mandated bodies », dans Wolfrum et Röben (dir. publ.), *Developments of International Law in Treaty Making* (note 829 *supra*), p. 127 à 143, à la page 132.

des Nations Unies] en tant que Dépositaire[852], et avait accepté la méthode de la date fixée énoncée dans la décision sur l'initiative de l'Indonésie et de la Suisse *uniquement pour ce cas particulier**[853] ».

23) Les exemples précités montrent que les décisions des conférences des parties peuvent dans certaines circonstances constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, et donner lieu à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, ou à une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 si elles ne reflètent pas l'accord des parties. Il convient cependant toujours d'identifier soigneusement le caractère propre d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties. À cette fin, il faut tenir compte de la précision et de la clarté du libellé retenu au regard du texte de la décision de la conférence des parties dans son ensemble, de son objet et de son but, et de la manière dont il est appliqué. Il est fréquent que les parties n'entendent pas donner à leur décision une portée juridique particulière.

Paragraphe 2, troisième phrase − décisions pouvant offrir une gamme de solutions pratiques

24) La dernière phrase du paragraphe 2 du projet de conclusion 11 [10] rappelle à l'interprète que les décisions des conférences des parties offrent souvent une gamme de solutions pratiques pour l'application du traité. Ces décisions ne constituent pas nécessairement un accord ultérieur ou une pratique ultérieure aux fins de l'interprétation du traité, même si la décision est prise par consensus. En réalité, il arrive souvent que les conférences des parties ne visent pas expressément à résoudre ou à traiter des questions concernant l'interprétation d'un traité.

25) Un exemple est fourni par une décision adoptée par la Conférence des Parties à la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac. Les articles 9 et 10 de la Convention traitent respectivement de la réglementation de la composition des produits du tabac et de la réglementation des informations sur les produits du tabac à communiquer. Conscients que de telles mesures requièrent l'allocation de ressources financières importantes, les États parties sont convenus, sous l'intitulé « Considérations pratiques » pour l'application des articles 9 et 10, de « [c]ertaines […] options qui s'offrent aux Parties », telles que :

a) des taxes sur le tabac spécialement dédiées ;

b) des redevances de licences de fabrication et/ou d'importation ;

c) des redevances d'homologation des produits du tabac ;

d) des licences de vente pour les distributeurs et/ou détaillants de produits du tabac ;

e) des amendes imposées à l'industrie du tabac et aux détaillants pour non-respect des prescriptions ;

f) des redevances annuelles pour la surveillance des produits du tabac (industrie et détaillants)[854].

Cette décision propose une gamme non exhaustive de solutions pratiques pour l'application des articles 9 et 10 de la Convention. Cependant, les parties ont ainsi implicitement convenu que les « options » énoncées seraient, en tant que telles, compatibles avec la Convention.

Paragraphe 2 dans son ensemble

26) Il en résulte que les décisions des conférences des parties peuvent avoir des effets juridiques différents. Bon nombre de ces décisions ne visent pas à constituer, en soi, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, parce qu'elles ne sont pas censées être une prise de position au sujet de l'interprétation du traité. Dans d'autres cas, les parties indiquent suffisamment clairement que la décision de la conférence des parties traduit leur accord au sujet de l'interprétation du traité. Ces décisions peuvent également produire un effet en conjonction avec une obligation juridique de coopérer en vertu du traité, et dès lors les parties « doivent tenir dûment compte » d'une telle décision[855]. En tout état de cause, on ne peut pas se contenter de dire que parce que le traité ne reconnaît pas à la conférence des parties la compétence de prendre des décisions juridiquement contraignantes, les décisions que prennent les conférences des parties sont nécessairement sans effet juridique et ne constituent que des engagements politiques[856].

27) En définitive, l'effet d'une décision prise par une conférence des parties dépend des circonstances propres à chaque cas et de telles décisions doivent être judicieusement interprétées. Une considération pertinente peut être le fait que les États parties appliquent de façon uniforme ou sans contestation le traité tel qu'interprété par la décision de la conférence des parties. Une pratique divergente à la suite d'une décision d'une conférence des parties peut être le signe que les États ne considèrent pas que ladite décision constituerait un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*[857]. Les décisions des conférences des parties qui ne constituent pas des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, peuvent toutefois s'appliquer en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32[858].

---

[852] La « méthode de la date fixée » préconisée par le Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies est la suivante : en cas de silence ou d'ambiguïté du traité sur la question, « la pratique du Secrétaire général consiste à calculer le nombre d'acceptations sur la base du nombre de parties au traité au moment du dépôt de chaque instrument d'acceptation d'un amendement ». Voir les extraits du mémorandum du 8 mars 2014, reçu du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies, à l'adresse suivante : www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx.

[853] *Rapport de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle* (UNEP/CHW.10/28) [voir *supra* la note 849], par. 68.

[854] Directives partielles pour l'application des articles 9 et 10 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (Réglementation de la composition des produits du tabac et Réglementation des informations sur les produits du tabac à communiquer), FCTC/COP4(10), annexe, adoptées à la quatrième session de la Conférence des Parties à la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac [Punta del Este (Uruguay), 15-20 novembre 2010], FCTC/COP/4/DIV/6, p. 55, directive 2.3.

[855] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586], à la page 257, par. 83.

[856] Ibid., à la page 248, par. 46.

[857] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 10 [9], paragraphes 23 et 24.

[858] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586] (opinion individuelle de la juge ad hoc Charlesworth, à la page 454, par. 4 : « Je relèverai du reste que les résolutions adoptées au terme d'un vote de la [Commission baleinière internationale] ne sont pas sans incidence, même si elles n'entrent pas dans les prévisions du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne. »).

Paragraphe 3 − un accord concernant l'interprétation du traité

28) Le paragraphe 3 énonce le principe selon lequel les accords au sujet de l'interprétation d'un traité au sens de l'article 31, paragraphe 3, doivent concerner le fond du traité. Ainsi, ce qui importe est le fond de l'accord que traduit la décision de la conférence des parties, et non la forme sous laquelle ou la procédure par laquelle cette décision est adoptée. Les actes émanant d'une conférence des parties peuvent prendre différentes formes et désignations, et résulter de procédures différentes. Il se peut même que les conférences des parties conduisent leurs travaux sans qu'un règlement ait été officiellement adopté[859]. Si la décision de la conférence des parties se fonde sur un vote unanime auquel toutes les parties ont participé, elle peut clairement constituer un « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, pourvu qu'elle concerne « l'interprétation du traité ».

29) Les décisions des conférences des parties concernant les fonctions d'examen et d'application sont toutefois normalement adoptées par consensus. Cette pratique trouve son origine dans les règlements qui font généralement obligation aux États parties de n'épargner aucun effort pour parvenir à un consensus sur les questions de fond. On en trouve un premier exemple dans le Règlement intérieur provisoire de la Conférence des Parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction. L'article 28, paragraphe 2, du Règlement stipule ainsi ceci :

> La Conférence d'examen ayant pour objet d'examiner le fonctionnement de la Convention en vue d'assurer la réalisation des objectifs du préambule et des dispositions de la Convention et ainsi de renforcer son efficacité, tous les efforts doivent être faits pour parvenir à un accord sur les questions de fond sous la forme d'un consensus. Ces questions ne doivent pas faire l'objet d'un vote avant que tous les efforts pour parvenir à un consensus aient été épuisés[860].

Cette formulation, avec des variations mineures, est devenue le paragraphe type concernant les procédures de prise de décisions des conférences des parties.

30) Pour répondre aux questions concernant les décisions adoptées par consensus, il est précisé à la fin du paragraphe 3 du projet de conclusion « y compris lorsque l'adoption s'est faite par consensus » afin d'écarter l'idée que l'adoption d'une décision par consensus devrait être nécessairement assimilée à un accord sur le fond. Au contraire, le consensus n'indique pas nécessairement qu'il s'agit d'un accord sur le fond. Selon les commentaires relatifs à certaines questions de procédure publiés par le Bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies en application de la résolution 60/286 de l'Assemblée générale[861] :

> Le consensus s'entend généralement d'un processus de prise de décisions consistant à parvenir à une décision sans mise aux voix ni objection formelle. Il ne reflète cependant pas nécessairement une « unanimité » d'opinion sur le fond. Il désigne la pratique consistant à faire tout ce qui est possible pour parvenir à un accord général sans qu'aucune délégation s'oppose expressément au consensus[862].

31) Il s'ensuit que l'adoption par consensus n'est pas une condition suffisante pour que la décision constitue un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*. Les règlements intérieurs des conférences des parties ne donnent généralement pas d'indication sur les effets juridiques possibles d'une résolution en tant qu'accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ou en tant que pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*. Les règlements intérieurs se contentent de définir la manière dont la conférence des parties adopte ses décisions, et non les effets juridiques que ces décisions pourraient avoir en tant qu'accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3. Bien qu'il ne soit pas nécessaire que les accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, aient valeur contraignante en tant que tels, la Convention de Vienne de 1969 ne leur attribue un effet juridique en vertu de l'article 31 que s'il existe un accord sur le fond entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité. La Cour internationale de Justice a confirmé que la distinction entre la forme d'une décision collective et l'accord sur le fond est pertinente dans un tel contexte[863].

32) Le fait que certaines décisions ne peuvent constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, bien qu'elles aient été déclarées comme adoptées par consensus, est particulièrement vrai de décisions qui ont été adoptées malgré l'opposition d'un État ou de plusieurs États à ce consensus.

33) Ainsi, à sa sixième réunion, en 2002, la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique s'est employée à élaborer des principes directeurs concernant la prévention, l'introduction et l'atténuation des impacts des espèces exotiques qui menacent des

---

[859] La Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques applique provisoirement le projet de règlement intérieur de la Conférence des Parties et de ses organes subsidiaires (FCCC/CP/1996/2), à l'exception du projet d'article 42, au chapitre Intitulé « Vote », faute d'accord à ce jour sur l'une des deux variantes qui y sont proposées, voir *Rapport de la Conférence des Parties sur les travaux de sa première session, Berlin, 28 mars-7 avril 1995* (FCCC/CP/1995/7), p. 8, par. 10 ; et *Rapport de la dix-neuvième session de la Conférence des Parties, Varsovie, 11-23 novembre 2013* (FCCC/CP/2013/10), p. 7, par. 4 ; de même, la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, de 1992, n'a pas adopté le paragraphe 1 de l'article 40 du règlement intérieur (Vote) « en raison d'un manque d'accord entre les Parties sur la majorité requise pour la prise de décisions sur les questions de fond », voir *Rapport de la onzième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, Hyderabad (Inde), 8-19 octobre 2012* (UNEP/CBD/COP/11/35), par. 65.

[860] Règlement intérieur provisoire de la Conférence des Parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, tenue à Genève, du 3 au 21 mars 1980 (BWC/CONF.I/2).

[861] Résolution 60/286 de l'Assemblée générale en date du 8 septembre 2006, sur la revitalisation de l'Assemblée générale, dans laquelle l'Assemblée prie le Bureau des affaires juridiques « de rendre accessible au public l'information relative aux précédents que les organes intergouvernementaux de l'Organisation ont établis et aux pratiques qu'ils ont adoptées » (annexe, par. 24).

[862] Commentaires relatifs à certaines questions de procédure : « Consensus in UN practice General », document établi par le Secrétariat, disponible à l'adresse suivante : https://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/FR/GA_RoP_FR.pdf. Voir aussi R. Wolfrum et J. Pichon, « Consensus », Max Planck Encyclopedia of Public International Law, octobre 2010, par. 3, 4 et 24. Disponible à l'adresse suivante : http://opil.ouplaw.com/home/epil.

[863] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586], à la page 257, par. 83.

écosystèmes, des habitats ou des espèces[864]. Après l'échec de plusieurs tentatives pour parvenir à un accord, la Présidente de la Conférence des Parties a proposé d'adopter la décision et de consigner les réserves exprimées par l'Australie dans le rapport final de la réunion. Le représentant de l'Australie a cependant réaffirmé qu'il « ne pouvait accepter les principes directeurs » et que « [s]on objection formelle était donc maintenue »[865]. La Présidente a déclaré le débat clos et, « conformément à la pratique en usage », a déclaré la décision adoptée sans la mettre aux voix, en précisant que les objections des États opposés seraient reflétées dans le rapport final de la réunion. Une fois la décision adoptée, l'Australie a réaffirmé sa position selon laquelle « le consensus signifiait adoption sans objection formelle » et a exprimé qu'elle était « gravement préoccupée par la légalité de la procédure d'adoption du projet de décision ». En définitive, il a été précisé dans une note de bas de page relative à la décision VI/23 qu'« [u]n délégué a[vait] émis une objection formelle au cours du processus d'adoption de cette décision et a[vait] indiqué qu'il estimait que la Conférence des Parties ne pouvait pas légitimement adopter une motion ou un texte grevé d'une objection formelle »[866].

34) Face à une telle situation, le Secrétaire exécutif de la Convention sur la diversité biologique a adressé une demande d'avis juridique au Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies[867]. Celui-ci a exprimé l'avis[868] qu'une partie pouvait « prendre ses distances par rapport au fond ou à la lettre d'un document, indiquer que le fait de se joindre au consensus ne constituait pas une acceptation du fond ou de la lettre du document ou de certaines parties du document, et/ou présenter toute autre restriction quant à la position du gouvernement sur le fond ou la lettre d'un document[869] ». Cela montre clairement qu'une décision peut être adoptée par consensus même si un ou plusieurs des États parties ne souscrivent pas au fond de la décision.

35) La décision prise dans le contexte de la Convention sur la diversité biologique et une décision analogue adoptée à Cancún en 2010 lors de la réunion des Parties au Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (malgré l'objection de la Bolivie)[870] soulèvent l'importante question du sens à donner au terme « consensus »[871]. Il convient toutefois de distinguer cette question, qui ne relève pas du présent sujet, de celle de savoir si toutes les parties à un traité sont parvenues à un accord sur le fond au sujet de l'interprétation de ce traité au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*. Les décisions de conférences des parties qui ne traduisent pas un accord de toutes les parties sur le fond ne constituent pas des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3, mais elles peuvent constituer une « autre pratique ultérieure » au sens de l'article 32 (voir *supra* le projet de conclusion 4, paragraphe 3).

36) Une autre question est celle de savoir quel est l'effet juridique d'une décision adoptée par une conférence des parties dès lors qu'elle constitue un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3. En 2011, il a été demandé à la Sous-Division des affaires juridiques de l'OMI d'indiquer aux organes directeurs les conditions procédurales applicables à une décision relative à une résolution interprétative et de lui faire savoir, en particulier, s'il serait nécessaire ou non de parvenir à un consensus pour une telle décision[872]. Dans sa réponse, la Sous-Division des affaires juridiques de l'OMI, tout en confirmant qu'une résolution d'une conférence des parties pouvait, en principe, constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, a indiqué aux organes directeurs que, même si la conférence adoptait une décision par consensus, cela ne signifierait pas que la décision serait contraignante pour toutes les parties[873].

37) Bien qu'elle ait fondé son avis sur la prémisse erronée qu'un « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ne pourrait être que contraignant « comme un traité ou un amendement à un traité[874] », la Sous-Division des affaires juridiques de l'OMI est parvenue à la conclusion exacte selon laquelle, même si une décision adoptée par consensus par une conférence des parties constitue un accord au sujet de l'interprétation sur le fond, elle n'est pas (nécessairement) contraignante pour les parties[875]. Au contraire, comme la Commission l'a indiqué, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, n'est que l'un des différents moyens d'interprétation dont il faut tenir compte dans le processus d'interprétation[876].

38) En conséquence, les résolutions interprétatives des conférences des parties qui sont adoptées par consensus, même si elles ne sont pas contraignantes en tant que telles, peuvent néanmoins constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, s'il existe des indices suffisants que telle était l'intention des parties au moment de l'adoption de la décision, ou si la pratique ultérieure des parties établit un accord à

---

[864] *Rapport de la sixième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, La Haye, 7-19 avril 2002* (UNEP/CBD/COP/6/20), annexe I, décision VI/23.

[865] Ibid., par. 313.

[866] Ibid., par. 316, 318 et 321 ; pour le débat, voir les paragraphes 294 à 324. Toutes les décisions de la Conférence des Parties sont disponibles à l'adresse suivante : www.cbd.int/decisions.

[867] Cette demande d'avis juridique peut être obtenue auprès du secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, document SCBD/SEL/DBO/30219 (6 juin 2002).

[868] Lettre datée du 17 juin 2002, transmise par télécopie.

[869] Ibid.

[870] Voir *Rapport de la sixième session de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto, tenue à Cancún du 29 novembre au 10 décembre 2010* (FCCC/KP/CMP/2010/12 et Add.1), décision 1/CMP.6 (Les Accords de Cancún : résultats des travaux effectués par le Groupe de travail spécial des nouveaux engagements des Parties visées à l'annexe I au titre du Protocole de Kyoto à sa quinzième session) et décision 2/CMP.6 (Les Accords de Cancún : utilisation des terres, changement d'affectation des terres et foresterie) ; et délibérations de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto, par. 29.

[871] Voir Nolte, « Subsequent agreements and subsequent practice of States… » (note 444 *supra*), aux pages 372 à 377.

[872] OMI, Rapport sur les travaux du Groupe de travail intersessions sur la fertilisation des océans à sa troisième réunion (LC 33/4), par. 4.15.2.

[873] OMI, document LC 33/J/6 (voir *supra la* note 836), par. 5.

[874] Ibid., par. 8.

[875] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 10 [9], paragraphes 9 à 11.

[876] Paragraphe 4 du commentaire du projet de conclusion 3 [2] *supra*.

l'égard de l'interprétation du traité[877]. L'interprète doit accorder le poids voulu à une résolution interprétative aux fins de l'article 31, paragraphe 3 *a*, mais il ne doit pas nécessairement la considérer comme juridiquement contraignante[878].

Conclusion 12 [11]. Actes constitutifs d'organisations internationales

1. Les articles 31 et 32 s'appliquent à un traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale. En conséquence, les accords et la pratique ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3, sont, et toute autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 peut être, un moyen d'interprétation d'un tel traité.

2. Les accords et la pratique ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3, ou toute autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 peuvent résulter de, ou être exprimés par, la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif.

3. La pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif peut contribuer à l'interprétation de cet acte, lors de l'application de l'article 31, paragraphe 1, et de l'article 32.

4. Les paragraphes 1 à 3 s'appliquent à l'interprétation de tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation.

Commentaire

Généralités

1) Le projet de conclusion 12 [11] concerne un type particulier de traités, à savoir les actes constitutifs d'organisations internationales, et la façon dont les accords ultérieurs ou la pratique ultérieure doivent ou peuvent être pris en considération pour leur interprétation au sens des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969.

2) Les actes constitutifs d'organisations internationales sont spécifiquement visés à l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969, qui dispose ce qui suit :

> La présente Convention s'applique à tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale et à tout traité adopté au sein d'une organisation internationale, sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation[879].

3) L'acte constitutif d'une organisation internationale au sens de l'article 5 est, comme tout traité, un accord international, « qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes » (art. 2, par. 1 *a*). Les dispositions contenues dans un tel traité font partie intégrante de l'acte constitutif[880].

4) D'une manière générale, l'article 5, qui dispose que la Convention de Vienne de 1969 s'applique aux actes constitutifs d'organisations internationales, sans préjudice de toutes règles pertinentes de l'organisation[881], est conforme à l'approche générale de la Convention selon laquelle les traités entre États sont soumis aux règles énoncées dans la Convention « à moins que le traité n'en dispose autrement »[882].

5) Le projet de conclusion 12 [11] ne porte que sur l'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales. Il ne traite donc pas de tous les aspects du rôle des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités concernant des organisations internationales. En particulier, il ne s'applique pas à l'interprétation des traités adoptés au sein d'une organisation internationale ni aux traités conclus par des organisations internationales qui ne sont pas eux-mêmes des actes constitutifs d'organisations internationales[883]. Le projet de conclusion 12 [11] ne s'applique pas non plus à l'interprétation de décisions émanant d'organes d'organisations internationales[884], notamment à l'interprétation de décisions de juridictions internationales[885], ni à l'effet d'une « jurisprudence constante »[886]

---

[877] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586], opinion individuelle du juge Greenwood, aux pages 407 et 408, par. 6, et opinion individuelle de la juge ad hoc Charlesworth, aux pages 453 et 454, par. 4.

[878] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 3 [2], paragraphe 4.

[879] Voir également la disposition jumelle contenue à l'article 5 de la Convention de Vienne de 1986.

[880] L'article 20, paragraphe 3, de la Convention de Vienne de 1969 dispose qu'en cas de réserve à un acte constitutif d'une organisation, l'acceptation de l'organe compétent de cette organisation est exigée. Voir le douzième rapport sur les réserves aux traités, *Annuaire… 2007*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/584, p. 47, par. 75 à 77 ; voir aussi S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 204.

[881] Voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 208 (projet d'article 4) ; K. Schmalenbach, « Article 5. Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization », dans Dörr et Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties…* (voir *supra* la note 443), p. 89 à 99, à la page 89, par. 1.

[882] Voir, par exemple, les articles 16 ; 19 *a* et *b* ; 20, par. 1 et 3 à 5 ; 22 ; 24, par. 3 ; 25, par. 2 ; 44, par. 1 ; 55 ; 58, par. 2 ; 70, par. 1 ; 72, par. 1 ; et 77, par. 1, de la Convention de Vienne de 1969.

[883] Cette dernière catégorie est couverte par la Convention de Vienne de 1986.

[884] *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 403, à la page 442, par. 94 (« Il est vrai 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 peuvent fournir certaines indications mais, compte tenu des différences qui existent entre les instruments conventionnels et les résolutions du Conseil de sécurité, d'autres éléments doivent aussi être pris en considération aux fins de l'interprétation de ces dernières. ») ; voir également H. Thirlway, « The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989, part eight », *British Year Book of International Law 1996*, vol. 67, p. 1 à 73, à la page 29 ; M. C. Wood, « The interpretation of Security Council resolutions », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), p. 73 à 95, à la page 85 ; et Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 128.

[885] *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du* Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande) *(Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2013*, p. 281, à la page 307, par. 75 (« Un arrêt de la Cour ne saurait être considéré comme équivalant à un traité, qui tient sa force obligatoire et son contenu du consentement des États contractants dont le comportement ultérieur peut, conformément au principe énoncé à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, avoir une incidence sur l'interprétation de l'instrument en question. »).

[886] Voir Chambre des lords du Royaume-Uni, *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte*

de cours ou tribunaux[887]. Enfin, le projet de conclusion ne traite pas spécifiquement de questions relatives aux décisions d'un organe de surveillance de l'application des traités composé d'experts indépendants, ni plus généralement du poids à accorder à certaines formes particulières de pratique ; ces questions pourront être abordées à un stade ultérieur.

Paragraphe 1 − applicabilité des articles 31 et 32

6) La première phrase du paragraphe 1 du projet de conclusion 12 [11] affirme que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 sont applicables aux traités qui sont des actes constitutifs d'organisations internationales[888]. C'est ce qu'a confirmé la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* :

> D'un point de vue formel, les actes constitutifs d'organisations internationales sont des traités multilatéraux, auxquels s'appliquent les règles bien établies d'interprétation des traités[889].

7) La Cour a expliqué au sujet de la Charte des Nations Unies :

> Dans les affaires précédentes où la Cour a dû interpréter la Charte des Nations Unies, elle a suivi les principes et les règles applicables en général à l'interprétation des traités, étant donné qu'elle a reconnu que la Charte est un traité multilatéral, bien qu'elle présente certaines caractéristiques spéciales[890].

8) Par ailleurs, comme l'article 5 le laisse entendre et les décisions de juridictions internationales le confirment, les actes constitutifs d'organisations internationales sont également des traités d'un type particulier dont l'interprétation peut être soumise à des exigences propres. La Cour internationale de Justice a déclaré à cet égard ceci :

> Mais les actes constitutifs d'organisations internationales sont aussi des traités d'un type particulier ; ils ont pour objet de créer des sujets de droit nouveaux, dotés d'une certaine autonomie, auxquels les parties confient pour tâche la réalisation de buts communs. De tels traités peuvent poser des problèmes d'interprétation spécifiques en raison, notamment, de leur caractère à la fois conventionnel et institutionnel ; la nature même de l'organisation créée, les objectifs qui lui ont été assignés par ses fondateurs, les impératifs liés à l'exercice effectif de ses fonctions ainsi que sa pratique propre, constituent autant d'éléments qui peuvent mériter, le cas échéant, une attention spéciale au moment d'interpréter ces traités constitutifs[891].

9) La deuxième phrase du paragraphe 1 du projet de conclusion 12 [11] vise plus précisément les éléments des articles 31 et 32 qui traitent des accords et de la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation, et confirme que les accords et la pratique ultérieurs au sens du paragraphe 3 de l'article 31 sont un moyen d'interprétation d'un tel traité, comme peut l'être toute autre pratique ultérieure au sens de l'article 32.

10) La Cour internationale de Justice a reconnu l'applicabilité du paragraphe 3 *b* de l'article 31 aux actes constitutifs d'organisations internationales. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, après avoir qualifié les actes constitutifs d'organisations internationales de traités d'un type particulier, la Cour a indiqué en guise d'introduction à son interprétation de la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé :

> Conformément à la règle coutumière d'interprétation qui a trouvé son expression à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, les termes d'un traité doivent être interprétés « dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » et il doit être « tenu compte, en même temps que du contexte :
>
> […]
>
> *b*) [d]e toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité »[892].

Après avoir cité différents précédents tirés de sa propre jurisprudence dans lesquels elle avait notamment eu recours comme moyen d'interprétation à la pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31, la Cour a déclaré qu'elle ferait également application du paragraphe 3 *b* de l'article 31

> […] en la présente espèce aux fins de déterminer si, d'après la Constitution de l'OMS, la question à laquelle il lui a été demandé de répondre se pose « dans le cadre de [l']activité » de cette organisation[893].

11) Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, où il était également question de l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale[894], la Cour a mis l'accent sur la pratique ultérieure des parties. Partant du constat que « [l]es États membres ont en outre confié à la [C]ommission [du bassin du lac Tchad] certaines tâches qui n'avaient pas été initialement prévues par les textes conventionnels[895] », elle a conclu ceci :

> Il ressort des textes conventionnels et de la pratique [des parties] analysés aux paragraphes 64 et 65 […] que la Commission du bassin du lac Tchad constitue une organisation internationale exerçant ses compétences dans une zone géographique déterminée ; qu'elle n'a toutefois pas pour fin de régler au niveau régional des affaires qui touchent au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Elle n'entre donc pas dans les prévisions du Chapitre VIII de la Charte [des Nations Unies][896].

Alconbury (Developments Limited and others), [2001] UKHL 23 ; et Chambre des lords du Royaume-Uni, *Regina v. Special Adjudicator ex parte Ullah (FC), Do (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 26 [20] (Lord Bingham) ; *R (on the Application of Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport*, [2008] UKHL 15.

[887] Une telle jurisprudence peut être un moyen de détermination des règles de droit, comme indiqué, en particulier, à l'Article 38, paragraphe 1 *d*, du Statut de la Cour internationale de Justice.

[888] Voir Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 281 et 282.

[889] *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 66, à la page 74, par. 19.

[890] *Certaines dépenses des Nations Unies* (voir *supra* la note 578), à la page 157.

[891] *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* (voir *supra* la note 889), à la page 75, par. 19.

[892] Ibid.

[893] Ibid.

[894] Voir l'article 17 du statut des Convention et statut relatifs à la mise en valeur du bassin du Tchad, de 1964 ; pour une analyse plus générale : P. H. Sand, « Development of international water law in the Lake Chad Basin », *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 34 (1974), p. 52 à 76.

[895] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (exceptions préliminaires), arrêt du 11 juin 1998 (voir *supra* la note 622), à la page 305, par. 65.

[896] Ibid., aux pages 306 et 307, par. 67.

12) Le paragraphe 3 *a* de l'article 31 est également applicable aux actes constitutifs d'organisations internationales[897]. Les accords ultérieurs autonomes entre les États membres relatifs à l'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales ne sont cependant pas courants. Lorsque des questions se posent quant à l'interprétation de tels instruments, les parties agissent le plus souvent dans le cadre de l'organe plénier de l'organisation en qualité de membres de cet organe. S'il est nécessaire de modifier, d'amender ou de compléter le traité, les États membres soit ont recours à la procédure d'amendement qu'il prévoit, soit concluent un nouveau traité, habituellement un protocole[898]. Il n'est toutefois pas exclu que les parties agissent en tant que telles lorsqu'elles se réunissent au sein de l'organe plénier de l'organisation concernée. En 1995 :

> Les gouvernements des quinze États membres sont convenus d'un commun accord que la présente décision constitu[ait] l'interprétation agréée et définitive des dispositions du [Traité sur l'Union européenne][899].

En d'autres termes,

> […] le nom de la monnaie européenne sera[it] « euro ». […] Le nom spécifique « euro » sera[it] utilisé au lieu du terme générique « écu » employé dans le traité pour désigner l'unité monétaire européenne[900].

Cette décision des « États membres réunis au sein » de l'Union européenne a été considérée, dans la doctrine, comme un accord ultérieur au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31[901].

13) Il est parfois difficile de savoir si les « États membres réunis au sein » de l'organe plénier d'une organisation internationale entendent agir en leur qualité de membres de cet organe, comme ils le font généralement, ou en leur qualité indépendante d'État partie à l'acte constitutif de l'organisation[902]. La Cour de justice de l'Union européenne, lorsqu'elle a été amenée à se prononcer sur cette question, s'est d'abord fondée sur le libellé de l'acte en question :

> Du libellé de cette disposition, il ressort clairement que les actes adoptés par les représentants des États membres agissant non pas en qualité de membres du Conseil, mais en qualité de représentants de leur gouvernement, et exerçant ainsi collectivement les compétences des États membres ne sont pas soumis au contrôle de légalité exercé par la Cour[903].

Cependant, la Cour a ensuite accordé une importance déterminante au « contenu et à l'ensemble des circonstances dans lesquelles [la décision] a[vait] été adopté[e] » pour savoir si cette décision était à mettre au compte de l'organe ou des États membres eux-mêmes en tant que parties au traité :

> En conséquence, il ne suffit pas qu'un acte soit qualifié de « décision des États membres » pour qu'il échappe au contrôle institué par l'article 173 du [Traité instituant la Communauté économique européenne]. Encore faut-il pour cela vérifier que l'acte en question, eu égard à son contenu et à l'ensemble des circonstances dans lesquelles il a été adopté, ne constitue pas en réalité une décision du Conseil[904].

14) Outre les accords ultérieurs ou la pratique ultérieure par lesquels est établi l'accord de toutes les parties au sens du paragraphe 3 *a* et *b* de l'article 31, il se peut qu'il faille tenir compte d'autres formes de pratique ultérieurement suivie par une ou plusieurs parties dans l'application de l'acte constitutif d'une organisation internationale pour interpréter ce genre de traité[905]. Il arrive que, tout comme d'autres traités multilatéraux, les actes constitutifs d'organisations internationales soient mis en œuvre par le biais de pratiques ou d'accords bilatéraux ou régionaux ultérieurs[906]. Conclus entre un nombre restreint de parties à l'acte constitutif multilatéral, ces traités bilatéraux ne constituent pas à proprement parler des accords ultérieurs au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31, mais n'en donnent pas moins des indications sur l'interprétation correcte dudit acte et peuvent être un moyen additionnel d'interprétation au sens de l'article 32.

Paragraphe 2 − les accords et la pratique ultérieurs en ce qu'ils « résultent de » ou sont « exprimés par » la réaction des États membres

15) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 12 [11] met en évidence un mode particulier d'apparition ou d'expression d'accords et de pratique ultérieurs au sens des articles 31, paragraphe 3, et 32. Les accords et la pratique ultérieurs des États parties peuvent « résulter de » leurs réactions à la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif. Ou encore, les accords et la pratique ultérieurs des États parties à un acte constitutif peuvent « être exprimés par » la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif. « Résulter de » englobe la création et le développement des accords et de la pratique ultérieurs, tandis qu'« être exprimés par » renvoie à la manière dont de tels accords ou pratique se traduisent et s'articulent. Dans les deux cas, la pratique au sein d'une organisation internationale peut traduire un accord ultérieur ou une pratique ultérieure des États parties à l'acte constitutif de l'organisation (voir *supra* le projet de conclusion 4)[907].

---

[897] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586] ; voir aussi *infra* la note de bas de page 924 et le texte correspondant.

[898] Voir les articles 39 à 41 de la Convention de Vienne de 1969.

[899] Voir « Conseil européen de Madrid – Conclusions de la présidence », *Bulletin de l'Union européenne*, n° 12 (1995), p. 10, à la page 11, sect. I. A. I.

[900] Ibid.

[901] Voir Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 527 *supra*), p. 215 ; et Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (note 646 *supra*), aux pages 109 et 110.

[902] Voir P. J. G. Kapteyn et P. VerLoren van Themaat (L. W. Gormley, dir. publ.), *Introduction to the Law of the European Communities*, 3e éd., Londres, Kluwer Law International, 1998, p. 340 à 343.

[903] *Parlement européen c. Conseil des Communautés européennes et Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-181/91 et C-248/91, arrêt du 30 juin 1993, *Recueil de la jurisprudence 1993*, p. I-3713, à la page I-3717, par. 12.

[904] Ibid., à la page I-3718, par. 14.

[905] Voir *supra* les projets de conclusions 2 [1], paragraphe 4, et 4, paragraphe 3, et les commentaires y relatifs, aux paragraphes 10 et 23 à 37 respectivement.

[906] Cela vaut, par exemple, pour la Convention relative à l'aviation civile internationale ; voir P. P. C. Haanappel, « Bilateral air transport agreements − 1913-1980 », *International Trade Law Journal*, vol. 5, n° 2 (1980), p. 241 à 267 ; L. Tomas, « Air transport agreements, regulation of liability », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 242 à 245 (édition en ligne : http://opil.ouplaw.com/home/epil) ; et B. F. Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2009, p. 10.

[907] R. Higgins, « The development of international law by the political organs of the United Nations », *Proceedings of the American*

16) Dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, la Cour internationale de Justice a admis la possibilité que la pratique d'une organisation puisse traduire un accord ou la pratique des États membres en tant que parties au traité eux-mêmes, mais a considéré que, dans ce cas, la pratique ne pouvait être considérée comme « exprimant ou constituant » une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31 :

La résolution WHA46.40 elle-même, adoptée, non sans opposition, dès que la question de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires a été soulevée au sein de l'OMS, ne saurait être considérée comme exprimant ou constituant à elle seule une pratique qui établirait un accord entre les États membres de l'Organisation pour interpréter sa Constitution comme l'habilitant à traiter de la question de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires[908].

17) Dans cette affaire, en s'interrogeant sur la pertinence d'une résolution d'une organisation internationale pour l'interprétation de son acte constitutif, la Cour a examiné tout d'abord le point de savoir si la résolution exprimait ou constituait « une pratique qui établirait un accord entre les États membres de l'Organisation » au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31[909].

18) De la même façon, l'Organe d'appel de l'OMC a conclu en termes généraux :

En nous fondant sur le texte de l'article 31 3 *a* de la *Convention de Vienne*, nous estimons qu'une décision adoptée par les Membres peut être considérée comme un « accord ultérieur intervenu entre les parties » au sujet de l'interprétation d'un accord visé ou de l'application de ses dispositions si : i) la décision est, au sens temporel, adoptée ultérieurement par rapport à l'accord visé pertinent ; et ii) les termes et la teneur de la décision expriment un *accord* entre les Membres concernant l'*interprétation* ou l'*application* d'une disposition du droit de l'OMC[910].

19) En ce qui concerne les conditions dans lesquelles la décision d'un organe plénier peut valoir accord ultérieur au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31, l'Organe d'appel de l'OMC a estimé ce qui suit :

263. S'agissant du premier élément, nous notons que la Décision ministérielle de Doha a été adoptée par consensus le 14 novembre 2001 à l'occasion de la quatrième Conférence ministérielle de l'OMC. […] Pour ce qui est du deuxième élément, la question clé à laquelle il faut répondre est celle de savoir si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha exprime un *accord* entre les Membres concernant l'*interprétation* ou l'*application* de l'expression « délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

264. Nous rappelons que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha dispose ce qui suit :

Sous réserve des conditions énoncées au paragraphe 12 de l'article 2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, l'expression « délai raisonnable » sera interprétée comme signifiant normalement une période qui ne sera pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés.

265. Pour répondre à la question de savoir si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha exprime un accord entre les Membres concernant l'interprétation ou l'application de l'expression « délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, nous trouvons des indications utiles dans le rapport de l'Organe d'appel *CE − Bananes III (article 21:5 − Équateur II)/CE − Bananes III (article 21:5 − États-Unis)*. L'Organe d'appel a observé que la Commission du droit international (« CDI ») avait décrit un accord ultérieur au sens de l'article 31 3 *a* de la *Convention de Vienne* « comme [un] autre *élément authentique d'interprétation* dont il faut tenir compte en même temps que du contexte ». Selon lui, « en faisant référence à une "interprétation authentique", la CDI [interprétait] l'article 31 3 *a* comme visant *les accords influant spécifiquement sur l'interprétation d'un traité* ». Nous examinerons donc si le paragraphe 5.2 influe spécifiquement sur l'interprétation de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

[…]

268. Pour les raisons qui précèdent, nous *confirmons* la constatation formulée par le Groupe spécial […] selon laquelle le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha constitue un accord ultérieur intervenu entre les parties, au sens de l'article 31 3 *a* de la *Convention de Vienne* au sujet de l'interprétation de l'expression « délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*[911].

20) Bien qu'elle n'ait pas expressément mentionné le paragraphe 3 *a* de l'article 31 pour interpréter le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies à la lumière de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies[912], la Cour internationale de Justice a insisté sur « l'attitude des Parties et des États à l'égard de certaines résolutions de l'Assemblée générale » et sur leur consentement à ces textes[913]. À cet égard, des auteurs ont confirmé que des accords ultérieurs au sens

Society of International Law at its 59th Annual Meeting (Washington, 22-24 avril 1965), p. 116 à 124, à la page 119 ; la pratique d'une organisation internationale peut résulter de, ou être exprimée par, un accord ou la pratique des parties elles-mêmes en vertu du paragraphe 2, mais elle peut en outre être un moyen d'interprétation en soi en vertu du paragraphe 3 (voir *infra* les paragraphes 26 à 37 du présent commentaire).

[908] *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* (voir *supra* la note 889), à la page 81, par. 27.

[909] La Cour permanente de Justice internationale avait déjà adopté cette approche dans l'affaire relative à la *Compétence de l'Organisation internationale du Travail pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron*, avis consultatif du 23 juillet 1926, *C.P.J.I. série B, n° 13*, p. 19 et 20 ; voir S. Engel, « "Living" international constitutions and the World Court (the subsequent practice of international organs under their constituent instruments) », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 16 (1967), p. 865 à 910, à la page 871.

[910] OMC, *États-Unis − Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle* (*États-Unis − Cigarettes aux clous de girofle*), WT/DS406/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 24 avril 2012, par. 262.

[911] Ibid., par. 263 à 265 et 268 (notes de bas de page omises) ; bien que la Décision ministérielle de Doha ne concerne pas une disposition de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce lui-même, elle a trait à une annexe de cet accord (l'« Accord OTC ») qui fait « partie intégrante » de l'Accord sur l'OMC (art. II, par. 2, de l'Accord sur l'OMC). Quant au texte de la Commission indiqué dans la citation, voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241, par. 14.

[912] Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale en date du 24 octobre 1970, annexe.

[913] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, à la page 100, par. 188 : « L'effet d'un consentement au texte de telles résolutions ne peut être interprété comme celui d'un simple rappel ou d'une simple spécification de l'engagement conventionnel pris dans la Charte. Il peut au contraire s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes. » Cette affirmation, dont le but premier est d'expliquer le rôle possible des résolutions de l'Assemblée générale en matière de formation du droit coutumier, confirme aussi un élément d'ordre conventionnel, à savoir que ces résolutions peuvent servir à exprimer l'accord, ou la position, des parties au sujet d'une certaine interprétation de la Charte des Nations Unies en tant que traité (« spécification ») ; de même, voir *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (note 884 *supra*), à la page 437, par. 80 ; en ce sens, voir, par exemple, L. B. Sohn, « The UN system as authoritative interpreter of its law », dans O. Schachter et C. C. Joyner (dir. publ.), *United Nations Legal Order*, vol. 1, Cambridge, American Society of International Law/Cambridge University Press, 1995, p. 169 à 229, à la page 177 (observant, au sujet de l'affaire relative au *Nicaragua*, que « la Cour a accepté la Déclaration sur les relations amicales en tant qu'interprétation authentique de la Charte »).

du paragraphe 3 *a* de l'article 31 peuvent, dans certaines circonstances, résulter de, ou être exprimés par, les actes d'organes pléniers d'organisations internationales[914], comme l'Assemblée générale des Nations Unies[915]. Cela étant, comme l'a indiqué l'Organe d'appel de l'OMC à propos de la Commission[916], qualifier une décision collective d'« élément authentique d'interprétation » aux fins du paragraphe 3 *a* de l'article 31 ne se justifie que si les parties à l'acte constitutif d'une organisation internationale ont agi en qualité de parties et non, comme elles le font habituellement, à titre institutionnel en tant que membres de l'organe plénier concerné[917].

21) Le paragraphe 2 mentionne la pratique d'une organisation internationale, plutôt que la pratique d'un organe d'une organisation internationale. Bien que la pratique d'une organisation internationale puisse résulter de la conduite d'un organe, elle peut aussi naître de la pratique de deux organes ou plus.

22) Les accords et la pratique ultérieurs des parties qui peuvent « résulter de, ou être exprimés par » la pratique d'une organisation internationale sont parfois très étroitement liés à la pratique de l'organisation elle-même. C'est ainsi que, dans son avis consultatif sur la *Namibie*, la Cour internationale de Justice a interprété l'expression « dans lequel sont comprises les voix de tous les membres permanents » employée au paragraphe 3 de l'Article 27 de la Charte des Nations Unies comme incluant les abstentions, en s'appuyant avant tout sur la pratique de l'organe compétent de l'Organisation, conjuguée au fait que cette pratique était « généralement acceptée » par les États Membres :

> [L]es débats qui se déroulent au Conseil de sécurité depuis de longues années prouvent abondamment que la pratique de l'abstention volontaire d'un membre permanent a toujours et uniformément été interprétée, à en juger d'après les décisions de la présidence et les positions prises par les membres du Conseil, en particulier par les membres permanents, comme ne faisant pas obstacle à l'adoption de résolutions. […] La procédure suivie par le Conseil de sécurité, qui est demeurée inchangée après l'amendement apporté à l'Article 27 de la Charte en 1965, a été généralement acceptée par les Membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique générale de l'Organisation[918].

Dans cette affaire, la Cour a mis tout autant l'accent sur la pratique d'un ou de plusieurs organes de l'organisation internationale que sur le fait que cette pratique était « généralement acceptée » par les États Membres, qualifiant l'association de ces deux éléments de « pratique générale de l'Organisation »[919]. C'est cette même approche que la Cour a adoptée dans son avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* lorsqu'elle a déclaré :

> La Cour estime que la pratique *acceptée** de l'Assemblée générale, telle qu'elle a évolué, est compatible avec le paragraphe 1 de l'Article 12 de la Charte[920].

En parlant de la « pratique acceptée de l'Assemblée générale », la Cour a affirmé implicitement que l'acquiescement donné au nom des États membres quant à la pratique suivie par l'organisation dans l'application du traité permettait d'établir l'accord au sujet de l'interprétation de la disposition pertinente du traité[921].

23) Sur cette base, il est raisonnable de considérer « que la pratique pertinente sera généralement celle des titulaires

---

[914] H. G. Schermers et N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 5e éd. rév., Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2011, p. 854 (mentionnant les interprétations par l'Assemblée des instruments constitutifs du Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures) ; M. Cogen, « Membership, associate membership and pre-accession arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT », *International Organizations Law Review*, vol. 9 (2012), p. 145 à 179, aux pages 157 et 158 (citant comme exemple possible d'accord ultérieur au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31 une décision du Conseil de l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire du 17 juin 2010, adoptée à l'unanimité, qui interprète les conditions d'adhésion prévues par la Convention pour l'établissement d'une Organisation européenne pour la recherche nucléaire comme un accord ultérieur en vertu du paragraphe 3 *a* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969).

[915] Voir E. Jiménez de Aréchaga, « International law in the past third of a century », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978-I*, vol. 159, p. 1 à 334, à la page 32 (qui affirme, à propos de la Déclaration sur les relations amicales, que « [c]ette résolution […] constitue une expression, faisant autorité, de l'opinion de la totalité des parties à la Charte au sujet de ces principes fondamentaux, ainsi que de certains principes corollaires en découlant ; qu'à la lumière de ces circonstances, il semble difficile de nier le poids et l'autorité juridiques de cette déclaration, aussi bien en tant que résolution reconnaissant ce que les États Membres eux-mêmes estiment constituer les règles en vigueur du droit coutumier, qu'en tant qu'interprétation de la Charte par l'accord et la pratique ultérieurs de toutes les parties ») ; O. Schachter, « International law in theory and practice. General course in public international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1982-V*, vol. 178, p. 9 à 396, à la page 113 [« les résolutions déclaratoires de droit qui ont interprété et "concrétisé" les principes de la Charte − soit en tant que règles générales, soit concernant des cas particuliers − peuvent être considérées comme une interprétation authentique par les parties des obligations conventionnelles qui leur incombent ; à cet égard, elles relèvent de l'interprétation et, approuvées par tous les États Membres, elles ont aisément trouvé leur place en tant que source de droit établie » (notes de bas de page omises)] ; P. Kunig, « United Nations Charter, interpretation of », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 272 à 278, à la page 275 (qui affirme que « [s]i elles sont adoptées par consensus, [les résolutions de l'Assemblée générale] peuvent jouer un rôle majeur dans […] l'interprétation de la Charte des Nations Unies ») [édition en ligne : http://opil.ouplaw.com/home/epil] ; et Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 527 *supra*), p. 213 (qui estime que la résolution 51/210 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1996 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international peut être considérée comme un accord ultérieur aux fins de l'interprétation de la Charte des Nations Unies). Toutes les résolutions auxquelles les auteurs font référence ont été adoptées par consensus.

[916] OMC, *États-Unis − Cigarettes aux clous de girofle* (voir *supra* la note 910), par. 265.

[917] Y. Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 114 et 115.

[918] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (voir *supra* la note 436), à la page 22.

[919] H. Thirlway, « The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Two », *British Year Book of International Law 1990*, vol. 61, p. 1 à 133, à la page 76 (considérant que « par l'expression pratique "de" l'Organisation, la Cour a vraisemblablement visé, non pas une pratique suivie par l'Organisation en tant qu'entité dans ses relations avec d'autres sujets de droit international, mais plutôt une pratique suivie, approuvée ou respectée dans toute l'Organisation, et que, vue sous cet angle, la pratique constitue plutôt la reconnaissance par les autres membres du Conseil de sécurité au moment pertinent, et d'ailleurs par tous les États Membres par voie d'acceptation tacite, de la validité de telles résolutions »).

[920] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* la note 400), à la page 150.

[921] Voir *supra* le commentaire de la deuxième phrase du paragraphe 2 du projet de conclusion 10 [9], aux paragraphes 13 à 25 ; voir aussi Villiger, *Commentary…* (note 418 *supra*), p. 431 et 432, par. 22 ; et J. Arato, « Treaty interpretation and constitutional transformation: informal change in international organizations », *Yale Journal of International Law*, vol. 38, no 2 (2013), p. 289 à 357, à la page 322.

de l'obligation de faire[922] », en ce sens que « lorsque des États confient par traité l'exécution d'activités à une organisation, la manière dont ces activités sont menées peut constituer une pratique au titre du traité ; mais la question de savoir si une telle pratique établit un accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité peut nécessiter la prise en compte d'autres éléments[923] ».

24) Ainsi, dans l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, la Cour internationale de Justice, faisant référence aux recommandations (non contraignantes) de la Commission baleinière internationale (nom qui désigne à la fois l'organisation internationale établie par la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine[924] et un organe de celle-ci), a précisé que lorsqu'elles sont « adoptées par consensus ou à l'unanimité, [ces recommandations] peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé[925] ». Cependant, la Cour a aussi exprimé une mise en garde en ces termes :

> [L]'Australie et la Nouvelle-Zélande surestiment […] l'importance juridique des résolutions et lignes directrices qu'elles invoquent, et qui ont simple valeur de recommandations. Premièrement, nombre des résolutions de la [Commission baleinière internationale] ont été adoptées sans l'appui de tous les États parties à la Convention, et en particulier sans l'aval du Japon. Ces instruments ne sauraient donc être considérés comme constitutifs d'un accord ultérieur au sujet de l'interprétation de l'article VIII, ni d'une pratique ultérieure établissant l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité au sens des alinéas *a* et *b*, respectivement, du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[926].

25) Cette réserve n'exclut cependant pas qu'une résolution qui a été adoptée sans l'appui de tous les États membres puisse établir, ou exprimer, la position ou la pratique de certains États membres dans l'application du traité qui est susceptible d'être prise en considération au titre de l'article 32[927].

Paragraphe 3 – la pratique d'une organisation internationale elle-même

26) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 12 [11] concerne une autre forme de pratique qui peut être pertinente pour l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale : la pratique de l'organisation internationale *en tant que telle*, au sens de sa « pratique propre », distincte de la pratique des États membres. La Cour internationale de Justice a dans certains cas pris en considération la pratique d'une organisation internationale dans son interprétation des actes constitutifs sans se référer à la pratique ou à l'acceptation des États membres de l'organisation. Elle a notamment déclaré que la « pratique propre » de l'organisation internationale pouvait « mériter […] une attention spéciale » dans le processus d'interprétation[928].

27) Dans son avis consultatif relatif à la *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, la Cour a ainsi affirmé :

> Les organes auxquels l'Article 4 a confié le jugement de l'Organisation en matière d'admission ont constamment interprété ce texte en ce sens que l'Assemblée générale ne peut décider une admission que sur la base d'une recommandation émanant du Conseil de sécurité[929].

28) De même, dans son avis consultatif relatif à l'*Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, la Cour, en faisant référence à la « pratique des Nations Unies », a visé les actes des organes de l'Organisation :

> Dans la pratique, et selon les informations fournies par le Secrétaire général, l'Organisation des Nations Unies a été amenée à confier des missions de plus en plus variées à des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire de l'Organisation. […] Dans tous ces cas, il ressort de la pratique des Nations Unies que les personnes ainsi désignées, et en particulier les membres de ces comités ou commissions, ont été regardées comme des experts en missions au sens de la section 22[930].

29) Dans son avis consultatif relatif à la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, la Cour internationale de Justice a recouru, comme moyen d'interprétation, à la « pratique suivie par l'Organisation elle-même pour appliquer la Convention [portant création de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime][931] ».

30) Dans son avis consultatif relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies*, la Cour a expliqué pourquoi la pratique d'une organisation internationale en tant que telle, notamment celle d'un organe particulier, pouvait être pertinente pour l'interprétation de son acte constitutif :

> Certaines propositions présentées pendant la rédaction de la Charte et qui visaient à remettre à la Cour internationale de Justice l'autorité suprême d'interpréter la Charte, n'ont pas été adoptées ; l'avis que la Cour s'apprête à donner ici est un avis *consultatif*. Comme il a été prévu en 1945, chaque organe doit donc, tout au moins en premier lieu, déterminer sa propre compétence. Si le Conseil de sécurité par exemple adopte une résolution visant au maintien de la paix et de la sécurité internationale et si, conformément à un mandat ou à une autorisation inscrite dans cette résolution, le Secrétaire général contracte des obligations financières, il est à présumer que les montants en question constituent des « dépenses de l'Organisation »[932].

---

[922] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 281.

[923] Ibid.

[924] S. Schiele, *Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 37 et 38 ; et A. Gillespie, *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 411.

[925] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586], à la page 248, par. 46.

[926] Ibid., à la page 257, par. 83.

[927] Voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (note 400 *supra*), à la page 149, par. 27 [dans lequel la Cour vise les résolutions de l'Assemblée générale 1600 (XV) du 15 avril 1961 (adoptée par 60 voix contre 16 dont celles de l'Union soviétique et d'autres États du « bloc de l'Est », avec 23 abstentions) et 1913 (XVIII) du 3 décembre 1963 (adoptée par 91 voix contre 2, celles de l'Espagne et du Portugal)].

[928] *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* (voir *supra* la note 889), à la page 75, par. 19 ; voir aussi D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981, p. 379 à 384.

[929] *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies* (voir *supra* la note 619), à la page 9.

[930] *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 177, à la page 194, par. 48.

[931] *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime* (voir *supra* la note 628), à la page 169.

[932] *Certaines dépenses des Nations Unies* (voir *supra* la note 578), à la page 168.

31) De nombreuses organisations internationales partagent cette caractéristique, à savoir qu'il n'y a pas d'« autorité suprême [pour] interpréter » leur acte constitutif. La conclusion que la Cour a tirée de cette circonstance est donc aujourd'hui généralement acceptée comme applicable aux organisations internationales[933]. Déduire l'existence d'une présomption de la pratique d'une organisation internationale, notamment de celle d'un ou de plusieurs de ses organes, comme elle l'a fait dans l'avis consultatif relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies*, est une manière de reconnaître cette pratique comme moyen d'interprétation[934].

32) S'il est généralement admis que la pratique des organes des organisations internationales est pertinente comme moyen d'interprétation de leur acte constitutif[935], il existe des divergences entre les auteurs sur le point de savoir comment s'explique la pertinence, aux fins de l'interprétation, de la « pratique propre » d'une organisation internationale au regard des règles d'interprétation de Vienne[936]. Cette pratique peut, au minimum, être considérée comme un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32[937]. En renvoyant à des actes d'organisations internationales adoptés en dépit de l'opposition de certains États membres[938], la Cour a reconnu que de tels actes peuvent constituer la pratique aux fins de l'interprétation, mais pas, de manière générale, une pratique établissant l'accord des parties (ce qui aurait plus de poids) au sujet de l'interprétation qui relèverait du paragraphe 3 de l'article 31. Les auteurs conviennent toutefois pour la plupart que, souvent, la pratique d'une organisation internationale contribue en soi à préciser le sens ordinaire qu'il convient de donner aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité[939].

33) La Commission a confirmé, dans son commentaire relatif au projet de conclusion 2 [1], que des exemples donnés de la pratique et des accords ultérieurs contribuent, ou non, à la détermination du sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité[940]. Ces considérations valent également pour la pratique d'une organisation internationale elle-même.

34) La pertinence éventuelle de la « pratique propre » d'une organisation internationale peut donc ainsi découler des articles 31, paragraphe 1, et 32 de la Convention de Vienne de 1969. En particulier, ces dispositions permettent de considérer la pratique d'une organisation elle-même, notamment celle d'un ou de plusieurs de ses organes, comme pertinente pour déterminer l'objet et le but du traité, y compris la fonction de l'organisation, en application du paragraphe 1 de l'article 31[941].

35) Ainsi, l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969 permet d'appliquer les règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 d'une manière qui tienne compte de la pratique d'une organisation internationale, y compris de la pratique relative à son caractère institutionnel, aux fins de l'interprétation de son acte constitutif[942]. De tels éléments peuvent contribuer à déterminer si et, dans l'affirmative, comment l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale peut évoluer au fil du temps[943].

---

[933] Voir J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 90 ; C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 25 ; J. E. Álvarez, *International Organizations as Law-makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 80 ; et Rosenne, *Developments in the Law of Treaties…* (note 880 *supra*), p. 224 et 225.

[934] Voir Lauterpacht, « The development of the law of international organization… » (note 762 *supra*), à la page 460 ; et N. Blokker « Beyond "Dili": on the powers and practice of international organizations », dans G. Kreijen (dir. publ.), *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 299 à 322, aux pages 312 à 318.

[935] Voir C. Brölmann, « Specialized rules of treaty interpretation: international organizations », dans Hollis (dir. publ.) [note 781 *supra*], aux pages 520 et 521 ; S. Kadelbach, « Interpretation of the Charter », dans B. Simma *et al.* (dir. publ.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3e éd., vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 71 à 99, à la page 80 ; et Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 127 et 281.

[936] Voir Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 282 ; Schermers et Blokker, *International Institutional Law* (note 914 *supra*), p. 844 ; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 187 ; Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law* (note 933 *supra*), p. 89 et 90 ; voir également *Sentence partielle concernant la licéité de la reprise des actions détenues par des personnes privées décidée le 8 janvier 2001 et les normes applicables à l'évaluation desdites actions*, décision du 22 novembre 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (numéro de vente : E/F.04.V.15), p. 183, à la page 224, par. 145.

[937] La Commission pourra revenir en seconde lecture sur la définition de l'expression « autre pratique ultérieure » figurant dans le projet de conclusion 2 [1], paragraphe 4, et le projet de conclusion 4, paragraphe 3, afin d'indiquer si la pratique d'une organisation internationale devrait en tant que telle entrer dans cette catégorie qui, jusqu'ici, est limitée à la pratique des parties ; voir *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 18 et suiv., par. 38 et 39.

[938] Voir *supra* la note 927.

[939] La Cour internationale de Justice a utilisé l'expression « buts et […] fonctions […] énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique », *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174, à la page 180.

[940] Voir *supra* le paragraphe 15 du commentaire du projet de conclusion 2 [1] et, en particulier, la note 433 ; voir aussi *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (exceptions préliminaires), arrêt du 11 juin 1998 (note 622 *supra*), aux pages 306 et 307, par. 67.

[941] Voir *Sud-Ouest africain – Procédure de vote*, avis consultatif du 7 juin 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 67, à la page 106 (opinion individuelle du juge Lauterpacht : « Une interprétation correcte d'un instrument constitutionnel doit tenir compte non seulement de la lettre formelle de l'instrument original, mais encore de son fonctionnement dans la pratique effective et à la lumière des tendances qui se sont révélées dans la vie de l'Organisation. »).

[942] Les commentateurs débattent du point de savoir si le caractère institutionnel spécifique de certaines organisations internationales, associé aux principes et aux valeurs consacrés dans leur acte constitutif, peut également aboutir à une interprétation « constitutionnelle » de ces actes inspirée par le droit constitutionnel interne ; voir, par exemple, J. E. Álvarez, « Constitutional interpretation in international organizations », dans J.-M. Coicaud et V. Heiskanen (dir. publ.), *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo, United Nations University Press, 2001, p. 104 à 154 ; A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », dans E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir. publ.), *Droit des organisations internationales*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2013, p. 201 à 245, aux pages 216 à 218 ; et M. Wood, « "Constitutionalization" of international law: a sceptical voice », dans K. H. Kaikobad et M. Bohlander (dir. publ.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, Leyde/Boston, Brill/Nijhoff, 2009, p. 85 à 97.

[943] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (voir *supra* la note 436), aux pages 31 et 32, par. 53 ; voir aussi le projet de conclusion 8 [3] et le commentaire y relatif, paragraphes 24 à 30 ; voir également Dörr, « Article 31… » (note 443 *supra*), à la page 537, par. 31 ; et Schmalenbach, « Article 5… » (note 881 *supra*), à la page 92, par. 7.

36) Le paragraphe 3, comme le paragraphe 2, vise la pratique de l'organisation internationale dans son ensemble, et non celle d'un de ses organes. La pratique de l'organisation internationale considérée peut résulter de la conduite d'un organe, mais peut aussi naître de la conduite de deux de ses organes ou plus[944]. Il est entendu que la pratique d'une organisation internationale ne peut être pertinente pour l'interprétation de son acte constitutif que si cette organisation agit dans l'exercice de sa compétence, car les organisations internationales sont assujetties à l'obligation générale de ne pas agir *ultra vires*[945].

37) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 12 [11] s'appuie sur le projet de conclusion 5, qui porte sur la « pratique ultérieure » des parties à un traité dans l'application de celui-ci, telle que définie dans le projet de conclusion 4. Le projet de conclusion 5 n'implique pas que la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif ne peut en tant que telle constituer une pratique pertinente au regard des articles 31 et 32[946].

Paragraphe 4 − sous réserve des « règle[s] […] de l'organisation »

38) Le paragraphe 4 du projet de conclusion 12 [11] reflète l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969 et s'inspire de son libellé. Il vise les situations relevant des paragraphes 1 à 3 et dispose que les règles qu'ils énoncent sont applicables, interprétées et appliquées « sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation ». L'expression « règle pertinente de l'organisation » doit être entendue de la même manière qu'au paragraphe 1 *j* de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986 et qu'à l'article 2 *b* des articles sur la responsabilité des organisations internationales adoptés par la Commission en 2011[947].

39) La Commission a déclaré ce qui suit dans son commentaire général du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, de 2011 :

> Il existe des différences considérables entre les organisations internationales au regard de leurs pouvoirs et fonctions, du nombre de leurs membres, des relations entre l'organisation et ses membres, des procédures de délibération, de leur structure et de leurs moyens matériels, ainsi que s'agissant des règles primaires, y compris les obligations conventionnelles, auxquelles elles sont tenues[948].

40) Le paragraphe 4 implique notamment que des « règles pertinentes » d'interprétation plus spécifiques énoncées dans l'acte constitutif d'une organisation internationale puissent prévaloir sur les règles générales d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne de 1969[949]. Si, par exemple, l'acte constitutif contient une disposition assujettissant son interprétation à une procédure spéciale, il convient de présumer que si, après la conclusion du traité, un accord intervient entre les parties, celles-ci n'entendent pas contourner cette procédure au moyen d'un accord ultérieur au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31. La procédure spéciale prévue par le traité et l'accord ultérieur au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31 peuvent toutefois être compatibles s'ils « ont des fonctions différentes et des effets juridiques différents[950] ». Peu d'actes constitutifs contiennent des règles procédurales ou de fond expresses concernant leur interprétation[951]. Les « règles pertinentes » d'interprétation spécifiques ne doivent pas nécessairement être expressément énoncées dans l'acte constitutif ; elles peuvent également être implicites dans celui-ci, ou découler de la « pratique établie de l'organisation »[952]. L'expression « pratique établie de l'organisation » a un sens plus étroit que l'expression « pratique de l'organisation » en tant que telle.

41) La Commission a noté, dans son commentaire de l'article 2, paragraphe 1 *j*, du projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales adopté par la Commission à ses trente-troisième et trente-quatrième sessions, que l'importance d'une pratique particulière d'une organisation pouvait dépendre des règles et caractéristiques spécifiques de l'organisation concernée, telles qu'exprimées dans son acte constitutif :

> La plupart des organisations internationales connaissent en effet au bout de quelques années une pratique qui fait partie intégrante des règles de l'organisation. Mais la mention ici faite n'entend nullement affirmer que la pratique tient dans toutes les organisations une place identique ; bien au contraire chaque organisation présente à cet égard ses caractères propres[953].

42) En ce sens, la « pratique établie de l'organisation » peut aussi constituer un moyen d'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale. Le paragraphe 1 *j* de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986 et l'article 2 *b* du projet d'articles sur la responsabilité des

---

[944] Voir *supra* le paragraphe 21 du présent commentaire.

[945] *Certaines dépenses des Nations Unies* (voir *supra* la note 578), à la page 168 (« Mais, lorsque l'Organisation prend des mesures dont on peut dire à juste titre qu'elles sont appropriées à l'accomplissement des buts déclarés des Nations Unies, il est à présumer que cette action ne dépasse pas le pouvoir de l'Organisation. »).

[946] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 5, paragraphe 14. La Commission pourra toutefois revenir sur le libellé du projet de conclusion 5 à la lumière du projet de conclusion 12 [11] afin de clarifier la relation entre les deux dispositions. Voir aussi *supra* la note 937.

[947] Résolution 66/100 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011, annexe ; pour consulter les commentaires correspondants, voir *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 44 et suiv., par. 88.

[948] *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 45, paragraphe 7 du commentaire général.

[949] Voir, par exemple, Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law* (note 933 *supra*), p. 88 ; Schmalenbach, « Article 5… » (note 881 *supra*), aux pages 89, par. 1, et 96, par. 15 ; Brölmann (note 935 *supra*), à la page 522 ; et Dörr, « Article 31… » (note 443 *supra*), aux pages 537 et 538, par. 32.

[950] OMC, *États-Unis − Cigarettes aux clous de girofle* (voir *supra* la note 910), par. 252 à 257, en particulier le paragraphe 257.

[951] La plupart des clauses dites d'interprétation indiquent quel organe est compétent pour donner au traité ou à certaines de ses dispositions une interprétation faisant autorité, mais n'énoncent pas de règles spécifiques « sur » l'interprétation elle-même ; voir C. Fernández de Casadevante y Romani, *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007, p. 26 et 27 ; et Dörr, « Article 31… » (note 443 *supra*), aux pages 537 et 538, par. 32.

[952] Voir Convention de Vienne de 1986, art. 2, par. 1 *j* ; et projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de la Commission, art. 2 *b*, *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 38 et suiv., par. 87 ; voir aussi C. Peters, « Subsequent practice and established practice of international organizations: two sides of the same coin? », *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), p. 617 à 642.

[953] *Annuaire… 1982*, vol. II (2e partie), p. 21, commentaire du projet d'article 2, par. 25 (notes de bas de page omises).

organisations internationales[954] considèrent la « pratique établie de l'organisation » comme une « règle de l'organisation ». Cette pratique peut produire des effets juridiques différents selon les organisations, et le point de savoir si ces effets relèvent d'abord des sources traditionnelles du droit international (les traités et la coutume) ou du droit institutionnel n'est pas toujours clair[955]. Mais même s'il est difficile de tirer des conclusions générales, la « pratique établie de l'organisation » comprend habituellement une forme spécifique de pratique[956], qui a généralement été acceptée par les membres de l'organisation, ne serait-ce que tacitement[957].

Conclusion 13. Prononcés d'organes conventionnels d'experts

1. Aux fins du présent projet de conclusions, un organe conventionnel d'experts est un organe composé d'experts siégeant à titre individuel, qui est institué en vertu d'un traité et qui n'est pas un organe d'une organisation internationale.

2. La pertinence des prononcés d'un organe conventionnel d'experts aux fins de l'interprétation d'un traité dépend des règles applicables du traité.

3. Le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3, ou à une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32. Le silence d'une partie ne doit pas être présumé constituer une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, acceptant l'interprétation d'un traité contenue dans le prononcé d'un organe conventionnel d'experts.

4. Le présent projet de conclusion est sans préjudice de toute autre contribution que le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut apporter à l'interprétation d'un traité.

Commentaire

Paragraphe 1 − définition du terme « organe conventionnel d'experts »

1) Certains traités créent des organes composés d'experts siégeant à titre individuel qui sont chargés de surveiller ou de favoriser par divers moyens la bonne application de leurs dispositions. On peut citer comme exemples de ces organes conventionnels d'experts les comités institués en vertu de divers traités relatifs aux droits de l'homme au niveau universel[958], par exemple le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale[959], le Comité des droits de l'homme[960], le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes[961], le Comité des droits des personnes handicapées[962], le Comité des droits de l'enfant[963] et le Comité contre la torture[964]. On peut citer également la Commission des limites du plateau continental créée en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer[965], le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement[966], et l'Organe international de contrôle des stupéfiants créé en vertu de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961[967].

2) Le paragraphe 1 définit le terme « organe conventionnel d'experts » uniquement « [a]ux fins du présent projet de conclusions ». Le projet de conclusion ne prétend pas se prononcer autrement sur le statut de tels organes ni sur l'effet juridique éventuel de leurs actes à d'autres fins.

3) L'expression « siégeant à titre individuel » signifie que les membres d'un organe conventionnel d'experts

---

[954] *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 38 et suiv., par. 87.

[955] Voir Higgins, « The development of international law… » (note 907 *supra*), à la page 121 (« Les aspects relevant de l'interprétation des traités et de la pratique coutumière dans ce domaine ont tendance à se confondre ») ; Peters, « Subsequent practice… » (note 952 *supra*), aux pages 630 et 631 (« Elle doit être considérée comme une espèce de droit international coutumier de l'organisation ») ; limiter la « pratique établie de l'organisation » aux règles dites internes n'est pas convaincant puisque, selon la Commission, « [i]l aurait été difficile de se référer au "droit interne" d'une organisation, parce que si ce droit a un aspect interne, par d'autres côtés, il a un aspect international » [*Annuaire… 1982*, vol. II (2e partie), p. 21 (paragraphe 25 du commentaire relatif à l'article 2 du projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales adopté par la Commission à ses trente-troisième et trente-quatrième sessions)] ; Schermers et Blokker, *International Institutional Law* (note 914 *supra*), p. 766 ; mais voir C. Ahlborn, « The rules of international organizations and the law of international responsibility », *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011), p. 397 à 482, aux pages 424 à 428.

[956] Blokker, « Beyond "Dili"… » (voir *supra* la note 934), à la page 312.

[957] Lauterpacht, « The development of the law of international organization… » (voir *supra* la note 762), à la page 464 (« le consentement de la grande majorité des membres ») ; Higgins, « The development of international law… » (voir *supra* la note 907), à la page 121 (« [l]a durée et la force de l'acquiescement ne doivent peut-être pas nécessairement, en l'espèce, être aussi marquées qu'ailleurs, parce que les organes de l'Organisation des Nations Unies ont sans aucun doute le pouvoir initial de prendre de telles décisions [concernant leurs propres juridiction et compétence] ») ; et Peters, « Subsequent practice… » (voir *supra* la note 952), aux pages 633 à 641.

[958] Voir N. S. Rodley, « The role and impact of treaty bodies », dans D. Shelton (dir. publ.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 621 à 641, aux pages 622 et 623.

[959] Articles 8 à 14 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

[960] Articles 28 à 45 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

[961] Articles 17 à 22 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

[962] Articles 34 à 39 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

[963] Articles 43 à 45 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

[964] Articles 17 à 24 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

[965] La Commission des limites du plateau continental a été créée en application de l'article 76, paragraphe 8, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de son annexe II.

[966] Le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement a été créé en application de l'article 15 de la Convention, et de la décision I/7 sur l'examen du respect des dispositions adoptée en 2002 à la première réunion des Parties (ECE/MP.PP/2/Add.8).

[967] L'Organe international de contrôle des stupéfiants a été créé en application de l'article 5 de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961.

ne sont soumis à aucune instruction gouvernementale lorsqu'ils agissent en cette qualité[968]. Le projet de conclusion 13 ne concerne pas les organes composés de représentants de l'État. Les décisions d'un organe où siègent des représentants de l'État, autre qu'un organe d'une organisation internationale, constituent une forme de pratique de ces États qui agissent ainsi collectivement dans ce cadre[969].

4) Le projet de conclusion 13 ne s'applique pas non plus en des termes similaires aux organes ayant le statut d'organe d'une organisation internationale[970]. Les décisions d'un organe ayant le statut d'organe d'une organisation internationale sont imputables au premier chef à cette organisation[971]. La décision d'exclure du champ d'application du projet de conclusion 13 les organes ayant le statut d'organe d'une organisation internationale a été prise pour des raisons formelles, car le présent projet de conclusions ne porte pas sur la pertinence des règles d'interprétation de la Convention de Vienne de 1969. Cela n'exclut pas que la substance du présent projet de conclusion puisse s'appliquer, *mutatis mutandis*, à des prononcés d'organes d'experts indépendants qui ont le statut d'organe d'une organisation internationale.

5) L'expression « institué en vertu d'un traité » signifie que la création ou la compétence d'un organe d'experts déterminé résulte d'un traité. Dans la plupart des cas, il est facile de déterminer si ces conditions sont remplies, mais il peut y avoir aussi des cas limites. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, par exemple, est un organe qui a été institué par une résolution d'une organisation internationale[972], mais qui a ensuite reçu compétence pour « examiner » certaines « communications » en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[973]. Un tel organe est un organe conventionnel d'experts au sens du projet de conclusion 13, puisque c'est un traité qui définit l'exercice de certaines compétences par le Comité. Un autre cas incertain est celui du Comité de contrôle du respect des dispositions du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, dont la création − par une décision de la Conférence des Parties − est implicitement envisagée à l'article 18 du Protocole[974].

Paragraphe 2 − primauté des règles du traité

6) Différents termes sont employés dans les traités pour désigner les actes des organes conventionnels d'experts, par exemple « constatations[975] », « recommandations[976] », « commentaires » ou « observations »[977], « mesures[978] » et « mesures consécutives[979] ». Dans le projet de conclusion 13, aux fins du présent projet de conclusions, c'est le terme général « prononcés[980] » qui est employé. Ce terme recouvre toutes les formes pertinentes d'action d'un organe conventionnel d'experts. Parmi les autres termes

[968] Voir, par exemple, l'article 28, paragraphe 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; voir aussi C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 219.

[969] Il en est ainsi, notamment, des décisions d'une conférence des États parties ; voir *supra* le projet de conclusion 12 [11].

[970] La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du Travail est un exemple important d'organe d'experts qui a le statut d'organe d'une organisation internationale. Elle a été créée en 1926 afin d'examiner les rapports des gouvernements sur les conventions ratifiées. Elle se compose de 20 juristes éminents originaires de plusieurs régions géographiques, systèmes juridiques et cultures, qui sont nommés par le Conseil d'administration de l'Organisation internationale du Travail pour un mandat de trois ans ; voir www.ilo.org et les renseignements communiqués à la Commission par l'Organisation internationale du Travail, qui sont disponibles sur le site Web de la Commission, à l'adresse suivante : https://legal.un.org/ilc/guide/1_11.shtml.

[971] Voir l'article 6, paragraphe 1, des articles sur la responsabilité des organisations internationales adoptés par la Commission en 2011 (résolution 66/100 de l'Assemblée générale, annexe ; pour consulter les commentaires correspondants, voir *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 44 et suiv., par. 88). Comme exemple d'organe composé d'experts siégeant à titre individuel, on peut citer le Groupe de travail sur la détention arbitraire, dont les tâches ont été définies par le Conseil des droits de l'homme dans sa résolution 24/7 du 26 septembre 2013, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément no 53A* (A/68/53/Add.1). Étant un organe subsidiaire du Conseil, ce groupe de travail n'est pas un organe conventionnel d'experts aux fins du projet de conclusion 13 ; voir www.ohchr.org/FR/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx.

[972] Résolution 1985/17 du Conseil économique et social en date du 28 mai 1985 (E/C.12/1989/4), par. 9.

[973] Voir les articles 1 à 15 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, annexé à la résolution 63/117 de l'Assemblée générale en date du 10 décembre 2008.

[974] Le Comité de contrôle du respect des dispositions du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques a été créé en application de l'article 18 du Protocole et de la décision 24/CP.7 sur les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto, adoptée par la Conférence des Parties à sa septième session (*Rapport de la Conférence des Parties sur les travaux de sa septième session, tenue à Marrakech du 29 octobre au 10 novembre 2001*, FCCC/CP/2001/13/Add.3).

[975] Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 42, par. 7 *c* ; Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 5, par. 4 ; et Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 9, par. 1.

[976] Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 9, par. 2 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 21, par. 1 ; Convention relative aux droits de l'enfant, art. 45 *d* ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 33, par. 5 ; et Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 76, par. 8.

[977] Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 19, par. 3 (« commentaires ») ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 40, par. 4 (« observations ») ; et Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, art. 74 (« commentaires »).

[978] Décision I/7 sur l'examen du respect des dispositions, adoptée à la première réunion des Parties à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (voir *supra* la note 966), annexe, par. 36 et 37 ; et Convention unique sur les stupéfiants de 1961, art. 14.

[979] Décision 24/CP.7 sur les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (voir *supra* la note 974), annexe, sect. XV.

[980] Le terme anglais *pronouncements* est utilisé dans les références suivantes : *Yearbook of the International Law Commission 2015*, vol. II (Part Two), par. 26 *b* ; voir également Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (voir *supra la* note 541), p. 626 et 627, par. 15 ; et Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), « Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts » [CDL-AD(2014)036], adopté par la Commission de Venise à sa 100e session plénière (Rome, 10 et 11 octobre 2014), par. 78.

généraux utilisés pour certains organes, on peut notamment citer « jurisprudence[981] » et « produits[982] ».

7) Le paragraphe 2 vise à souligner que la force juridique éventuelle du prononcé d'un organe conventionnel d'experts dépend en tout premier lieu des règles spécifiques du traité lui-même. Les effets juridiques peuvent donc être très différents. On les détermine en appliquant les règles d'interprétation des traités énoncés dans la Convention de Vienne de 1969. Le plus souvent, il ressort du sens ordinaire du terme retenu dans le traité pour désigner tel ou tel prononcé, ou de son contexte, que ce prononcé n'a pas force obligatoire[983]. Ainsi en est-il des termes « constatations » (article 5, paragraphe 4, du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques), « suggestions et recommandations » (article 14, paragraphe 8, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale) et « recommandations » (article 76, paragraphe 8, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer).

8) Il n'est pas nécessaire, pour les besoins de la présente étude, de décrire en détail la compétence des différents organes conventionnels d'experts. Les organes conventionnels d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, par exemple, adoptent en général un prononcé après l'examen de rapports étatiques (« observations finales »), ou en réponse à des communications individuelles (« constatations »), ou à propos de questions générales concernant l'application ou l'interprétation de leurs instruments respectifs (« observations générales »)[984]. S'ils sont régis par différentes dispositions spécifiques du traité qui déterminent au premier chef leur effet juridique, ces prononcés interprètent souvent, explicitement ou implicitement, le traité, ce qui soulève certaines questions générales auxquelles le projet de conclusion 13 vise à répondre[985].

Paragraphe 3, première phrase − « peut donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure »

9) Le prononcé d'un organe conventionnel d'experts ne peut en tant que tel constituer une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31, puisque cette disposition suppose une pratique ultérieure des parties qui établit leur accord à l'égard de l'interprétation du traité. C'est ce qu'a confirmé, par exemple, la réaction suscitée par un avant-projet du Comité des droits de l'homme tendant à ce que le « corps de jurisprudence » produit par le Comité, ou l'acceptation par les États de cette jurisprudence, constitue une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31. La proposition du Comité des droits de l'homme se lisait comme suit :

> En ce qui concerne le corps de jurisprudence produit par le Comité, on peut considérer qu'il constitue une « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité », au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ou, selon une autre perspective, que l'acceptation par les États parties de ces décisions constitue cette pratique[986].

10) Face aux critiques de certains États[987], le Comité n'a pas maintenu sa proposition et a adopté son observation générale n° 33 sans faire référence au paragraphe 3 *b* de l'article 31[988]. Cela confirme qu'un prononcé d'un organe conventionnel d'experts ne saurait, en tant que tel, constituer une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31.

---

[981] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 639, aux pages 663 et 664, par. 66 ; Rodley (voir *supra* la note 958), à la page 640 ; A. Andrusevych, T. Alge et C. Konrad (dir. publ.), *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2011)*, 2e éd., Lviv, Resource and Analysis Center "Society and Environment", 2011 ; et « Compilation of findings of the Aarhus Convention Compliance Committee adopted 18 February 2005 to date », disponible à l'adresse suivante : www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Compilation_of_CC_findings.pdf.

[982] R. Van Alebeek et A. Nollkaemper, « The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law », dans H. Keller et G. Ulfstein (dir. publ.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2012, p. 356 à 413, à la page 402 ; Rodley (voir *supra* la note 958), à la page 639 ; et K. Mechlem, « Treaty bodies and the interpretation of human rights », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42 (2009), p. 905 à 947, à la page 908.

[983] Ce point est généralement admis dans la doctrine, voir Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (note 541 *supra*), p. 627, par. 18 ; Rodley (note 958 *supra*), à la page 639 ; Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism* (note 968 *supra*), p. 233 et 267 ; D. Shelton, « The legal status of normative pronouncements of human rights treaty bodies », dans H. P. Hestermeyer *et al.* (dir. publ.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. I, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2012, p. 553 à 575, à la page 559 ; H. Keller et L. Grover, « General comments of the Human Rights Committee and their legitimacy », dans Keller et Ulfstein (dir. publ.), *UN Human Rights Treaty Bodies…* (note 982 *supra*), p. 116 à 198, à la page 129 ; et Commission de Venise, « Rapport sur la mise en œuvre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme… (note 980 *supra*), par. 76 ; pour le terme « déterminer » figurant à l'article 18 du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et dans la décision 24/CP.7 sur les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto (voir *supra* la note 974), voir G. Ulfstein et J. Werksman, « The Kyoto compliance system: towards hard enforcement », dans O. S. Stokke, J. Hovi et G. Ulfstein (dir. publ.), *Implementing the Climate Regime: International Compliance*, Londres, Earthscan, 2005, p. 39 à 62, aux pages 55 et 56.

[984] W. Kälin, « Examination of state reports », dans Keller et Ulfstein (dir. publ.), *UN Human Rights Treaty Bodies…* (voir *supra* la note 982), p. 16 à 72 ; G. Ulfstein, « Individual complaints », ibid., p. 73 à 115 ; et Mechlem (voir *supra* la note 982), aux pages 922 à 930 ; les observations générales formulées au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont pour base juridique l'article 40, paragraphe 4, du Pacte, mais cette pratique a été également admise de façon générale en ce qui concerne d'autres organes d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, voir Keller et Grover, « General comments… » (note 983 *supra*), aux pages 127 et 128.

[985] Par exemple, Rodley (voir *supra* la note 958), à la page 639 ; Shelton, « The legal status of normative pronouncements… » (voir *supra* la note 983), aux pages 574 et 575 ; et A. Boyle et C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 155.

[986] Projet d'observation générale n° 33 (Les obligations des États parties en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques) [deuxième version révisée au 18 août 2008] (CCPR/C/GC/33/CRP.3), 25 août 2008, par. 18 ; cette position a également été avancée par plusieurs auteurs : voir Keller et Grover, « General comments… » (note 983 *supra*), aux pages 130 à 132, avec d'autres références.

[987] Voir, par exemple, « Comments of the United States of America on the Human Rights Committee's "Draft General Comment 33: The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant [on] Civil and Political Rights" », 17 octobre 2008, par. 17. Disponible à l'adresse suivante : https://2009-2017.state.gov/documents/organization/138851.pdf.

[988] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 40* [A/64/40 (Vol. I)], annexe V.

11) Les prononcés d'un organe conventionnel d'experts peuvent cependant donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure des parties par laquelle est établi leur accord à l'égard de l'interprétation du traité au sens du paragraphe 3 *a* ou *b* de l'article 31. Cette possibilité a été admise par des États[989], par la Commission[990] et aussi par l'Association de droit international[991] et par un grand nombre d'auteurs[992]. Rien n'empêche en effet un prononcé d'un organe conventionnel d'experts de donner naissance ou de faire référence à un accord ultérieur entre les parties ou à une pratique ultérieure par laquelle est établi l'accord des parties elles-mêmes à l'égard de l'interprétation d'un traité.

12) S'il est donc possible, en principe, que le prononcé d'un organe conventionnel d'experts donne naissance à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure des parties elles-mêmes au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31, ce résultat reste difficilement envisageable en pratique. La plupart des traités de portée universelle qui créent des organes conventionnels d'experts comptent un grand nombre de parties. Il sera souvent difficile d'établir que toutes les parties sont convenues, expressément ou implicitement, que tel prononcé d'un organe conventionnel d'experts exprime une certaine interprétation du traité.

13) Un moyen de déterminer un accord des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité figurant dans un prononcé d'un organe conventionnel d'experts consiste à étudier les résolutions d'organes d'organisations internationales ainsi que de conférences des États parties. En particulier, les résolutions de l'Assemblée générale peuvent faire référence, expressément ou implicitement, à des prononcés d'organes conventionnels d'experts. Tel est le cas, par exemple, de deux résolutions de l'Assemblée générale portant sur la « protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste »[993], qui renvoient expressément à l'observation générale n° 29 du Comité des droits de l'homme sur les dérogations au Pacte international relatif aux droits civils et politiques en période d'état d'urgence[994]. Les deux résolutions réaffirment l'obligation incombant aux États de respecter certains droits garantis par le Pacte ne souffrant aucune dérogation quelles que soient les circonstances, et soulignent le « caractère exceptionnel et provisoire » des mesures dérogatoires en reprenant les termes employés dans l'observation générale n° 29 pour interpréter et ainsi préciser l'obligation des États de satisfaire aux prescriptions de l'article 4 du Pacte[995]. Ces résolutions ayant été adoptées sans vote par l'Assemblée générale, elles correspondraient à un accord ultérieur au sens du paragraphe 3 *a* ou *b* de l'article 31, si le consensus constituait un acquiescement de toutes les parties à l'interprétation contenue dans le prononcé[996].

14) Le prononcé du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son observation générale n° 15 selon laquelle les articles 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoient implicitement un droit à l'eau[997], offre une autre illustration de la manière dont un accord des parties peut s'établir. Après avoir débattu de la question pendant plusieurs années, l'Assemblée générale a, le 17 décembre 2015, adopté sans vote une résolution qui définit le droit de l'homme à l'eau potable en reprenant les termes employés par le Comité dans son observation générale n° 15 pour interpréter ce droit[998]. Si le consensus constituait le consentement de toutes les parties à l'interprétation qui est contenue dans le prononcé, alors cette résolution pourrait faire référence à un accord au sens du paragraphe 3 *a* ou *b* de l'article 31[999].

15) D'autres résolutions de l'Assemblée générale font expressément référence à des prononcés d'organes conventionnels d'experts[1000] ou invitent les États à prendre en considération les recommandations, observations ou observations générales des organes conventionnels pertinents au sujet de l'application des traités correspondants[1001]. Les résolutions de conférences des États parties

---

[989] Voir, par exemple, A/C.6/70/SR.22, par. 46 (États-Unis) : « […] les réactions des États parties aux déclarations ou activités d'un organe conventionnel peuvent, dans certaines circonstances, constituer une pratique ultérieure (de ces États) au sens de l'article 31, paragraphe 3 ».

[990] Voir *supra* le paragraphe 11 du commentaire du projet de conclusion 3 [2].

[991] Voir Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (note 541 *supra*), p. 628 et 629, par. 21.

[992] Voir, par exemple, Mechlem (note 982 *supra*), aux pages 920 et 921 ; B. Schlütter, « Aspects of human rights interpretation by the UN treaty bodies », dans Keller et Ulfstein (dir. publ.), *UN Human Rights Treaty Bodies…* (note 982 *supra*), p. 261 à 319, aux pages 289 et 290 ; et Ulfstein « Individual complaints » (note 984 *supra*), à la page 96.

[993] Résolutions de l'Assemblée générale 65/221 du 21 décembre 2010, par. 5, note 8, et 68/178 du 18 décembre 2013, par. 5, note 8.

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

[995] Ibid., par. 2.

[996] Voir *supra* le projet de conclusion 11 [10], paragraphe 3, et le commentaire y relatif.

[997] Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 15 (2002) sur le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte), *Documents officiels du Conseil économique et social, 2003, Supplément n° 2* (E/2003/22-E/C.12/2002/13), annexe IV, par. 2 (« Le droit à l'eau consiste en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun. »).

[998] Résolution 70/169 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 2015, rappelant l'observation générale n° 15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur le droit à l'eau (voir *supra* la note 997) et reprenant les mêmes termes : « *Reconnaît* que le droit de l'homme à l'eau potable doit permettre à chacun d'avoir accès sans discrimination, physiquement et à un coût abordable, à un approvisionnement suffisant en eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques » (par. 2).

[999] Voir *supra* le projet de conclusion 11 [10], paragraphe 3, et le commentaire y relatif, paragraphes 31 à 38 ; s'agissant de la résolution 70/169 sur le droit à l'eau (voir *supra* la note 998), les États-Unis « se dissocient du consensus sur le paragraphe 2 au motif que le libellé utilisé pour définir le droit à l'eau et à l'assainissement n'est fondé que sur les vues du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et du Rapporteur spécial et n'apparaît dans aucun accord international ni ne traduit un consensus international » (A/C.3/70/SR.55, par. 144). Cette déclaration ne fait pas clairement ressortir le point de savoir si les États-Unis souhaitaient ainsi simplement réaffirmer leur position selon laquelle la résolution ne reconnaissait au prononcé du Comité, en tant que tel, aucun effet particulier, ou s'ils n'étaient pas d'accord sur la définition au fond.

[1000] Voir la résolution 69/166 de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 2014, adoptée sans vote, rappelant l'observation générale n° 16 (1988) du Comité des droits de l'homme sur le droit au respect de la vie privée [*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 40* (A/43/40), annexe VI].

[1001] Voir les résolutions de l'Assemblée générale 69/157 du 18 décembre 2014, adoptée sans vote, et 68/147 du 18 décembre 2013, adoptée sans vote.

peuvent en faire de même, comme c'est le cas à l'égard des recommandations du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement[1002]. Il faut néanmoins rester prudent avant de tirer une quelconque conclusion quant à savoir si ces résolutions impliquent un accord ultérieur ou une pratique ultérieurement suivie par les parties au sens du paragraphe 3 *a* ou *b* de l'article 31.

16) Même s'il ne donne pas naissance ou ne fait pas référence à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure par laquelle est établi l'accord de toutes les parties à un traité, le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut être utile pour la détermination d'une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 qui n'établit pas un tel accord. On peut citer à titre d'exemple les résolutions du Conseil des droits de l'homme qui font référence à des observations générales du Comité des droits de l'homme ou du Comité des droits économiques, sociaux et culturels[1003]. Même si le Conseil compte un nombre restreint de membres, de telles résolutions peuvent être utiles aux fins de l'interprétation d'un traité en tant qu'expression d'une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32. Un autre exemple concerne l'Organe international de contrôle des stupéfiants[1004]. Plusieurs États ont été à l'origine d'une pratique ultérieure au sens de l'article 32 en marquant leur désaccord sur les propositions de l'Organe concernant la création de lieux appelés salles d'injection et d'autres mesures de réduction des risques[1005], et en reprochant à l'Organe d'interpréter de façon trop stricte les conventions relatives aux stupéfiants et d'outrepasser les limites de son mandat[1006].

17) La première phrase du paragraphe 3 indique de quelles manières le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut être pertinent pour des accords ultérieurs et une pratique ultérieure des parties à un traité, au moyen des termes « peut donner naissance » et « ou faire référence à ». L'expression « peut donner naissance » vise des situations dans lesquelles un prononcé précède la pratique et l'éventuel accord des parties. Dans ce cas, le prononcé peut servir de catalyseur pour la pratique ultérieure des États parties. L'expression « faire référence à », en revanche, vise des situations dans lesquelles la pratique ultérieure et l'éventuel accord des parties se sont développés avant le prononcé, ce dernier ne donnant alors qu'une indication concernant cet accord ou cette pratique. Dans le paragraphe 3, il a été décidé d'employer l'expression « faire référence à » de préférence au verbe « refléter » afin de montrer que ce n'est pas le prononcé lui-même qui intègre une pratique ultérieure ou un accord ultérieur des parties. Il n'est cependant pas nécessaire que le prononcé fasse expressément référence à cette pratique ultérieure ou à cet accord ultérieur[1007].

Paragraphe 3, deuxième phrase − le silence n'est pas présumé constituer une pratique ultérieure

18) L'accord de toutes les parties à un traité, voire d'un grand nombre d'entre elles, au sujet de l'interprétation formulée dans un prononcé n'est souvent envisageable que si l'absence d'objections peut être assimilée à un accord des États parties qui ont gardé le silence. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 10 [9] dispose ce qui suit, à titre de règle générale : « Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction. » La deuxième phrase du paragraphe 3 vise non pas à reconnaître une exception à cette règle générale, mais plutôt à préciser et à appliquer cette règle aux cas typiques des prononcés d'organes d'experts.

19) Cela signifie, en particulier, que l'on ne doit pas normalement attendre des États parties qu'ils prennent position à l'égard de tout prononcé d'un organe conventionnel d'experts, que celui-ci s'adresse à un autre État ou à tous les États en général[1008]. Par contre, les États parties peuvent être tenus, au titre du devoir général de coopérer dans le cadre de certains traités, de prêter attention et de réagir aux prononcés d'un organe conventionnel d'experts qui leur sont spécifiquement adressés[1009], ou à des communications individuelles concernant leur propre comportement[1010].

Paragraphe 4 − sans préjudice de toute autre contribution

20) Outre qu'ils peuvent donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure des parties elles-mêmes au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*

[1002] Décision I/7 sur l'examen du respect des dispositions, adoptée à la première réunion des Parties à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (voir *supra* la note 966), annexe, par. 37 ; et V. Koester, « The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention) », dans G. Ulfstein *et al.* (dir. publ.), *Making Treaties Work. Human Rights, Environment and Arms Control*, Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2007, p. 179 à 217, à la page 203.

[1003] Voir les résolutions 28/16 du 26 mars 2015 et 28/19 du 27 mars 1015 du Conseil des droits de l'homme, adoptées sans vote [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 53* (A/70/53)].

[1004] Voir *supra* la note 967.

[1005] Voir *Rapport de l'Organe international de contrôle des stupéfiants pour 2009* (E/INCB/2009/1, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.10.XI.1), par. 278 ; voir aussi J. Csete et D. Wolfe, « Closed to reason: the International Narcotics Control Board and HIV/AIDS », Toronto/New York, Réseau juridique canadien VIH/sida / International Harm Reduction Development Program of the Open Society Institute, 2007, p. 12 à 18.

[1006] Voir D. Barrett, *"Unique in International Relations"? A Comparison of the International Narcotics Control Board and the UN Human Rights Treaty Bodies*, Londres, International Harm Reduction Association, 2008, p. 8.

[1007] Les organes conventionnels d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme ont rarement tenté de déterminer précisément la pratique des parties aux fins de l'interprétation d'une disposition conventionnelle particulière ; voir des exemples dans Nolte, « Jurisprudence under special regimes… » (note 403 *supra*), aux pages 210 à 278 ; et Schlütter (note 992 *supra*), à la page 318.

[1008] Voir Ulfstein, « Individual complaints » (note 984 *supra*), à la page 97 ; et Van Alebeek et Nollkaemper (note 982 *supra*), à la page 410.

[1009] Pour un tel prononcé concernant la validité substantielle d'une réserve qui a été formulée, voir la directive 3.2.3 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités et le paragraphe 3 du commentaire s'y rapportant, adoptés par la Commission en 2011, *Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 248 et suiv.

[1010] C. Tomuschat, « Human Rights Committee », Max Planck Encyclopedia of Public International Law, avril 2019, par. 14 (« Les États parties ne peuvent pas simplement ignorer [les observations du Comité sur les communications individuelles], mais doivent les prendre en considération de bonne foi (*bona fide*) […] l'absence de réaction […] passerait pour une violation […] »). Disponible à l'adresse suivante : http://opil.ouplaw.com/home/epil.

et *b*, et de l'article 32, les prononcés d'organes conventionnels d'experts peuvent aussi contribuer et, partant, être utiles, à l'interprétation d'un traité. Le paragraphe 4 vise cette possibilité par une clause « sans préjudice ». Le terme « autre » n'indique cependant pas que la Commission attache moins d'importance aux autres contributions à l'interprétation d'un traité susceptibles d'être apportées par des organes conventionnels d'experts qu'à celles qui sont décrites au paragraphe 3.

21) La Cour internationale de Justice a confirmé, en particulier dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, que les prononcés du Comité des droits de l'homme étaient pertinents aux fins de l'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, indépendamment de la question de savoir si ces prononcés donnaient naissance ou faisaient référence à un accord des parties au sens du paragraphe 3 de l'article 31 :

> Le Comité des droits de l'homme a, depuis sa création, développé une jurisprudence interprétative considérable, notamment à l'occasion des constatations auxquelles il procède en réponse aux communications individuelles qui peuvent lui être adressées à l'égard des États parties au premier Protocole facultatif [se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques], ainsi que dans le cadre de ses « Observations générales ».
>
> Bien que la Cour ne soit aucunement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de conformer sa propre interprétation du Pacte à celles du Comité, elle estime devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant, spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité[1011].

22) Les juridictions régionales des droits de l'homme tiennent compte elles aussi de prononcés d'organes conventionnels d'experts aux fins de l'interprétation des traités qu'elles doivent appliquer[1012]. De nombreuses juridictions internes, tout en considérant que les prononcés d'organes conventionnels d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme n'ont, en soi, aucun caractère juridiquement contraignant à leur égard[1013], reconnaissent cependant qu'« il y a lieu d'accorder à ces prononcés une grande importance aux fins d'établir le sens d'un droit à prendre en considération ou de déterminer la présence d'une violation[1014] ».

23) La Commission elle-même, dans ses commentaires afférents au Guide de la pratique sur les réserves aux traités, a abordé la question de la pertinence des prononcés d'organes conventionnels d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme à l'égard des réserves[1015].

24) Les décisions des juridictions n'expliquent pas toujours entièrement la pertinence des prononcés des organes conventionnels d'experts aux fins de l'interprétation d'un traité, que ce soit au regard des règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 ou autrement[1016]. La Commission a envisagé les modes d'approche suivants (paragraphes 25 et 26 *infra*).

25) Certains membres considèrent que les prononcés d'organes conventionnels d'experts sont une forme de

---

[1011] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt du 30 novembre 2010 (voir *supra* la note 981), aux pages 663 et 664, par. 66 ; voir aussi *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 10, à la page 27, par. 39 ; et *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (note 400 *supra*), aux pages 179 à 181, par. 109, 110 et 112, et aux pages 192 et 193, par. 136, où la Cour mentionne divers prononcés du Comité des droits de l'homme et du Comité des droits économiques, sociaux et culturels ; voir également *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, aux pages 457 et 458, par. 101, affaire dans laquelle la Cour se réfère à des prononcés du Comité contre la torture aux fins de déterminer la portée temporelle de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

[1012] *Affaire du Tribunal constitutionnel (Camba Campos et autres) c. Équateur*, décision (exceptions préliminaires, fond, réparations et frais de justice) du 28 août 2013, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C n° 268, par. 189 et 191 ; *Civil Liberties Organisation et autres c. Nigéria*, communication n° 218/98, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Quatorzième rapport annuel d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 2000-2001*, p. 94, par. 24 (« En interprétant et en appliquant la Charte [africaine des droits de l'homme et des peuples], la Commission […] doit également se conformer à la Charte africaine, aux normes internationales des droits de l'homme définies dans la Charte qui comprennent les décisions et commentaires généraux des organes des Nations Unies créés par traités ») ; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Social and Economic Rights Action Centre et Centre for Economic and Social Rights c. Nigéria*, communication n° 155/96, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Quinzième rapport annuel d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 2001-2002*, annexe V, par. 63 (« […] s'inspire de la définition du terme "expulsions forcées" par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels [dans son observation générale n° 7] ») ; concernant la Cour européenne des droits de l'homme, voir *Marguš c. Croatie* [GC], n° 4455/10, CEDH 2014 (extraits), par. 48 à 50 ; *Baka c. Hongrie*, n° 20261/12, 27 mai 2014, par. 58 ; *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, CEDH 2012 (extraits), par. 107, 108, 147 à 151, 155 et 158 ; et *Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, CEDH 2010, par. 68 et 70 à 72 ; voir aussi Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (note 541 *supra*), p. 662 à 675, par. 116 à 155.

[1013] Voir les décisions citées dans Commission de Venise, « Rapport sur la mise en œuvre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme… » (note 980 *supra*), par. 76, notes 172 et 173 (Cour suprême d'Irlande, *Kavanagh (Joseph) v. Governor of Mountjoy Prison and Attorney General*, [2002] IESC 13, 1er mars 2002, par. 36 ; et Conseil d'État de France, *Hauchemaille c. France*, affaire n° 238849, décision du 11 octobre 2001, par. 22.

[1014] Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (voir *supra* la note 541), p. 684, par. 175 ; voir aussi Cour administrative fédérale d'Allemagne, BVerwGE, vol. 134, p. 1, à la page 22, par. 48.

[1015] « Bien entendu, si ces organes sont dotés d'un pouvoir de décision, les parties doivent respecter leurs décisions, mais il n'en va ainsi à l'heure actuelle que des cours régionales de droits de l'homme, seules investies d'un tel pouvoir. Les autres organes de contrôle sont quant à eux dépourvus du pouvoir juridique de décider – dans le domaine des réserves comme dans les autres dans lesquels ils disposent d'une compétence de constatation. Dès lors, leurs conclusions ne sont pas juridiquement obligatoires et les États parties doivent seulement "tenir compte" de bonne foi de leur appréciation. » [*Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 249, paragraphe 3 du commentaire de la directive 3.2.3] (notes de bas de page omises).

[1016] Voir Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (note 541 *supra*), p. 627, par. 17 ; Van Alebeek et Nollkaemper (note 982 *supra*), à la page 401 ; l'une des quelques décisions judiciaires dans lesquelles tel a été le cas a été rendue par la Haute Cour d'Osaka dans son arrêt du 28 octobre 1994, 1513 *Hanrei Jiho* 71, 87 [cité dans Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (voir *supra* la note 541), p. 628, par. 20, note 22], également publié dans *Japanese Annual of International Law*, vol. 38 (1995), p. 109 à 150, aux pages 118 à 133 ; et Cour administrative fédérale d'Allemagne (voir *supra* la note 1014).

pratique qui peut contribuer à l'interprétation d'un traité, en s'appuyant notamment sur l'avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dans lequel la Cour internationale de Justice s'est référée à la « pratique constante du Comité des droits de l'homme » pour étayer sa propre interprétation d'une disposition du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1017]. Ces membres considèrent que la façon discrétionnaire dont les juridictions internationales et nationales utilisent essentiellement les prononcés d'organes conventionnels d'experts correspond à ce que l'article 32 présente comme des moyens complémentaires d'interprétation[1018]. En outre, les prononcés d'organes conventionnels d'experts pourraient également, en tant que pratique suivie au regard du traité, contribuer « à la détermination du sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité[1019] ». Ces membres considèrent aussi que le paragraphe 3 du projet de conclusion 12 [11] pourrait aider à résoudre la question, étant donné que la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son propre instrument et les prononcés d'organes conventionnels d'experts ont pour point commun de ne pas être la pratique d'une partie au traité, mais d'être néanmoins un comportement prescrit par le traité dans le but de contribuer à la bonne application de celui-ci.

26) D'autres membres estiment que les prononcés d'organes conventionnels d'experts ne sont pas, en tant que tels, une forme de pratique aux fins du sujet à l'examen. Il a été souligné que, selon le paragraphe 3 du projet de conclusion 4, « [t]oute autre "pratique ultérieure" […] est constituée par toute conduite d'une ou plusieurs parties dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci »[1020], et que par conséquent, dans le cadre du sujet, seule la pratique des parties elles-mêmes doit être envisagée. Il a aussi été suggéré que les prononcés d'organes conventionnels d'experts ne pouvaient pas, simultanément, être une forme d'application du traité et remplir une fonction de surveillance. Selon ces membres, l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* semble indiquer que le mandat et les fonctions des organes conventionnels d'experts, comme ceux des juridictions, consistent à surveiller l'application du traité, non à servir eux-mêmes de moyens d'interprétation[1021].

27) En définitive, la Commission a décidé de se borner pour le moment à insérer, au paragraphe 4 du projet de conclusion 13, une clause « sans préjudice ». La question pourra être réexaminée en seconde lecture, à la lumière des vues exprimées par les États[1022].

[1017] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* la note 400), à la page 179, par. 109.

[1018] La Haute Cour d'Osaka a expressément déclaré : « On peut considérer qu'il faut s'appuyer sur les "observations générales" et les "constatations" comme moyens complémentaires d'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Haute Cour d'Osaka, arrêt du 28 octobre 1994 (voir *supra* la note 1016), cité dans Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (voir *supra* la note 541), p. 652, par. 85, note 178, également publié dans *Japanese Annual of International Law*, vol. 38 (1995), aux pages 129 et 130 ; voir aussi, par exemple, aux Pays-Bas, Conseil central de recours administratif, *Appellante v. de Raad van Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank* (disponible à l'adresse suivante : http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560) ; au Royaume-Uni, d'une part, Chambre des lords, *Jones v. Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, 14 juin 2006 (« dénué de valeur ») et, d'autre part, Chambre des lords, *A. v Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKHL 71, par. 34 à 36 (s'appuyant sur les prononcés d'organes conventionnels pour établir une règle d'irrecevabilité interdisant l'utilisation de renseignements obtenus par la torture) et Cour d'appel, *R. (on the application of Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence*, demande de contrôle judiciaire (2005) EWCA Civ 1609, (2006) HRLR 7, par. 101 [citant l'observation générale n° 31 (2004) du Comité des droits de l'homme sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte pour établir l'application extraterritoriale de la loi de 1998 sur les droits de l'homme] ; en Afrique du Sud, d'une part, Haute Cour du Witwatersrand, *Residents of Bon Vista Mansions v. Southern Metropolitan Local Council,* 2002 (6) BCLR, p. 625, à la page 629 (« les observations générales font autorité en droit international »), cité dans Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (voir *supra* la note 541), p. 627, par. 11, et, d'autre part, Cour constitutionnelle, *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (n° 2)* (CCT 8/02) [2002] ZACC 15, par. 26 et 37 [rejetant l'exécution de l'« obligation fondamentale minimum » définie par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans son observation générale n° 3 (*Documents officiels du Conseil économique et social, 1991, Supplément n° 3* [E/1991/23-E/C.12/1990/8], annexe III, p. 86)] ; au Japon, tribunal de district de Tokyo, jugement du 15 mars 2001, 1784 *Hanrei Jiho* 67, à la page 74 (« l'observation générale ne constitue pas une interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques faisant autorité et elle n'impose pas davantage au Japon une interprétation du Pacte »), cité dans Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (voir *supra* la note 541), p. 652, par. 87.

[1019] Voir *supra* le paragraphe 15 du commentaire du projet de conclusion 2 [1], note 433 ; voir aussi le projet de conclusion 12 [11], paragraphe 3.

[1020] Les prononcés d'organes d'experts sont effectivement « dans l'application du traité » étant donné que cette « application », selon la Commission, « comprend non seulement les actes officiels accomplis au niveau international ou au niveau national en vue d'appliquer le traité, notamment pour en assurer le respect ou s'acquitter des obligations conventionnelles, mais aussi, entre autres, des déclarations officielles concernant l'interprétation du traité » (voir *supra* le paragraphe 18 du commentaire du projet de conclusion 4).

[1021] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt du 30 novembre 2010 (voir *supra* la note 981), aux pages 663 et 664, par. 66.

[1022] Dans son commentaire du paragraphe 3 du projet de conclusion 12 [11], la Commission a indiqué ce qui suit : « La Commission pourra revenir […] sur la définition de l'expression "autre pratique ultérieure" figurant dans le projet de conclusion 2 [1], paragraphe 4, et le projet de conclusion 4, paragraphe 3, afin d'indiquer si la pratique d'une organisation internationale devrait en tant que telle entrer dans cette catégorie qui, jusqu'ici, est limitée à la pratique des parties » (voir *supra* la note 937).

Chapitre VII

CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

A. Introduction

77. À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Crimes contre l'humanité » à son programme de travail et a désigné M. Sean D. Murphy Rapporteur spécial pour le sujet[1023]. Par la suite, au paragraphe 7 de sa résolution 69/118 du 10 décembre 2014, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

78. À sa soixante-septième session (2015), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial[1024] et a provisoirement adopté quatre projets d'article et les commentaires y relatifs[1025]. Elle a aussi demandé au Secrétariat d'établir un mémoire contenant des informations sur les mécanismes conventionnels de suivi qui pourraient être pertinents pour ses travaux futurs sur le sujet[1026].

B. Examen du sujet à la présente session

79. À la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/690), ainsi que du mémoire du Secrétariat présentant des informations sur les mécanismes conventionnels de suivi qui pourraient être pertinents pour les travaux futurs de la Commission (A/CN.4/698), qu'elle a examinés à ses 3296e à 3301e séances, du 11 au 19 mai 2016.

80. Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial traitait de l'incrimination en droit interne (chap. I), de l'établissement de compétence interne (chap. II), de l'enquête générale et de la coopération aux fins de l'identification de l'auteur présumé (chap. III), de l'exercice par l'État de sa compétence nationale lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire (chap. IV), du principe *aut dedere aut judicare* (chap. V), du traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction (chap. VI) et du programme de travail futur sur le sujet (chap. VII). Le Rapporteur spécial proposait six projets d'article correspondant aux questions traitées dans les chapitres I à VI, respectivement[1027].

81. À sa 3301e séance, le 19 mai 2016, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles 5 à 10 figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial. Il a aussi prié le Comité de rédaction d'examiner la question de la responsabilité pénale des personnes morales sur la base d'un document de réflexion à élaborer par le Rapporteur spécial.

82. À ses 3312e et 3325e séances, les 9 juin et 21 juillet 2016, respectivement, la Commission a examiné deux rapports du Comité de rédaction et a provisoirement adopté les projets d'articles 5 à 10 (voir *infra* la section C.1).

83. À sa 3341e séance, le 9 août 2016, la Commission a adopté les commentaires des projets d'article provisoirement adoptés à la présente session (voir *infra* la section C.2).

C. Texte des projets d'article sur les crimes contre l'humanité provisoirement adoptés à ce jour par la Commission

1. Texte des projets d'article

84. Le texte des projets d'article provisoirement adoptés à ce jour par la Commission est reproduit ci-après.

Article 1. Champ d'application

Les présents projets d'article s'appliquent à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité.

Article 2. Obligation générale

Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient ou non commis en temps de conflit armé, sont des crimes au regard du droit international que les États s'engagent à prévenir et à punir.

Article 3. Définition des crimes contre l'humanité

1. Aux fins du présent projet d'articles, on entend par « crime contre l'humanité » l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

***a*) meurtre ;**

***b*) extermination ;**

***c*) réduction en esclavage ;**

***d*) déportation ou transfert forcé de population ;**

***e*) emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;**

***f*) torture ;**

***g*) viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;**

[1023] *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 175, par. 266.

[1024] *Annaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/680.

[1025] Ibid., vol. II (2e partie), p. 35 et suiv., par. 110 à 117.

[1026] Ibid., p. 35, par. 115.

[1027] Projet d'article 5 (Incrimination en droit interne) ; projet d'article 6 (Établissement de la compétence nationale) ; projet d'article 7 (Enquête générale et coopération aux fins de l'identification de l'auteur présumé) ; projet d'article 8 (Exercice par l'État de sa compétence nationale lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur son territoire) ; projet d'article 9 (Principe *aut dedere aut judicare*) ; et projet d'article 10 (Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction).

h) persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou le crime de génocide ou les crimes de guerre ;

i) disparition forcée de personnes ;

j) crime d'apartheid ;

k) autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ;

b) par « extermination », on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population ;

c) par « réduction en esclavage », on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants ;

d) par « déportation ou transfert forcé de population », on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international ;

e) par « torture », on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ; l'acception de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ;

f) par « grossesse forcée », on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse ;

g) par « persécution », on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ;

h) par « crime d'apartheid », on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ;

i) par « disparition forcée de personnes », on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

3. Aux fins du présent projet d'articles, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens.

4. Ce projet d'article est sans préjudice de toute définition plus large prévue par tout instrument international ou loi nationale.

Article 4. Obligation de prévention

1. Tout État s'engage à prévenir les crimes contre l'humanité, en conformité avec le droit international, notamment au moyen de :

a) mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces de prévention dans tout territoire sous sa juridiction ou son contrôle ; et

b) la coopération avec les autres États, les organisations intergouvernementales pertinentes et, selon qu'il convient, d'autres organisations.

2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse, entre autres, de conflit armé, d'instabilité politique intérieure ou d'un autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier les crimes contre l'humanité[1028].

Article 5. Incrimination en droit interne

1. Tout État prend les mesures nécessaires pour que les crimes contre l'humanité constituent des infractions au regard de son droit pénal.

2. Tout État prend les mesures nécessaires pour que les actes suivants constituent des infractions au regard de son droit pénal :

a) le fait de commettre un crime contre l'humanité ;

b) le fait de tenter de commettre un tel crime ; et

c) le fait d'ordonner, de solliciter, d'encourager, d'apporter son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime.

3. Tout État prend également les mesures nécessaires pour ériger ce qui suit en infractions au regard de son droit pénal :

a) un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

i) ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et

ii) ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ;

b) en ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe *a*, le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :

i) le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;

ii) ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et

iii) le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

4. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, le fait qu'une infraction visée dans le présent projet d'article a été commise sur les ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale d'un subordonné.

[1028] Il sera discuté de l'emplacement de ce paragraphe à un stade ultérieur.

5. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, les infractions visées dans le présent projet d'article ne se prescrivent pas.

6. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, les infractions visées dans le présent projet d'article soient passibles de peines appropriées qui prennent en compte leur gravité.

7. Sous réserve des dispositions de son droit interne, tout État prend, s'il y a lieu, les mesures qui s'imposent, afin d'établir la responsabilité des personnes morales pour les infractions visées dans le présent projet d'article. Selon les principes juridiques de l'État, cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative.

Article 6. Établissement de la compétence nationale

1. Tout État prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées au projet d'article 5 dans les cas suivants :

***a*) quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous sa juridiction ou à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé dans cet État ;**

***b*) quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État ou, si cet État le juge approprié, un apatride qui réside habituellement sur son territoire ;**

***c*) quand la victime est un ressortissant dudit État si cet État le juge approprié.**

2. Tout État prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées au projet d'article 5 dans les cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où il ne l'extrade ou ne le remet pas conformément au présent projet d'articles.

3. Le présent projet d'articles n'exclut l'exercice d'aucune compétence pénale établie par un État conformément à son droit interne.

Article 7. Enquête

Tout État veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en voie d'être commis sur tout territoire sous sa juridiction.

Article 8. Mesures préliminaires lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur le territoire

1. S'il estime que les circonstances le justifient, après avoir examiné les renseignements dont il dispose, tout État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction visée au projet d'article 5 assure la détention de cette personne ou prend toutes autres mesures juridiques nécessaires pour assurer sa présence. Cette détention et ces mesures doivent être conformes à la législation dudit État ; elles ne peuvent être maintenues que pendant le délai nécessaire à l'engagement de poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition ou de remise.

2. Ledit État procède immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits.

3. Lorsqu'un État a mis une personne en détention préventive, conformément aux dispositions du présent projet d'article, il avise immédiatement de cette détention et des circonstances qui la justifient les États visés au paragraphe 1 du projet d'article 6. L'État qui procède à l'enquête préliminaire visée au paragraphe 2 du présent projet d'article en communique rapidement les conclusions auxdits États et leur indique s'il entend exercer sa compétence.

Article 9. Aut dedere aut judicare

L'État sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé de l'infraction se trouve soumet l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, s'il n'extrade ou ne remet pas cette personne à un autre État ou à une juridiction pénale internationale compétente. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction ayant un caractère grave en vertu du droit de cet État.

Article 10. Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction

1. Toute personne objet de mesures à raison de l'une des infractions visées au projet d'article 5 jouit de la garantie à tous les stades de la procédure d'un traitement équitable, y compris d'un procès équitable, et de la pleine protection des droits qu'elle tire du droit interne et du droit international applicables, y compris le droit des droits de l'homme.

2. Toute personne qui est incarcérée, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention dans un État autre que son État de nationalité est en droit :

***a*) de communiquer sans retard avec le plus proche représentant qualifié de l'État ou des États dont elle a la nationalité ou qui est autrement habilité à protéger les droits de ladite personne ou, s'il s'agit d'une personne apatride, de l'État qui est disposé, sur la demande de cette personne, à protéger ses droits ;**

***b*) de recevoir la visite d'un représentant de cet État ou de ces États ; et**

***c*) d'être informée sans retard des droits que lui confère le présent paragraphe.**

3. Les droits visés au paragraphe 2 s'exercent dans le cadre des lois et règlements de l'État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve la personne, étant entendu que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du paragraphe 2.

2. Texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-huitième session

85. Le texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-huitième session est reproduit ci-après.

CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

Article 5. Incrimination en droit interne

1. Tout État prend les mesures nécessaires pour que les crimes contre l'humanité constituent des infractions au regard de son droit pénal.

2. Tout État prend les mesures nécessaires pour que les actes suivants constituent des infractions au regard de son droit pénal :

***a*) le fait de commettre un crime contre l'humanité ;**

***b*) le fait de tenter de commettre un tel crime ; et**

***c*) le fait d'ordonner, de solliciter, d'encourager, d'apporter son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime.**

3. Tout État prend également les mesures nécessaires pour ériger ce qui suit en infractions au regard de son droit pénal :

a) un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

i) ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et

ii) ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ;

b) en ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a, le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :

i) le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;

ii) ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et

iii) le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

4. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, le fait qu'une infraction visée dans le présent projet d'article a été commise sur les ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale d'un subordonné.

5. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, les infractions visées dans le présent projet d'article ne se prescrivent pas.

6. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, les infractions visées dans le présent projet d'article soient passibles de peines appropriées qui prennent en compte leur gravité.

7. Sous réserve des dispositions de son droit interne, tout État prend, s'il y a lieu, les mesures qui s'imposent, afin d'établir la responsabilité des personnes morales pour les infractions visées dans le présent projet d'article. Selon les principes juridiques de l'État, cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative.

Commentaire

1) Le projet d'article 5 énonce les diverses mesures que tout État doit prendre dans le cadre de son droit pénal pour ériger en infractions les crimes contre l'humanité, exclure toute possibilité d'invoquer comme moyen de défense l'ordre d'un supérieur ou une éventuelle prescription, et prévoir des peines appropriées tenant compte de la gravité de ces crimes. Des mesures de ce type sont indispensables à la bonne application des projets d'article suivants relatifs à l'établissement et à l'exercice de la compétence à l'égard des auteurs présumés.

Faire en sorte que les « crimes contre l'humanité » constituent des infractions au regard du droit pénal national

2) Le Tribunal militaire international de Nuremberg a jugé qu'il était important de punir les individus reconnus coupables, notamment, de crimes contre l'humanité, en affirmant : « Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du [d]roit international[1029]. » En 1950, la Commission, dans ses Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, a affirmé : « Tout auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtiment[1030]. » La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, de 1968, affirme dans son préambule que « la répression effective […] des crimes contre l'humanité est un élément important de la prévention de ces crimes, de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, propre à encourager la confiance, à stimuler la coopération entre les peuples et à favoriser la paix et la sécurité internationales[1031] ». Aux termes du préambule du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Statut de Rome), « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et […] leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale ».

3) De nombreux États ont adopté des lois sur les crimes contre l'humanité qui prévoient l'engagement de poursuites contre les auteurs de tels crimes dans leur système national. C'est en particulier le Statut de Rome qui a inspiré la promulgation ou la révision de plusieurs législations nationales sur les crimes contre l'humanité, lesquelles reprennent désormais textuellement ou presque la définition de l'infraction énoncée à l'article 7 du Statut. En revanche, de nombreux États se sont dotés de législations nationales qui s'écartent, parfois de façon importante, de la définition énoncée à l'article 7. En outre, d'autres États encore ne se sont dotés d'aucune loi interne sur les crimes contre l'humanité. En général, la législation de ces États réprime, d'une manière ou d'une autre, nombre d'actes individuels (meurtre, torture, viol, etc.) qui, dans certaines circonstances, peuvent être constitutifs de crimes contre

[1029] Tribunal militaire international, jugement du 30 septembre 1946, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, vol. 22 (1949), p. 496.

[1030] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément nº 12* (A/1316), troisième partie, par. 97 (principe I).

[1031] Au mois d'août 2016, cette convention comptait 55 parties.

l'humanité[1032]. Néanmoins, comme ces États ne répriment pas les crimes contre l'humanité comme infraction distincte, leurs auteurs peuvent échapper à toutes poursuites et condamnations, notamment à des peines à la mesure de la gravité de leurs actes.

4) La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de 1984, dispose au paragraphe 1 de son article 4 que « [t]out État partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal ». Le Comité contre la torture a souligné l'importance que revêt le respect de cette obligation de façon à éviter d'éventuelles différences entre le crime tel qu'il est défini dans la Convention et tel qu'il est traité dans la législation nationale :

> Si la définition de la torture en droit interne est trop éloignée de celle énoncée dans la Convention, le vide juridique réel ou potentiel qui en découle peut ouvrir la voie à l'impunité. Dans certains cas, même si les termes utilisés sont les mêmes, le sens peut en être restreint par le droit interne ou par la jurisprudence ; c'est pourquoi le Comité appelle chaque État partie à veiller à ce que toutes les branches de son gouvernement se conforment à la définition de la Convention pour définir les obligations de l'État[1033].

5) Afin d'éviter un tel vide juridique en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, le projet d'article 5 prévoit, au paragraphe 1, que tout État prend les mesures nécessaires pour que les crimes contre l'humanité constituent des infractions au regard de son droit pénal. Les paragraphes 2 et 3 du projet d'article 5 (examinés ci-après) obligent en outre tout État à incriminer certains faits par lesquels des individus peuvent participer à de tels crimes.

6) L'expression « crimes contre l'humanité » étant définie aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 3, l'obligation énoncée au paragraphe 1 du projet d'article 5 suppose que les crimes ainsi définis soient érigés en infractions au regard des lois pénales de l'État. Un État considéré peut s'écarter légèrement des termes employés aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 3 pour tenir compte de particularités terminologiques ou autres qui lui sont propres, mais cela ne devrait pas aboutir à des restrictions ou à des modifications qui s'éloignent trop des définitions des crimes contre l'humanité figurant dans ces paragraphes. Le terme « crimes contre l'humanité » employé dans le projet d'article 5 (et dans les projets d'article suivants) n'est toutefois pas assorti de la clause « sans préjudice » figurant au paragraphe 4 du projet d'article 3. Cette clause réserve la possibilité de prévoir une définition plus large des « crimes contre l'humanité » dans un instrument international ou une loi nationale mais, aux fins du présent projet d'articles, la définition de ces crimes ne va pas au-delà de celle donnée aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 3.

7) À l'instar de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de nombreux traités conclus dans les domaines du droit international humanitaire, des droits de l'homme et du droit pénal international obligent tout État partie à faire en sorte que le comportement prohibé constitue une « infraction » ou soit « punissable » au regard de son droit interne, même si le libellé précis de l'obligation varie[1034]. Certains traités, comme la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de 1948[1035], et les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949)[1036], visent une obligation de prendre les mesures « législatives » nécessaires, mais la Commission a estimé préférable de rédiger le paragraphe 1 du projet d'article 5 sur le modèle de traités plus récents, comme la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Le fait de commettre ou de tenter de commettre un crime contre l'humanité, ou d'apporter toute forme d'assistance à la commission d'un tel crime

8) Aux termes du paragraphe 2 du projet d'article 5, tout État prend les mesures nécessaires pour que certains actes par lesquels des individus sont susceptibles de participer à des crimes contre l'humanité soient érigés en infractions au regard de son droit pénal : le fait de commettre un

---

[1032] Voir *Le Procureur c. Simone Gbagbo*, ICC-02/11-01/12 OA, arrêt du 27 mai 2015 relatif à l'appel interjeté par la Côte d'Ivoire contre la décision de la Chambre préliminaire I du 11 décembre 2014 intitulée « Décision relative à l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Côte d'Ivoire s'agissant de l'affaire concernant Simone Gbagbo », Cour pénale internationale, Chambre d'appel (la Chambre a jugé que les poursuites internes du chef des infractions de droit commun de trouble à l'ordre public, d'organisation de bandes armées et d'atteinte à la sûreté de l'État ne tiraient pas sensiblement fondement de la même conduite que celle visée par les allégations de meurtre, de viol, de persécution et autres actes inhumains constitutifs de crimes contre l'humanité). Disponible à l'adresse suivante : www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_06249.PDF.

[1033] Comité contre la torture, observation générale n° 2 (2007) sur l'application de l'article 2, par. 9, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 44* (A/63/44), annexe VI ; voir aussi Comité contre la torture, ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 44* (A/58/44), chap. III, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Slovénie, par. 115 *a*, et Belgique, par. 130.

[1034] Voir, par exemple, Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 2 ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 2, par. 2 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 2 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 4 ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 6 ; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 9, par. 2 ; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, art. III ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 4 ; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, art. 2 *a* ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 4 ; Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, art. 5, par. 1 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 7, par. 1 ; et Convention de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme, art. IX, par. 1.

[1035] Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. V.

[1036] Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (première Convention de Genève), art. 49 ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (deuxième Convention de Genève), art. 50 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève), art. 129 ; et Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève), art. 146. Les commentaires de 2016 du Comité international de la Croix-Rouge relatifs à l'article 49 (Sanctions pénales) de la première Convention de Genève sont disponibles à l'adresse suivante : https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreaties1949.xsp.

crime contre l'humanité, le fait de tenter de commettre un tel crime, et le fait d'ordonner, de solliciter, d'encourager, d'apporter son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime.

9) S'agissant des crimes contre l'humanité, il ressort de l'étude des instruments internationaux et des lois nationales que différents types (ou modes) de responsabilité pénale individuelle sont envisagés. En premier lieu, tous les systèmes qui incriminent les « crimes contre l'humanité » tiennent pour pénalement responsable toute personne qui « commet » l'infraction (les termes parfois employés en droit interne visent la commission « directe » ou la « perpétration » de l'acte, ou l'auteur « principal » de celui-ci). Par exemple, le Statut du Tribunal militaire international (Statut de Nuremberg) donnait compétence au Tribunal militaire international pour juger et punir « toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, aur[aie]nt commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants[1037] ». De même, le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie[1038] et le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda[1039] disposent l'un et l'autre que quiconque a « commis » un crime contre l'humanité « est individuellement responsable dudit crime ». En vertu du Statut de Rome, « [q]uiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni » et « une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si : *a*) [e]lle commet un tel crime, que ce soit individuellement [ou] conjointement avec une autre personne »[1040]. De la même façon, les textes régissant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone[1041], les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental[1042], les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens[1043], la Cour pénale suprême d'Iraq[1044] et les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises[1045] envisagent tous la responsabilité pénale de quiconque « commet » un crime contre l'humanité. Les lois internes consacrées aux crimes contre l'humanité incriminent systématiquement la « commission » de tels actes. Dans les traités visant à réprimer d'autres types d'infractions, les États parties sont également systématiquement invités à proscrire dans leur droit interne la « commission » de l'infraction considérée. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de 1948, prévoit ainsi la responsabilité pénale individuelle des personnes ayant « commis » le génocide[1046].

10) En deuxième lieu, tous ces systèmes juridiques nationaux ou internationaux, à des degrés divers, considèrent aussi comme pénalement responsable quiconque participe à l'infraction autrement que par la « commission » de l'acte. Il peut s'agir de celui qui « tente » de commettre l'infraction, ou agit comme « complice » de la commission ou de la tentative de commission de celle-ci. S'agissant de la « tentative » de commettre le crime, les statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ne prévoient pas de responsabilité à ce titre. Par contre, le Statut de Rome tient pour pénalement responsable toute personne qui tente de commettre le crime, sauf si elle abandonne l'effort tendant à commettre le crime ou en empêche de quelque autre façon l'achèvement[1047]. Dans l'affaire *Banda et Jerbo*, une chambre préliminaire a affirmé que, pour retenir la responsabilité pénale d'une personne du chef de tentative, il est d'une importance critique de déterminer si le comportement en cause, « dans le cours normal des événements, […] aurait entraîné la commission du crime si des circonstances échappant au contrôle de l'auteur n'étaient pas intervenues[1048] ».

11) En troisième lieu, les instruments internationaux traitent diversement de la responsabilité du « complice », visant par exemple le fait « d'ordonner » ou « de provoquer » la commission de l'infraction, « d'encourager » ou « d'inciter autrui à commettre » l'infraction, d'apporter

---

[1037] Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et Statut du Tribunal militaire international, art. 6.

[1038] Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, approuvé par le Conseil de sécurité dans sa résolution 827 (1993) du 25 mai 1993 et figurant dans le rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité (S/25704 et Corr.1 et Add.1), annexe, art. 7, par. 1.

[1039] Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité en date du 8 novembre 1994, annexe, art. 6, par. 1.

[1040] Statut de Rome, art. 25, par. 2 et 3 *a*.

[1041] Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de Sierra Leone relatif à la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone (et Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone), fait à Freetown le 16 janvier 2002, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, nº 38342, p. 137, à la page 163, art. 6, par. 1.

[1042] Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental, règlement nº 2000/15 portant création des chambres ayant compétence exclusive à l'égard des infractions pénales graves (UNTAET/REG/2000/15), sect. 5 (ci-après « Statut du Tribunal pour le Timor oriental »).

[1043] Cambodge, loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires pour juger les auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique nº NS/RKM/1004/006 (27 octobre 2004), art. 5, disponible sur le site Web des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (www.eccc.gov.kh/fr), dans « Documents juridiques », puis « Loi sur les CETC » (ci-après « loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires »). Voir aussi l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique, fait à Phnom Penh le 6 juin 2003, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2329, nº 41723, p. 117.

[1044] « Statute of the Iraqi Special Tribunal », *International Legal Materials*, vol. 43 (2004), p. 231 à 248 (ci-après « Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq »), à la page 236, art. 10 *b*. Le Gouvernement provisoire iraquien a promulgué en 2005 un nouveau statut fondé sur le précédent, rebaptisant le tribunal « Supreme Iraqi Criminal Tribunal » (Cour pénale suprême d'Iraq). Voir Iraq, Loi instituant la Cour pénale suprême d'Iraq, loi nº 10, Journal officiel de la République d'Iraq, vol. 47, nº 4006 (18 octobre 2005).

[1045] Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1er décembre 1990, *Annuaire africain de droit international*, vol. 19 (2011-2012), p. 411 à 426 art. 4 *b* et 6 (ci-après « Statut des Chambres africaines extraordinaires »).

[1046] Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. III *a* et IV.

[1047] Statut de Rome, art. 25, par. 3 *f*.

[1048] *Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09, rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges du 7 mars 2011, Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I, par. 96.

« aide et assistance » à autrui, d'être partie à une « entente en vue de commettre » l'infraction, d'en être « complice », d'y « participer » ou d'être partie à une « entreprise criminelle commune ». Ainsi, selon le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « [q]uiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé aux articles 2 à 5 du présent statut est individuellement responsable dudit crime[1049] ». Cette disposition est reprise presque textuellement dans le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda[1050]. Ces deux tribunaux ont condamné des accusés du chef de participation à des crimes relevant de leur compétence[1051]. De même, les textes régissant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone[1052], les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental[1053], les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens[1054], la Cour pénale suprême d'Iraq[1055] et les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises[1056] prévoient tous la responsabilité pénale de toute personne qui participe sous une forme quelconque à la commission d'un crime contre l'humanité.

12) Le Statut de Rome considère comme pénalement responsable toute personne qui « commet un tel crime […] par l'intermédiaire d'une autre personne », qui « ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime » ou qui, « [e]n vue de faciliter la commission d'un tel crime, […] apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission », et, sous certaines conditions, toute personne qui « contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert »[1057]. La Commission a décidé de s'appuyer sur la terminologie employée dans le Statut de Rome pour le libellé du paragraphe 2 du projet d'article 5.

13) Dans ces divers instruments internationaux, les notions connexes de « provocation » ou d'« incitation » au crime, ou de « fourniture d'aide et d'assistance » comprennent généralement le fait de planifier ou d'encourager la commission de l'infraction, de s'entendre en vue de la commettre et, surtout, d'inciter directement autrui à commettre l'infraction. Ainsi, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide vise non seulement la commission de génocide, mais aussi l'« entente en vue de commettre le génocide », l'« incitation directe et publique à commettre le génocide », la « tentative de génocide » et la « complicité dans le génocide »[1058]. La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité dispose de manière générale que, « [s]i l'un quelconque des crimes mentionnés à l'article premier est commis, les dispositions de la présente Convention s'appliqueront aux représentants de l'autorité de l'État et aux particuliers qui y participeraient en tant qu'auteurs ou en tant que complices, ou qui se rendraient coupables d'incitation directe à la perpétration de l'un quelconque de ces crimes, ou qui participeraient à une entente en vue de le commettre, quel que soit son degré d'exécution, ainsi qu'aux représentants de l'autorité de l'État qui toléreraient sa perpétration[1059] ».

14) Les divers instruments distinguent en outre (et considèrent comme complémentaires) le fait d'« ordonner » la commission du crime et la notion de responsabilité du « commandement » ou du supérieur hiérarchique. Il s'agit dans le premier cas de la responsabilité pénale du supérieur qui donne l'ordre de commettre l'acte constitutif de l'infraction. Par contre, le second cas concerne la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique en raison de son inaction, en particulier lorsque, sachant ou ayant des raisons de savoir que ses subordonnés s'apprêtent à commettre ou ont déjà commis un crime, il ne prend pas les mesures raisonnables nécessaires pour empêcher ce crime ou en punir les auteurs.

15) En général, les traités qui visent à réprimer des crimes autres que les crimes contre l'humanité définissent la responsabilité pénale des personnes qui participent à la commission de ces actes en termes généraux, si bien que les États n'ont pas à modifier la terminologie ou les qualifications bien établies en droit interne. Autrement dit, ces traités emploient des formulations générales plutôt que des dispositions précises, laissant ainsi aux États le soin d'énoncer précisément les éléments de la responsabilité pénale selon leurs lois internes en vigueur, la jurisprudence et leur tradition juridique. À titre d'exemple, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, de 2006, dispose en termes généraux que « [t]out État partie prend les mesures nécessaires pour tenir pénalement responsable au moins […] [t]oute personne qui commet une disparition forcée, l'ordonne ou la commandite, tente de la commettre, en est complice ou y participe[1060] ». Le libellé du paragraphe 2 du projet d'article 5 suit la même approche.

[1049] Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (voir *supra* la note 1038), art. 7, par. 1. Différentes décisions du Tribunal contiennent une analyse de cette responsabilité pénale. Voir, par exemple, *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire nº IT-94-1-A, arrêt du 15 juillet 1999, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Recueils judiciaires 1999*, p. 2 et suiv., à la page 188, par. 220 (« la Chambre d'appel estime que la notion de dessein commun en tant que forme de responsabilité au titre de coauteur est bien établie en droit international coutumier »).

[1050] Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (voir *supra* la note 1039), art. 6, par. 1.

[1051] Voir, par exemple, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire nº IT-95-17/1-T, jugement du 10 décembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1998*, vol. I, p. 466 et suiv., à la page 630, par. 246 (« S'il sait qu'un des crimes sera vraisemblablement commis et que l'un d'eux l'a été effectivement, [le complice] a eu l'intention de le faciliter et il est coupable de complicité. »).

[1052] Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (voir *supra* la note 1041), art. 6, par. 1.

[1053] Statut du Tribunal pour le Timor oriental (voir *supra* la note 1042), sect. 14.

[1054] Loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires (voir *supra* la note 1043), art. 29.

[1055] Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq (voir *supra* la note 1044), art. 15.

[1056] Statut des Chambres africaines extraordinaires (voir *supra* la note 1045), art. 10.

[1057] Statut de Rome, art. 25, par. 3 *a* à *d*.

[1058] Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. III *b* à *e*.

[1059] Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, art. II.

[1060] Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 6, par. 1 *a*.

Responsabilité du commandement ou du supérieur hiérarchique

16) Le paragraphe 3 du projet d'article 5 vise la question de la responsabilité du commandement ou du supérieur hiérarchique. D'une manière générale, ce paragraphe dispose que les supérieurs hiérarchiques sont pénalement responsables des crimes contre l'humanité commis par leurs subordonnés, dans des circonstances où le supérieur a manqué à son devoir par rapport au comportement de ses subordonnés.

17) Les juridictions internationales qui ont eu à connaître de crimes contre l'humanité retiennent la responsabilité pénale d'un chef militaire ou autre supérieur hiérarchique pour une infraction commise par ses subordonnés dans certaines circonstances[1061]. Tout particulièrement, le Tribunal militaire international de Nuremberg et le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (Tribunal de Tokyo) ont fait application du principe de la responsabilité du commandement à l'égard des chefs tant militaires que civils, une approche qui a influencé d'autres juridictions par la suite[1062]. Selon les termes employés par une chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda dans l'affaire *Le Procureur c. Alfred Musema*, « [c]oncernant la question de savoir si la forme de responsabilité pénale individuelle prévue au paragraphe 3 de l'Article 6 du Statut [du Tribunal pénal international pour le Rwanda] s'applique non seulement aux militaires, mais également aux personnes exerçant une fonction civile, il est important de noter que lors des procès de Tokyo, certaines autorités civiles ont été condamnées pour des crimes de guerre en application de ce principe[1063] ».

18) Aux termes du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « [l]e fait que l'un quelconque des actes visés aux articles 2 à 5 du présent statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs[1064] ». Plusieurs accusés ont ainsi été condamnés de ce chef par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie[1065]. La même disposition figure dans le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda[1066], qui a lui aussi condamné plusieurs accusés sur ce fondement[1067]. On retrouve une formulation analogue dans les textes régissant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone[1068], le Tribunal spécial pour le Liban[1069], les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental[1070], les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens[1071], la Cour pénale suprême d'Iraq[1072] et les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises[1073].

19) L'article 28 du Statut de Rome précise le critère d'imputabilité de la responsabilité pénale à un chef militaire ou toute personne faisant effectivement fonction de chef militaire à raison des actes commis par d'autres personnes[1074]. En règle générale, le supérieur hiérarchique encourt une responsabilité pénale dès lors qu'il : *a*) est rattaché aux auteurs des crimes par un lien de subordination ; *b*) savait ou aurait dû savoir que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et *c*) n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher l'exécution ou en réprimer les auteurs, ou pour saisir les autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites. Ce critère a commencé à influencer le développement de la « responsabilité du commandement » dans les ordres juridiques nationaux, en matière tant pénale que civile. L'article 28 du Statut de Rome envisage également les « relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés » dans un contexte non militaire ou civil, le supérieur hiérarchique pouvant être notamment le civil qui « dirige » des opérations militaires sans y « intervenir de fait ». En ce cas, le civil encourt une responsabilité pénale dès lors qu'il : *a*) est rattaché aux auteurs des crimes par un lien de subordination ; *b*) avait connaissance des crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations à ce sujet ; *c*) exerçait une autorité et un contrôle effectifs

[1061] Voir, par exemple, *United States of America v. Wilhelm von Leeb* et al. (« The High Command Case »), *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI, Washington, United States Government Printing Office, 1950, p. 543 et 544.

[1062] Ibid. ; voir également M. C. Bassiouni (dir. publ.), *International Criminal Law*, 3e éd., vol. III, *International Enforcement*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008, p. 461 ; et K. J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 262 et 263.

[1063] Voir *Le Procureur c. Alfred Musema*, affaire no ICTR-96-13-A, jugement du 27 janvier 2000, Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance I, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts 2000*, vol. II, p. 1512 et suiv., à la page 1562, par. 132.

[1064] Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (voir *supra* la note 1038), art. 7, par. 3.

[1065] Voir, par exemple, *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, affaire no IT-95-14/1-T, jugement du 25 juin 1999, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1999*, p. 512 et suiv., aux pages 564 à 572, par. 66 à 77 ; et *Le Procureur c. Zejnil Delalić* et al., affaire no IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1998*, vol. II, p. 950 et suiv., aux pages 1200 à 1254 et 1384 à 1522, par. 330 à 400 et 605 à 810.

[1066] Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (voir *supra* la note 1039), art. 6, par. 3.

[1067] Voir *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire no ICTR-96-4-T, jugement du 2 septembre 1998, Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance I, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts 1998*, vol. I, p. 45 et suiv. ; et *Le Procureur c. Jean Kambanda*, affaire no ICTR-97-23-S, jugement portant condamnation du 4 septembre 1998, Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance I, ibid., vol. II, p. 781 et suiv.

[1068] Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (voir *supra* la note 1041), art. 6, par. 3.

[1069] Statut du Tribunal spécial pour le Liban, résolution 1757 (2007) du Conseil de sécurité en date du 30 mai 2007 (annexe et pièce jointe), art. 3, par. 2.

[1070] Statut du Tribunal pour le Timor oriental (voir *supra* la note 1042), sect. 16.

[1071] Loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires (voir *supra* la note 1043), art. 29.

[1072] Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq (voir *supra* la note 1044), art. 15.

[1073] Statut des Chambres africaines extraordinaires (voir *supra* la note 1045), art. 10.

[1074] Voir, par exemple, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire no IT-95-14/2-T, jugement du 26 février 2001, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, par. 369.

sur les activités qui ont donné lieu aux crimes ; et *d*) n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution, ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

20) Une chambre de première instance de la Cour pénale internationale a appliqué ce critère en mars 2016 pour déclarer Jean-Pierre Bemba Gombo coupable de crimes contre l'humanité. Entre autres motifs, la chambre de première instance a considéré que M. Bemba était une personne faisant effectivement fonction de chef militaire qui savait que les troupes du Mouvement de Libération du Congo placées sous son autorité et son contrôle effectifs commettaient ou allaient commettre les crimes faisant l'objet de l'accusation. En outre, la chambre de première instance a estimé que M. Bemba n'avait pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou réprimer l'exécution de ces crimes par ses subordonnés durant les opérations militaires de 2002 et 2003 en République centrafricaine ou en référer aux autorités compétentes après que les crimes eurent été commis[1075].

21) Les lois internes prévoient elles aussi fréquemment cette forme de responsabilité pénale en cas de crimes de guerre, de génocide et de crimes contre l'humanité, mais en employant des critères différents. En outre, certains États n'ont pas développé ce critère s'agissant des crimes contre l'humanité. C'est pourquoi la Commission a jugé approprié d'établir une norme claire afin d'encourager l'harmonisation des législations nationales sur cette question[1076]. À cette fin, le libellé du paragraphe 3 du projet d'article 5 est calqué sur l'énoncé du critère dans le Statut de Rome.

22) Les traités visant des infractions autres que les crimes contre l'humanité reconnaissent aussi fréquemment la responsabilité du commandement ou du supérieur hiérarchique[1077].

Ordres d'un supérieur

23) Le paragraphe 4 du projet d'article 5 dispose que tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, le fait qu'une infraction visée dans cet article a été commise sur les ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale d'un subordonné.

24) Tous les systèmes juridiques qui répriment les crimes contre l'humanité prévoient à des degrés divers des motifs d'exonération de la responsabilité pénale. Par exemple, la plupart excluent la responsabilité de l'auteur présumé de l'infraction si celui-ci souffrait d'un trouble mental l'empêchant de mesurer l'illégalité de ses actes. Certains prévoient que l'état d'ivresse, au moins dans certaines circonstances, est également une cause d'exonération de la responsabilité pénale. L'état de légitime défense ou encore la contrainte résultant d'un danger imminent d'atteinte à l'intégrité physique ou de mort, voire, parfois, l'état de minorité, peuvent être autant de motifs d'exonération de la responsabilité de l'auteur présumé. Les motifs précis d'exonération varient d'un système juridique à un autre et, en ce qui concerne les systèmes juridiques nationaux, ils s'inscrivent habituellement dans la conception générale de la responsabilité pénale, et non pas seulement dans le contexte des crimes contre l'humanité.

25) En revanche, selon la plupart des systèmes juridiques qui répriment les crimes contre l'humanité, les auteurs présumés de tels crimes ne peuvent invoquer l'ordre d'un supérieur hiérarchique comme motif d'exonération de leur responsabilité pénale[1078]. Selon l'article 8 du Statut de Nuremberg, « [l]e fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son [g]ouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige ». Conformément à cet article, le Tribunal militaire international a estimé que « [l]'ordre reçu par un soldat de tuer ou de torturer, en violation du [d]roit international de la guerre, n'a jamais été regardé comme justifiant ces actes de violence[1079] ». De même, le Statut du Tribunal de Tokyo dispose en son article 6 que « ni la position officielle de l'accusé, à aucun moment, ni le fait qu'il a agi conformément aux ordres de son gouvernement ou d'un supérieur ne suffira en soi à dégager sa responsabilité du chef de tout crime dont il est inculpé, ces circonstances pouvant toutefois être considérées comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige[1080] ».

26) Si l'article 33 du Statut de Rome permet dans une certaine mesure d'invoquer l'obéissance à l'ordre d'un supérieur hiérarchique comme moyen de défense, ce n'est que pour les seuls crimes de guerre ; l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité ne relève pas de ce moyen de défense. Les instruments régissant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie[1081], le Tribunal pénal international pour le Rwanda[1082],

---

[1075] *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, jugement du 21 mars 2016 rendu en application de l'article 74 du Statut, Cour pénale internationale, Chambre de première instance III, par. 630, 638 et 734.

[1076] Voir le rapport de la Commission des droits de l'homme sur sa soixante et unième session, *Documents officiels du Conseil économique et social, 2005, Supplément n° 3* (E/2005/23-E/CN.4/2005/135), résolution 2005/81 du 21 avril 2005 sur l'impunité, par. 6 (priant instamment « tous les États de faire en sorte que tous les commandants et autres officiers supérieurs de l'armée soient informés des conditions dans lesquelles leur responsabilité pénale peut être engagée, en droit international, pour tout […] crime contre l'humanité […] et même, dans certaines circonstances, pour ces crimes lorsqu'ils sont commis par des subordonnés placés sous leur autorité et leur commandement »).

[1077] Voir, par exemple, Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 86, par. 2 ; et Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 6, par. 1.

[1078] Voir Commission des droits de l'homme, résolution 2005/81 sur l'impunité (note 1076 *supra*), par. 6 (priant instamment tous les États « de s'assurer que tous les personnels sont informés des restrictions prévues en droit international en matière de défense fondée sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur »).

[1079] *Procès des grands criminels de guerre…* (voir *supra* la note 1029), p. 497.

[1080] Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (Tokyo, 19 janvier 1946) [modifié le 26 avril 1946], C. I. Bevans (dir. publ.), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 4, Washington, Département d'État, 1968, p. 20, à la page 23, art. 6.

[1081] Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (voir *supra* la note 1038), art. 7, par. 4.

[1082] Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (voir *supra* la note 1039), art. 6, par. 4.

le Tribunal spécial pour la Sierra Leone[1083], le Tribunal spécial pour le Liban[1084], les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental[1085], les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens[1086], la Cour pénale suprême d'Iraq[1087] et les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises[1088] excluent également tout moyen de défense tiré de l'ordre d'un supérieur hiérarchique. Sans l'autoriser comme moyen de défense faisant obstacle aux poursuites, certains des systèmes internationaux et internes susmentionnés tiennent compte de l'obéissance à l'ordre d'un supérieur hiérarchique comme facteur d'atténuation de la peine[1089].

27) Plusieurs traités visant à réprimer certains crimes excluent de même toute justification tirée de l'ordre d'un supérieur, notamment : la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de 1984[1090] ; la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, de 1985[1091] ; la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, de 1994[1092] ; et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, de 2006[1093]. S'agissant de la Convention contre la torture, le Comité contre la torture a critiqué les législations nationales qui autorisent ce moyen de défense ou entretiennent l'ambiguïté sur ce point[1094]. Dans certains cas, le problème résulte du fait que le droit interne consacre le « devoir d'obéissance » comme moyen de défense[1095].

Prescription

28) En droit interne, un obstacle à la poursuite de l'auteur présumé de crimes contre l'humanité résulte de l'application de la « prescription », une règle qui interdit de poursuivre l'intéressé pour un crime commis plus d'un certain nombre d'années avant l'engagement de l'action. Le paragraphe 5 du projet d'article 5 dispose que tout État prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées dans le projet d'article ne se prescrivent pas.

29) Aucune règle relative à la prescription en matière de crimes internationaux, y compris les crimes contre l'humanité, n'a été inscrite dans le Statut de Nuremberg et le Statut du Tribunal de Tokyo, ni dans les textes constitutifs du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda ou du Tribunal spécial pour la Sierra Leone. En revanche, d'après la loi n° 10 du Conseil de contrôle, adoptée en décembre 1945 par le Conseil de contrôle allié en Allemagne pour que soient traduits en justice les auteurs présumés de crimes, les accusés jugés ou poursuivis pour crimes contre l'humanité (et pour crimes de guerre et crimes contre la paix) ne pouvaient bénéficier d'aucune prescription pour les crimes commis entre le 30 janvier 1933 et le 1er juillet 1945[1096]. De même, le Statut de Rome envisage expressément la question, en disposant que « [l]es crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas[1097] ». Les rédacteurs du Statut de Rome ont fortement insisté pour que cette disposition s'applique aux crimes contre l'humanité[1098]. La loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires le Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq et le Statut du Tribunal pour le Timor oriental qualifient eux aussi expressément les crimes contre l'humanité d'infractions imprescriptibles[1099].

[1083] Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (voir *supra* la note 1041), art. 6, par. 4.

[1084] Statut du Tribunal spécial pour le Liban (voir *supra* la note 1069), art. 3, par. 3.

[1085] Statut du Tribunal pour le Timor oriental (voir *supra* la note 1042), sect. 21.

[1086] Loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires (voir *supra* la note 1043), art. 29.

[1087] Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq (voir *supra* la note 1044), art. 15.

[1088] Statut des Chambres africaines extraordinaires (voir *supra* la note 1045), art. 10, par. 5.

[1089] Voir, par exemple, Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (note 1038 *supra*), art. 7, par. 4 ; Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (note 1039 *supra*), art. 6, par. 4 ; Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (note 1041 *supra*), art. 6, par. 4 ; et Statut du Tribunal pour le Timor oriental (note 1042 *supra*), sect. 21.

[1090] Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 2, par. 3 (« L'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture. »).

[1091] Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 4 (« Le fait d'avoir agi sur les ordres d'autorités supérieures n'exonère pas de la responsabilité pénale attachée à la perpétration du crime de torture. »).

[1092] Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, art. VIII (« N'est pas admise comme circonstance atténuante l'excuse de l'obéissance à des ordres ou instructions supérieurs qui obligent, autorisent ou encouragent la disparition forcée. Toute personne qui reçoit de tels ordres a le droit et le devoir de ne pas y obéir. »).

[1093] Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 6, par. 2 (« Aucun ordre ou instruction émanant d'une autorité publique, civile, militaire ou autre, ne peut être invoqué pour justifier un crime de disparition forcée. »). Ce projet de disposition « a été largement approuvé » au moment de la rédaction. Voir Commission des droits de l'homme, rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2004/59), par. 72 (voir également la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, résolution 47/133 de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 1992, art. 6).

[1094] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 44* (A/61/44), chap. III, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Guatemala, par. 32, al. 13.

[1095] Voir, par exemple, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 44* (A/59/44), chap. III, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Chili, par. 56 *i* ; voir aussi ibid., *soixantième session, Supplément n° 44* (A/60/44), chap. III, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Argentine, par. 31 *a* (prenant note avec satisfaction de « la déclaration de nullité absolue », par l'Argentine, de sa loi sur le devoir d'obéissance).

[1096] Loi n° 10 du Conseil de contrôle relative au châtiment des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité, art. II, par. 5, 20 décembre 1945, *Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, n° 3 (1946), p. 52.

[1097] Statut de Rome, art. 29.

[1098] Voir *Documents officiels de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour pénale internationale, Rome, 15 juin-17 juillet 1998*, vol. II : *Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* [A/CONF.183/13 (Vol. II), publication des Nations Unies, numéro de vente : F.02.I.5], deuxième séance de la Commission plénière (A/CONF.183/C.1/SR.2), p. 152 à 154, par. 45 à 74.

[1099] Loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires (voir *supra* la note 1043), art. 5 ; Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq (voir *supra* la note 1044), art. 17 *d* ; et Statut du Tribunal pour le Timor oriental (voir *supra* la note 1042),

30) S'agissant de la question de la prescription éventuelle de l'action contre un auteur présumé devant les juridictions internes, l'Assemblée générale a constaté en 1967 que « l'application aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité des règles de droit interne relatives à la prescription des crimes ordinaires inqui[était] profondément l'opinion publique mondiale car elle empêch[ait] que les personnes responsables de ces crimes soient poursuivies et châtiées[1100] ». L'année suivante, les États ont adopté la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, laquelle demande aux États parties de s'engager à prendre « toutes mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires pour assurer l'imprescriptibilité [de ces deux types de crimes], tant en ce qui concerne les poursuites qu'en ce qui concerne la peine[1101] ». Le Conseil de l'Europe a de même adopté, en 1974, la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, qui reprend sensiblement les mêmes termes[1102]. Désormais, aucun État doté d'une loi relative aux crimes contre l'humanité n'interdit l'exercice de poursuites de ce chef au-delà d'un certain laps de temps. Au contraire, nombreux sont les États qui ont expressément légiféré contre ce type de restriction.

31) Nombre de traités portant sur des infractions de droit interne autres que les crimes contre l'humanité n'excluent pas la prescription. Par exemple, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants n'exclut pas la prescription des infractions de torture. Cela étant, le Comité contre la torture a affirmé que, vu leur gravité, ces infractions ne devraient jamais se prescrire[1103]. De même, si le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne traite pas directement de la question, le Comité des droits de l'homme a demandé qu'il n'y ait pas de prescription pour les violations graves du Pacte[1104]. En revanche, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées envisage la question de la prescription, en disposant que « [t]out État partie qui applique un régime de prescription à la disparition forcée prend les mesures nécessaires pour que le délai de prescription de l'action pénale : *a*) [s]oit de longue durée et proportionné à l'extrême gravité de ce crime[1105] ». Selon les travaux préparatoires de la Convention, le but de cette disposition était de faire la distinction entre les infractions qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité − et devraient donc être imprescriptibles − et toutes les autres visées par la Convention[1106].

Peines appropriées

32) Le paragraphe 6 du projet d'article 5 dispose que tout État fait en sorte que les infractions visées dans le projet d'article soient passibles de peines appropriées qui prennent en compte leur gravité.

33) Dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, la Commission avait prévu ce qui suit : « Tout individu qui est responsable d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est passible de châtiment. Le châtiment est proportionnel au caractère et à la gravité de ce crime[1107]. » Le commentaire venait préciser que « [l]e caractère d'un crime est ce qui le distingue d'un autre crime […]. La gravité d'un crime se déduit des circonstances de sa commission et des sentiments qui ont animé son auteur[1108] ». Ainsi, « si l'acte criminel est juridiquement le même, les moyens et les procédés utilisés se situent à des degrés variables de dépravation et de cruauté. Ce sont tous ces éléments qui doivent guider le juge dans l'application de la peine[1109] ».

34) Dans la mesure où une juridiction internationale a compétence pour connaître de crimes contre l'humanité, les peines encourues de ce chef peuvent varier, mais doivent cependant être à la mesure de la gravité de l'infraction. Aux termes du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « [l]a Chambre de première instance n'impose que des peines d'emprisonnement. Pour fixer les conditions de l'emprisonnement, la Chambre de première instance a recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux de l'ex-Yougoslavie[1110] ». En outre, le Tribunal doit « [tenir] compte de facteurs tels que la gravité de l'infraction et la situation personnelle du condamné[1111] ». Le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda comporte une disposition identique, à ceci près qu'il prescrit au juge d'avoir recours à « la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux du Rwanda[1112] ». Même pour les crimes les plus graves ayant

art. 17.1 ; voir aussi le rapport de la Troisième Commission (A/57/806), par. 10 (Procès des Khmers rouges) et la résolution 57/228 B de l'Assemblée générale en date du 13 mai 2003. Il convient en outre de noter que les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont reçu compétence pour juger les crimes contre l'humanité commis plusieurs décennies avant leur création, entre 1975 et 1979, pendant que les Khmers rouges étaient au pouvoir.

[1100] Résolution 2338 (XXII) de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 1967, intitulée « Question du châtiment des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité » ; voir aussi la résolution 2712 (XXV) de l'Assemblée générale en date du 15 décembre 1970 ; et la résolution 2840 (XXVI) de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 1971.

[1101] Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, art. IV.

[1102] Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, art. 1.

[1103] Voir, par exemple, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 44* (A/62/44), chap. III, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Italie, par. 40, al. 19.

[1104] Voir, par exemple, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 40* [A/63/40 (Vol. I)], chap. IV, examen des rapports soumis par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte et de situations de pays en l'absence de rapports donnant lieu à des observations finales publiques, Panama, par. 79, al. 7.

[1105] Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 8, par. 1 *a*. En revanche, selon la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, en cas de disparition forcée, l'action pénale engagée et les peines imposées de ce chef ne sont pas sujettes à prescription.

[1106] Rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2004/59) [voir *supra* la note 1093], par. 43 à 46 et 56.

[1107] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 23, art. 3.

[1108] Ibid., paragraphe 3 du commentaire de l'article 3.

[1109] Ibid.

[1110] Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (voir *supra* la note 1038), art. 24, par. 1.

[1111] Ibid., art. 24, par. 2.

[1112] Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (voir *supra* la note 1039), art. 23, par. 1.

une portée internationale, les condamnations peuvent se traduire par des peines très variables. Le Statut de Rome ménage au juge la même latitude, en ce qu'il l'autorise à prononcer une peine d'emprisonnement à temps de trente ans au plus ou une peine d'emprisonnement à perpétuité, « si l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient[1113] ». Les textes régissant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone[1114], le Tribunal spécial pour le Liban[1115], les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental[1116], les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens[1117], la Cour pénale suprême d'Iraq[1118] et les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises[1119] comportent des dispositions analogues. De même, en cas d'incrimination en droit interne des crimes contre l'humanité, les peines encourues peuvent varier, mais doivent être proportionnelles à la gravité de l'infraction.

35) Les traités internationaux visant à réprimer certains crimes n'imposent pas les peines à infliger (ou à ne pas infliger), mais laissent au contraire aux États parties un pouvoir d'appréciation pour déterminer la sanction appropriée, compte tenu de la situation de l'auteur et de la nature de l'infraction[1120]. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide se borne à prescrire « des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés […][1121] ». Les Conventions de Genève de 1949 comportent également une règle générale laissant aux États toute latitude pour fixer la sanction appropriée, se bornant à exiger que « [l]es Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer [pour la commission de] l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention […][1122] ». Les traités plus récents visant l'incrimination d'infractions en droit interne prescrivent d'ordinaire que les sanctions soient « appropriées ». Bien que la Commission ait proposé au départ d'employer l'expression « peines sévères » dans son projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, les États ont retenu celle de « peines appropriées » dans la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, de 1973[1123]. Cette expression a été reprise dans des instruments ultérieurs. Outre l'imposition de « peines appropriées », la Convention de 1973 prescrit aux États parties de prendre en considération la « gravité » de l'infraction. La Commission a précisé dans le commentaire que cette mention était destinée à souligner l'idée que les peines imposées aux auteurs de telles infractions devaient tenir compte de l'importance des « intérêts mondiaux » en jeu[1124]. À partir de 1973, cette formule − disposant que tout « État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité » − a été reprise dans nombre d'instruments, dont la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[1125]. Certains traités évoquent parfois tantôt la « gravité », tantôt l'« extrême gravité » des infractions[1126].

Personnes morales

36) Les paragraphes 1 à 6 du projet d'article 5 concernent la responsabilité pénale des personnes physiques, bien que le terme « physique » n'y soit toutefois pas employé, dans un souci de cohérence avec les traités relatifs à la criminalité. Le paragraphe 7, quant à lui, traite de la responsabilité des « personnes morales » à l'égard des infractions visées dans le projet d'article 5.

37) Si, ces dernières années, le principe de la responsabilité pénale des personnes morales a été consacré en droit par de nombreux États, il n'en reste pas moins inconnu

[1113] Statut de Rome, art. 77, par. 1 *b*.

[1114] Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (voir *supra* la note 1041), art. 19.

[1115] Statut du Tribunal spécial pour le Liban (voir *supra* la note 1069), art. 24.

[1116] Statut du Tribunal pour le Timor oriental (voir *supra* la note 1042), sect. 10.

[1117] Loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires (voir *supra* la note 1043), art. 39.

[1118] Statut de la Cour pénale suprême d'Iraq (voir *supra* la note 1044), art. 24.

[1119] Statut des Chambres africaines extraordinaires (voir *supra* la note 1045), art. 24.

[1120] Voir le rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2004/59) [note 1093 *supra*], par. 58 (indiquant que « [p]lusieurs délégations ont salué la marge de manœuvre ménagée aux États » dans cette disposition) ; voir aussi le rapport du Comité spécial pour l'élaboration d'une convention internationale contre la prise d'otages, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-deuxième session, Supplément n° 39* (A/32/39), annexe I (comptes rendus analytiques des 1re à 19e séances du Comité), 13e séance (15 août 1977), par. 4 (observations similaires du représentant des États-Unis d'Amérique) ; et la résolution 2005/81 de la Commission des droits de l'homme sur l'impunité (note 1076 *supra*), par. 15 (engageant « tous les États […] à faire en sorte que les peines soient appropriées et proportionnées à la gravité du crime commis »).

[1121] Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. V.

[1122] Première Convention de Genève, art. 49 ; deuxième Convention de Genève, art. 50 ; troisième Convention de Genève, art. 129 ; et quatrième Convention de Genève, art. 146. Voir les commentaires de 2016 du Comité international de la Croix-Rouge sur l'article 49 de la première Convention de Genève (note 1036 *supra*), par. 2838 à 2846.

[1123] Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 2, par. 2 (« Tout État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées […] »). Concernant le projet d'articles adopté par la Commission à sa vingt-quatrième session, en 1972, voir *Annuaire… 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.1, p. 339 et suiv., en particulier la page 342, article 2, paragraphe 2.

[1124] Projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, *Annuaire… 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.1, paragraphe 12 du commentaire du projet d'article 2.

[1125] Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 4 ; voir aussi Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 9, par. 2 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 4 *b* ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 4 *b* ; et Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, art. 2 *a*.

[1126] Voir, par exemple, Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 7, par. 1 ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 6 ; et Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, art. III.

dans beaucoup d'autres[1127]. Là où elle est reconnue, la responsabilité pénale des personnes morales s'étend parfois aux crimes internationaux[1128]. Il est bien entendu que les actes pouvant mettre en jeu cette responsabilité sont commis par des personnes physiques, lesquelles exercent auprès de la personne morale des fonctions de représentant, de responsable, d'agent ou d'employé ou sont autrement affiliées à celle-ci. La responsabilité pénale de la personne morale est généralement engagée lorsque l'infraction a été commise par une personne physique pour le compte ou au bénéfice de la personne morale.

38) À ce jour, les juridictions pénales internationales ne se sont guère intéressées à la question de la responsabilité pénale des personnes morales. Les articles 9 et 10 du Statut de Nuremberg autorisaient le Tribunal militaire international à déclarer criminels tout groupe ou organisation auxquels un accusé appartenait, en conséquence de quoi d'autres personnes pouvaient être poursuivies pour leur adhésion à ce groupe ou à cette organisation. Dans le cadre des affaires jugées par le Tribunal et des procédures engagées ultérieurement au titre de la loi n° 10 du Conseil de contrôle, un certain nombre d'organisations ont ainsi été désignées comme criminelles, mais, en définitive, seules des personnes physiques ont été jugées et punies[1129]. Ni le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ni le Tribunal pénal international pour le Rwanda ne se sont vu reconnaître compétence à l'égard des personnes morales, non plus que le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, la Cour pénale suprême d'Iraq ou les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises. Les auteurs du Statut de Rome avaient constaté que « [l]es avis diverge[ai]ent profondément quant à l'opportunité d'inclure la responsabilité pénale des personnes morales dans le Statut[1130] » et, malgré des propositions faites en ce sens, le texte final ne contient aucune disposition sur la question.

39) Bon nombre de traités portant sur des crimes relevant de la compétence des tribunaux internes sont également muets en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales, notamment la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de 1948 ; les Conventions de Genève de 1949 ; la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, de 1970 ; la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, de 1973 ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de 1984 ; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, de 1997 ; et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, de 2006. Quant au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité établi par la Commission en 1996, il porte uniquement sur la responsabilité pénale « individuelle »[1131].

40) Le protocole portant modification du statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme adopté par l'Union africaine en 2014, qui n'est pas encore entré en vigueur, donne toutefois compétence à la nouvelle cour pour juger les personnes morales accusées de crimes internationaux, y compris les crimes contre l'humanité[1132]. En outre, bien que le Statut du Tribunal spécial pour le Liban ne donne pas expressément à celui-ci compétence à l'égard des personnes morales (ni des crimes contre l'humanité), en 2014, le Collège d'appel du Tribunal a jugé qu'une personne morale pouvait être poursuivie pour outrage[1133].

41) De surcroît, plusieurs traités consacrent la responsabilité des personnes morales pour des infractions pénales, parmi lesquels la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, de 1973[1134] ; la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, de 1989[1135] ; la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, de 1999[1136] ; la Convention des Nations Unies contre la criminalité

[1127] Voir, par exemple, *New TV S.A.L. et Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, affaire n° STL-14-05/PT/AP/AR126.1, arrêt du 2 octobre 2014 relatif à l'appel interlocutoire concernant la compétence personnelle du Tribunal en matière d'outrage, Tribunal spécial pour le Liban, Collège d'appel, par. 58 (« les pratiques en matière de responsabilité pénale des entreprises et de sanction à leur égard diffèrent selon les systèmes nationaux »).

[1128] Voir, par exemple, le Code pénal équatorien, *Registro Oficial, Suplemento, Año I, n° 180*, 10 février 2014, art. 90 (Sanction de la personne morale), où il est dit, dans une section portant sur les crimes contre l'humanité, que « [t]oute personne morale jugée responsable de l'une des infractions visées à la présente section sera punie de la perte de sa personnalité morale ».

[1129] Voir, par exemple, *United States of America v. Carl Krauch* et al. (« The Farben Case »), *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. VII et VIII, Washington, United States Government Printing Office, 1953 et 1952 respectivement.

[1130] *Documents officiels de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour pénale internationale, Rome, 15 juin-17 juillet 1998*, vol. III : *Rapports et autres documents* [A/CONF.183/13 (Vol. III), publication des Nations Unies, numéro de vente : F.02.I.5], rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour pénale internationale (A/CONF.183/2), projet de Statut, art. 23 (Responsabilité pénale individuelle), p. 31, par. 6, note de bas de page 71.

[1131] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 18, art. 2.

[1132] Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo), art. 46C.

[1133] *New TV S.A.L. et Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, arrêt du 2 octobre 2014 (voir *supra* la note 1127). En définitive, le Tribunal a jugé que la personne morale, Al Jadeed TV, n'était pas coupable. Voir *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V. S.A.L. (N.T.V.) et Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, affaire n° STL-14-05/T/CJ, jugement du 18 septembre 2015, Tribunal spécial pour le Liban, Juge compétent en matière d'outrage, par. 55 ; et *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V. S.A.L. (N.T.V.) et Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, affaire n° STL-14-05/A/AP, arrêt du 8 mars 2016, Tribunal spécial pour le Liban, Collège d'appel.

[1134] Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. 1er, par. 2 (« Les États parties à la présente Convention déclarent criminels les organisations, les institutions et les individus qui commettent le crime d'*apartheid*. »).

[1135] Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, art. 2, par. 14 (« Aux fins de la présente Convention : […] [o]n entend par "personne" toute personne physique ou morale »), et art. 4, par. 3 (« Les Parties considèrent que le trafic illicite de déchets dangereux ou d'autres déchets constitue une infraction pénale. »).

[1136] Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 5. Pour les propositions présentées au cours des négociations qui ont conduit à l'adoption de l'article 5, voir le rapport du Groupe de travail sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international (A/C.6/54/L.2).

transnationale organisée, de 2000[1137] ; le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, de 2000[1138], la Convention des Nations Unies contre la corruption, de 2003[1139], le Protocole de 2005 au Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental[1140] ; et divers autres instruments conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe[1141]. Le principe est également affirmé dans des instruments régionaux, principalement dans le contexte de la corruption[1142]. En général, ces textes ne définissent pas l'expression « personne morale », laissant à l'État le soin d'appliquer la définition retenue dans sa législation.

42) Eu égard à la possibilité que des personnes morales participent à des actes commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile, la Commission a décidé d'inclure dans le projet d'articles une disposition sur la responsabilité des personnes morales pour les crimes contre l'humanité. Elle a retenu une formulation largement acceptée dans le contexte d'autres crimes et qui laisse aux États une marge de manœuvre considérable dans l'exécution de l'obligation mise à leur charge.

43) Le paragraphe 7 du projet d'article 5 est inspiré du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, adopté par l'Assemblée générale en 2000[1143] et entré en vigueur en 2002. En août 2016, 173 États étaient parties à cet instrument et 9 l'avaient signé, mais pas encore ratifié. En application du paragraphe 1 de l'article 3 du Protocole facultatif, les États parties sont tenus d'incriminer certains actes en droit pénal, notamment la vente d'enfants à des fins d'exploitation sexuelle et le fait d'offrir un enfant à des fins de prostitution. Aux termes du paragraphe 4 de l'article 3, « [s]ous réserve des dispositions de son droit interne, tout État Partie prend, s'il y a lieu, les mesures qui s'imposent, afin d'établir la responsabilité des personnes morales pour les infractions visées au paragraphe 1 du présent [a]rticle. Selon les principes juridiques de l'État Partie, cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative ».

44) Le paragraphe 7 du projet d'article 5 reprend cette formulation, à ceci près que l'expression « État Partie » y est remplacée par « État » et le membre de phrase « pour les infractions visées au paragraphe 1 du présent [a]rticle », par « pour les infractions visées dans le présent projet d'article ». Le paragraphe 7 fait obligation à l'État de prendre des mesures, partant du principe que celui-ci doit agir de bonne foi, tout en lui donnant la latitude voulue pour que les mesures en question soient adaptées à sa législation. Premièrement, l'expression « [s]ous réserve des dispositions de son droit interne » doit s'entendre comme accordant à l'État une discrétion considérable quant aux mesures à adopter, l'obligation prenant effet « sous réserve » des dispositions de droit interne relatives à la responsabilité des personnes morales pour des infractions pénales. De fait, selon la plupart des législations internes, seuls certains types de personnes morales peuvent voir leur responsabilité engagée pour des infractions pénales, les États, les gouvernements, les autres entités publiques agissant dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et les organisations internationales étant généralement exclus du champ d'application de cette responsabilité[1144]. La mise en jeu de la responsabilité de la personne morale en droit interne peut également dépendre de l'éventail des personnes physiques dont le comportement peut être attribué à la personne morale, des formes de responsabilité des personnes physiques pouvant engager la responsabilité de la personne morale, de la nécessité ou non de prouver qu'une intention coupable animait la personne physique aux fins de l'établissement de la responsabilité de la personne morale, et de la nécessité ou non d'identifier la personne physique qui a commis l'infraction[1145].

45) Deuxièmement, l'État est tenu de prendre « s'il y a lieu » des mesures pour établir la responsabilité des personnes morales. Même si son droit interne l'autorise en général à établir pénalement la responsabilité d'une personne morale, il lui appartient de décider de l'opportunité de ce faire dans le contexte particulier des crimes contre l'humanité.

46) En ce qui concerne les mesures adoptées, la deuxième phrase du paragraphe 7 se lit comme suit :

[1137] Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 10.

[1138] Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, art. 3, par. 4.

[1139] Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 26. Pour l'historique de l'adoption de la Convention, voir Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (publication des Nations Unies en format électronique, juin 2012), p. 247 à 249, et *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (2e éd. révisée, 2012), p. 94 à 101. Pour la convention analogue adoptée par l'Organisation de coopération et de développement économiques, voir Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, art. 2 (« Chaque Partie prend les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger. »).

[1140] Protocole de 2005 au Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, art. 5.

[1141] Voir, par exemple, Convention pénale sur la corruption, art. 18, complétée par son protocole additionnel de 2003, relatif à la corruption des arbitres et des jurés ; voir aussi Convention européenne pour la répression du terrorisme, art. 10.

[1142] Voir, par exemple, Convention interaméricaine contre la corruption, art. VIII ; Protocole de la Communauté de développement de l'Afrique australe contre la corruption, art. 4, par. 2 ; et Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, art. 11, par. 1.

[1143] Résolution 54/263 de l'Assemblée générale, en date du 25 mai 2000, annexe II.

[1144] La Convention pénale sur la corruption adoptée par le Conseil de l'Europe exclut expressément ces entités du champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales (voir, par exemple, l'article 1 *d* : « Aux fins de la présente Convention : […] "personne morale" s'entend de toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, exception faite des États ou des autres entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et des organisations internationales publiques. »).

[1145] Pour un bref aperçu des divergences entre les différents systèmes de *common law* et de tradition civiliste, voir *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V. S.A.L. (N.T.V.) et Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, jugement du 18 septembre 2015 (note 1133 *supra*), par. 63 à 67.

« Selon les principes juridiques de l'État, cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative. » Cette formule figure non seulement dans le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, ainsi que cela est mentionné plus haut, mais aussi dans d'autres traités auxquels de nombreux États ont adhéré, parmi lesquels la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, de 2000[1146], et la Convention des Nations Unies contre la corruption, de 2003[1147]. Là encore, le libellé retenu laisse à l'État une certaine marge de manœuvre, destinée à tenir compte de la diversité des approches adoptées en droit interne. Rien en soi n'oblige l'État à établir la responsabilité pénale ; si cela est incompatible avec ses principes juridiques, il peut, alternativement, engager une forme de responsabilité civile ou administrative. En tout état de cause, qu'elle soit pénale, civile ou administrative, la responsabilité de la personne morale est sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques prévue au projet d'article 5.

Article 6. Établissement de la compétence nationale

1. Tout État prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées au projet d'article 5 dans les cas suivants :

***a*) quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous sa juridiction ou à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé dans cet État ;**

***b*) quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État ou, si cet État le juge approprié, un apatride qui réside habituellement sur son territoire ;**

***c*) quand la victime est un ressortissant dudit État si cet État le juge approprié.**

2. Tout État prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées au projet d'article 5 dans les cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où il ne l'extrade ou ne le remet pas conformément au présent projet d'articles.

3. Le présent projet d'articles n'exclut l'exercice d'aucune compétence pénale établie par un État conformément à son droit interne.

Commentaire

1) Le projet d'article 6 dispose que chaque État doit établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées au projet d'article 5 dans certains cas, par exemple lorsque le crime se produit sur un territoire sous sa juridiction, a été commis par l'un de ses ressortissants ou lorsque l'auteur de l'infraction se trouve sur un territoire sous sa juridiction.

2) D'une manière générale, les instruments internationaux visent à encourager les États à établir en droit interne un éventail assez large de chefs de compétence pour saisir les crimes les plus graves de portée internationale, et priver leurs auteurs de tout sanctuaire. Ainsi, aux termes du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité établi par la Commission en 1996, « chaque État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des crimes » visés dans le projet de code, à l'exception de celui d'agression, « quels que soient le lieu ou l'auteur de ces crimes »[1148]. Une compétence aussi étendue s'imposait d'autant que « [l]a Commission a estimé que l'application effective [dudit] code exigeait, en matière de compétence, une approche conjuguant la plus large compétence des juridictions nationales avec la compétence possible d'une cour criminelle internationale[1149] ». Dans le préambule du Statut de Rome, il est affirmé que « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national », et il est en outre rappelé « qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux ».

3) Ainsi, lorsqu'ils visent leur application en droit interne, les traités répressifs consacrent d'ordinaire une disposition à l'établissement d'une compétence nationale. C'est ainsi, par exemple, qu'un groupe de travail de la Commission des droits de l'homme chargé de rédiger un instrument international sur les disparitions forcées a conclu, à l'issue de ses discussions, que « [l]'établissement d'une compétence la plus large possible au profit des juridictions pénales nationales en matière de disparition forcée paraît être une condition d'efficacité du futur instrument[1150] ». Toutefois, ces traités ne prescrivent généralement aux États parties d'exercer leur compétence que lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur leur territoire (voir le projet d'article 8), ce qui ouvre la voie à des poursuites internes, à l'extradition de l'auteur présumé, ou encore à la remise de celui-ci à un autre État partie ou à une juridiction internationale compétente (voir le projet d'article 9).

4) Évoquant la consécration d'une telle obligation dans les traités, en particulier dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains

[1146] Art. 10, par. 2 (« Sous réserve des principes juridiques de l'État Partie, la responsabilité des personnes morales peut être pénale, civile ou administrative. ») ; voir aussi Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 5, par. 1 (« Chaque État Partie, conformément aux principes de son droit interne, prend les mesures nécessaires pour que la responsabilité d'une personne morale située sur son territoire ou constituée sous l'empire de sa législation soit engagée lorsqu'une personne responsable de la direction ou du contrôle de cette personne morale a, en cette qualité, commis une infraction visée à l'article 2. Cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative. »).

[1147] Art. 26, par. 2 (« Sous réserve des principes juridiques de l'État Partie, la responsabilité des personnes morales peut être pénale, civile ou administrative. »).

[1148] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 28, art. 8.

[1149] Ibid., p. 29, paragraphe 5 du commentaire de l'article 8.

[1150] Commission des droits de l'homme, rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2003/71), par. 65.

ou dégradants, la Cour internationale de Justice a fait observer ce qui suit dans l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* :

> L'obligation de l'État d'incriminer la torture et d'établir sa compétence pour en connaître trouve son équivalent dans les dispositions de nombreuses conventions internationales de lutte contre les crimes internationaux. Cette obligation, qui doit être mise en œuvre par l'État concerné dès qu'il est lié par la Convention, a notamment un caractère préventif et dissuasif puisque, en se dotant de l'arsenal juridique nécessaire pour poursuivre ce type d'infraction, les États parties garantissent l'intervention de leur système judiciaire à cet effet et s'engagent à coordonner leurs efforts pour éliminer tout risque d'impunité. Ce caractère préventif est d'autant plus marqué que le nombre des États parties est élevé[1151].

5) Des dispositions comparables à celles du projet d'article 6 existent dans de nombreux traités répressifs[1152]. Même s'il n'existe pas encore de traité relatif aux crimes contre l'humanité, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont indiqué ce qui suit dans leur opinion individuelle commune :

> La série de traités multilatéraux avec leurs dispositions juridictionnelles spéciales montre que la communauté internationale est résolue à agir pour que ceux qui commettent des crimes de guerre, des détournements d'aéronefs, des prises d'otages ou des actes de torture ne demeurent pas impunis. Bien que les crimes contre l'humanité ne fassent pas encore l'objet d'une convention distincte, on ne peut douter que de tels actes suscitent une indignation internationale comparable[1153].

6) Ainsi, en son paragraphe 1 *a*, le projet d'article 6 prescrit à l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise d'établir sa compétence à l'égard de celle-ci, compétence souvent dite « compétence territoriale ». Au lieu de mentionner uniquement le « territoire » de l'État, la Commission a jugé approprié de viser tout territoire « sous sa juridiction », de façon à englober le territoire *de jure* de l'État, ainsi que celui placé sous sa juridiction ou son contrôle de facto. Cette terminologie est alignée sur celle employée dans d'autres traités pertinents en la matière. Le texte du projet d'article 4 devra être réexaminé à l'avenir à des fins de cohérence terminologique[1154]. En outre, la compétence territoriale s'étend souvent aux infractions commises à bord de navires ou d'aéronefs immatriculés dans l'État ; de fait, les États qui répriment les crimes contre l'humanité établissent d'ordinaire leur compétence à l'égard de tous actes commis à bord de tels navires ou aéronefs.

7) En son paragraphe 1 *b*, le projet d'article 6 prescrit à l'État dont l'auteur présumé de l'infraction est ressortissant d'établir sa compétence aux fins de connaître de cette infraction, cette compétence fondée sur la nationalité de l'auteur de l'infraction étant aussi appelée « compétence personnelle active ». En outre, selon le paragraphe 1 *b*, l'État peut, s'il le souhaite, établir sa compétence lorsque l'auteur est « un apatride qui réside habituellement sur son territoire ». Cette formulation est fondée sur celle de certaines dispositions de conventions existantes, comme le paragraphe 1 *b* de l'article 5 de la Convention internationale contre la prise d'otages.

8) En son paragraphe 1 *c*, le projet d'article 6 vise la compétence de l'État dont la victime de l'infraction est ressortissante, une compétence aussi appelée « compétence personnelle passive ». Étant donné que de nombreux États préfèrent ne pas exercer cette compétence, celle-ci est facultative ; un État peut se déclarer compétent s'il « le juge approprié », mais il n'est pas tenu de le faire. Cette formulation est aussi fondée sur le libellé de dispositions d'un large éventail de conventions existantes.

9) En son paragraphe 2, le projet d'article 6 envisage l'hypothèse où, d'autres titres de compétence ne trouvant pas application, l'auteur présumé de l'infraction « se trouve » cependant sur un territoire relevant de la juridiction de l'État et où celui-ci n'extrade ou ne remet pas cette personne conformément au présent projet d'articles. En pareil cas, même si le crime n'a pas été commis sur son territoire, et si ni l'auteur présumé ni les victimes ne sont ses ressortissants, l'État est néanmoins tenu d'établir sa compétence, dès lors que l'auteur présumé se trouve sur un territoire sous sa juridiction. L'intérêt de cette obligation est d'empêcher l'auteur présumé de l'infraction de tenter de trouver refuge dans un État sans lien quelconque avec l'infraction.

10) Le paragraphe 3 du projet d'article 6 indique clairement que, si tout État a l'obligation d'établir certains types de compétence, cela n'exclut aucun autre chef de compétence prévu par le droit interne de l'État concerné. En effet, pour sauvegarder le droit de tout État partie d'aller au-delà des prescriptions conventionnelles en établissant sa compétence nationale, et sans préjudice des règles de droit international applicables, les traités répressifs laissent généralement ouverte la possibilité qu'un État partie ait établi d'autres chefs de compétence juridictionnelle pour amener l'auteur présumé de telle ou telle infraction à en répondre[1155]. Dans leur opinion individuelle commune

---

[1151] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, à la page 451, par. 75.

[1152] Voir, par exemple, Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 4 ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, art. 5, par. 1 *a* et *b* ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 3 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 5 ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 12 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 5 ; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 10 ; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, art. IV ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 6 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 7 ; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, art. 6, par. 1 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 15 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 9, par. 1 et 2 ; et Convention de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme, art. VII, par. 1 à 3.

[1153] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J Recueil 2002*, p. 3, opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, à la page 78, par. 51.

[1154] Voir *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 50, art. 4, par. 1 *a* (visant « tout territoire sous sa juridiction ou son contrôle »).

[1155] Voir Comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée, Projet de convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée : texte révisé (A/AC.254/4/Rev.4), note de bas de page 102 ; voir également Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention pénale

en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, citant notamment une disposition analogue de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ont déclaré ce qui suit :

> Nous repoussons l'idée que la lutte contre l'impunité est « transférée » aux traités et tribunaux internationaux, les tribunaux nationaux n'ayant pas compétence en la matière. On a pris grand soin, lorsqu'on a formulé les dispositions conventionnelles pertinentes, de ne pas exclure d'autres chefs de compétence, laquelle peut être exercée sur une base volontaire[1156].

11) L'établissement des différents types de compétence nationale prévus par le projet d'article 6 est important pour appuyer une obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), telle qu'énoncée au projet d'article 9. Dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, le juge Guillaume a fait observer ce qui suit au sujet du « système » institué par les traités en question :

> Lorsque l'auteur de l'une des infractions couvertes par ces conventions est trouvé sur le territoire d'un État, ce dernier est dans l'obligation de l'arrêter, puis de l'extrader ou de le poursuivre. *Il doit avoir au préalable conféré compétence à ses tribunaux pour juger l'intéressé en l'absence d'extradition**. De la sorte est assurée une répression universelle des infractions en cause, leurs auteurs ne pouvant trouver refuge sur le territoire d'aucun État[1157].

Article 7. Enquête

Tout État veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en voie d'être commis sur tout territoire sous sa juridiction.

Commentaire

1) Le projet d'article 7 envisage l'hypothèse où il existe des motifs raisonnables de croire que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en voie d'être commis sur un territoire relevant de la juridiction d'un État. Cet État est le mieux placé pour mener pareille enquête, afin de déterminer si effectivement des crimes ont été commis ou sont en voie de l'être et, dans l'affirmative, s'ils sont le fait de forces gouvernementales sous son contrôle, de forces sous le contrôle d'un autre État ou de membres d'une organisation non étatique. Cette enquête peut permettre à l'État non seulement d'identifier les auteurs présumés et de déterminer le lieu où ils se trouvent, mais aussi de prévenir la perpétuation ou la répétition des crimes en en décelant l'origine. Cette enquête est à distinguer de l'enquête préliminaire destinée à établir les faits concernant tel ou tel auteur présumé bien identifié qui se trouve dans un État, laquelle est visée au paragraphe 2 du projet d'article 8.

2) Une obligation analogue figure dans certains autres traités répressifs[1158]. Par exemple, l'article 12 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dispose ce qui suit : « Tout État partie veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture a été commis sur tout territoire sous sa juridiction. » Cette obligation est différente de celle faite à l'État partie en vertu du paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention contre la torture de mener une enquête visant à établir les faits concernant tel ou tel auteur présumé bien identifié. Comme indiqué, l'article 12 de la Convention contre la torture exige que l'enquête soit menée chaque fois qu'il y a « des motifs raisonnables de croire » que l'infraction a été commise, indépendamment de la question de savoir si les victimes ont officiellement porté plainte auprès des autorités de l'État[1159]. En effet, comme il est probable que plus la pratique de la torture est systématique dans un État donné, moins elle suscitera de plaintes officielles, il peut y avoir violation de l'article 12 de la Convention contre la torture même en l'absence de toute plainte. Selon le Comité contre la torture, les autorités de l'État doivent « procéder immédiatement » à l'enquête chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture ou de mauvais traitement a été commis « sans que le motif du soupçon ait une importance particulière »[1160].

3) Le Comité contre la torture a également conclu à des violations de l'article 12 lorsque l'enquête de l'État n'a pas été « immédiate et impartiale[1161] ». L'exigence de diligence signifie que l'État doit ouvrir une enquête sur-le-champ ou sans retard dès qu'il suspecte qu'il y a eu crime. Dans la plupart des cas où le Comité a conclu à un défaut de diligence, il n'avait été procédé à aucune enquête ou l'enquête était intervenue bien tardivement. Le Comité a ainsi considéré « qu'un délai de 15 mois avant l'ouverture d'une enquête sur des allégations de torture est abusivement long et n'est pas conforme aux dispositions de l'article 12 de la Convention[1162] ». L'intérêt de cette exigence tient à ceci

---

sur la corruption, *Série des Traités européens*, n° 173, par. 83 [« La compétence repose traditionnellement sur la territorialité ou la nationalité. Or, en matière de corruption, ces principes ne sont pas toujours suffisants pour qu'un État puisse exercer sa compétence, par exemple lorsque l'infraction est commise hors du territoire d'une Partie contractante ou n'implique pas ses ressortissants, tout en affectant ses intérêts (par exemple la sécurité nationale). Le paragraphe 4 de cet article autorise les Parties à établir, conformément à leur législation nationale, d'autres types de compétence. »].

[1156] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 1153), opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, aux pages 78 et 79, par. 51.

[1157] Ibid., opinion individuelle du juge Guillaume, par. 9.

[1158] Voir, par exemple, Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 8 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 12, par. 2 ; Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, art. 55, par. 1.

[1159] Voir *Blanco Abad c. Espagne*, communication n° 59/1996, constatations adoptées le 14 mai 1998, par. 8.2, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 44* (A/53/44), annexe X, sect. A.3 ; et *Danilo Dimitrijevic c. Serbie-et-Monténégro*, communication n° 172/2000, décision adoptée le 16 novembre 2005, par. 7.3, ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 44* (A/61/44), annexe VIII, sect. A.

[1160] Voir *Dhaou Belgacem Thabti c. Tunisie*, communication n° 187/2001, décision adoptée le 14 novembre 2003, par. 10.4, ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 44* (A/59/44), annexe VII, sect. A.

[1161] Voir, par exemple, *Bairamov c. Kazakhstan*, communication n° 497/2012, décision adoptée le 14 mai 2014, par. 8.7 et 8.8, ibid., *soixante-neuvième session, Supplément n° 44* (A/69/44), annexe XIV.

[1162] *Qani Halimi-Nedzibi c. Autriche*, communication n° 8/1991, constatations adoptées le 18 novembre 1993, par. 13.5, ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 44* (A/49/44), annexe V.

que les traces sur la personne de la victime permettant de prouver la torture peuvent disparaître rapidement et que la victime s'expose au risque d'être à nouveau torturée, ce que la célérité de l'enquête est susceptible de prévenir[1163].

4) L'exigence d'impartialité signifie que l'État doit procéder avec sérieux, efficacité et objectivité. Dans certains cas d'allégations de torture, le Comité contre la torture a recommandé que les enquêtes aient lieu « sous la surveillance de juges indépendants appartenant au pouvoir judiciaire[1164] ». Dans d'autres cas, il a recommandé « [d]'interdire de façon absolue à tout organisme d'État qui n'est pas habilité judiciairement pour ce faire, de mener des enquêtes sur des affaires pénales[1165] ». Selon le Comité, une enquête impartiale suppose que l'on accorde le même poids aux déclarations à charge et à décharge et que l'on mette en œuvre tous les moyens d'investigation utiles, s'agissant par exemple de vérifier les dossiers officiels disponibles, d'entendre les fonctionnaires incriminés ou d'ordonner l'exhumation de corps[1166].

5) On a néanmoins cru déceler une obligation implicite d'enquêter dans certains traités qui ne l'énoncent pas expressément. Par exemple, bien que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'édicte pas expressément cette obligation, le Comité des droits de l'homme a affirmé plus d'une fois que les États devaient enquêter de bonne foi sur les violations du Pacte[1167]. Des organismes régionaux de protection des droits de l'homme ont également interprété leurs textes juridiques comme consacrant une obligation tacite de procéder à une enquête[1168].

[1163] *Blanco Abad c. Espagne* (voir *supra* la note 1159), par. 8.2.

[1164] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément nº 44* (A/49/44), chap. IV, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Équateur, par. 97 à 105, au paragraphe 105.

[1165] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément nº 44* (A/56/44), chap. IV, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention, Guatemala, par. 67 à 76, au paragraphe 76 *d*.

[1166] *Khaled Ben M'Barek c. Tunisie*, communication nº 60/1996, constatations adoptées le 10 novembre 1999, par. 11.9 et 11.10, ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément nº 44* (A/55/44), annexe VIII, sect. A.

[1167] Voir Comité des droits de l'homme, observation générale nº 31 (2004) sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément nº 40* [A/59/40 (Vol. I)], annexe III, par. 15 ; voir également *Nazriev c. Tadjikistan*, communication nº 1044/2002, constatations adoptées le 17 mars 2006, par. 8.2, ibid., *soixante et unième session, Supplément nº 40* [A/61/40 (Vol. II)], annexe V, sect. P ; *Kouidis c. Grèce*, communication nº 1070/2002, constatations adoptées le 28 mars 2006, par. 9, ibid., *soixante et unième session, Supplément nº 40* [A/61/40 (Vol. II)], annexe V, sect. T ; *Agabekov c. Ouzbékistan*, communication nº 1071/2002, constatations adoptées le 16 mars 2007, par. 7.2, ibid., *soixante-deuxième session, Supplément nº 40* [A/62/40 (Vol. II)], annexe VII, sect. I ; *Karimov c. Tadjikistan* et *Nursatov c. Tadjikistan*, communications nºs 1108/2002 et 1121/2002, constatations adoptées le 26 mars 2007, par. 7.2, ibid., *soixante-deuxième session, Supplément nº 40* [A/62/40 (Vol. II)], annexe VII, sect. H.

[1168] Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Ergi c. Turquie*, 28 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV, par. 82, 85 et 86 ; *Batı et autres c. Turquie*, nºs 33097/96 et 57834/00, CEDH 2004-IV (extraits), par. 133 ; *Paniagua Morales et autres c. Guatemala*, arrêt (fond) du 8 mars 1998, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C nº 37 ; et *Extrajudicial Executions and Forced Disappearances of Persons v. Peru*, rapport nº 101/01, 11 octobre 2001, Commission interaméricaine des droits de l'homme (OEA/Ser./L/V/II.114 doc. 5 rev.), p. 563.

Article 8. Mesures préliminaires lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur le territoire

1. S'il estime que les circonstances le justifient, après avoir examiné les renseignements dont il dispose, tout État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction visée au projet d'article 5 assure la détention de cette personne ou prend toutes autres mesures juridiques nécessaires pour assurer sa présence. Cette détention et ces mesures doivent être conformes à la législation dudit État ; elles ne peuvent être maintenues que pendant le délai nécessaire à l'engagement de poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition ou de remise.

2. Ledit État procède immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits.

3. Lorsqu'un État a mis une personne en détention préventive, conformément aux dispositions du présent projet d'article, il avise immédiatement de cette détention et des circonstances qui la justifient les États visés au paragraphe 1 du projet d'article 6. L'État qui procède à l'enquête préliminaire visée au paragraphe 2 du présent projet d'article en communique rapidement les conclusions auxdits États et leur indique s'il entend exercer sa compétence.

Commentaire

1) Le projet d'article 8 impose à l'État sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé de l'infraction se trouve de prendre certaines mesures préliminaires. Le paragraphe 1 prévoit que l'État doit placer l'intéressé en détention ou prendre toutes autres mesures juridiques conformes à sa législation qui sont nécessaires pour assurer sa présence, ces mesures ne pouvant toutefois être maintenues que pendant le délai nécessaire à l'engagement de poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition ou de remise. L'adoption de pareilles mesures, étape courante des procédures pénales de droit interne, vise en particulier à empêcher l'auteur présumé de l'infraction de commettre d'autres crimes et de prendre la fuite.

2) En application du paragraphe 2, l'État est tenu de procéder immédiatement à une enquête préliminaire sur les faits. Les législations pénales internes prévoient généralement l'exécution d'enquêtes préliminaires, l'objectif étant de déterminer si une infraction pouvant entraîner l'exercice de l'action publique a été commise.

3) Le paragraphe 3 dispose que l'État avise immédiatement les États visés au paragraphe 1 du projet d'article 6 des mesures qu'il a prises et les informe de son intention d'engager ou non des poursuites. Cela permet à ces autres États de décider s'ils souhaitent exercer leur compétence et, le cas échéant, de présenter une demande d'extradition. Il se peut que l'État ne sache pas au juste quels autres États ont établi leur compétence (un État pouvant par exemple avoir établi sa compétence à titre facultatif à l'égard d'un apatride qui a sa résidence habituelle sur son territoire), auquel cas la possibilité de s'acquitter de l'obligation peut dépendre des circonstances.

4) L'Assemblée générale et le Conseil de sécurité ont tous deux reconnu l'importance de telles mesures préliminaires dans le contexte des crimes contre l'humanité. Ainsi l'Assemblée générale a-t-elle demandé « à tous les États que cela concerne d'adopter les mesures nécessaires en vue d'une instruction rigoureuse des […] crimes contre l'humanité […] et en vue du dépistage, de l'arrestation, de l'extradition et du châtiment de tous les […] individus coupables de crimes contre l'humanité qui n'ont pas encore répondu de leurs méfaits devant la justice et n'ont pas subi leur châtiment[1169] ». Dans le même ordre d'idée, l'Assemblée générale a déclaré que « le refus de la part d'un État de coopérer en vue de l'arrestation, de l'extradition, du jugement et du châtiment d'individus coupables de […] crimes contre l'humanité [était] contraire aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes généralement reconnues du droit international[1170] ». Le Conseil de sécurité a souligné que « les États [étaie]nt tenus de se conformer aux obligations qui leur incombent en matière de lutte contre l'impunité et de prendre des mesures concrètes pour asseoir le principe de la responsabilité en menant des enquêtes approfondies et en poursuivant les auteurs de […] crimes contre l'humanité et d'autres violations graves du droit international humanitaire afin de prévenir les violations, d'éviter qu'elles ne se reproduisent et de promouvoir une paix durable, la justice, la vérité et la réconciliation[1171] ».

5) Les traités relatifs à la criminalité contiennent généralement des dispositions prévoyant l'adoption de ce type de mesures préliminaires[1172], tel l'article 6 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ayant examiné, notamment, le contenu de l'article 6 de la Convention contre la torture, la Cour internationale de Justice a expliqué que « l'introduction en droit interne de la législation appropriée […] permettrait à l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect de procéder immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits […], étape nécessaire pour que cet État puisse, en connaissance de cause, soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale […][1173] ». La Cour a estimé que l'enquête préliminaire était destinée, comme toute enquête menée par les autorités compétentes, à corroborer ou non les soupçons qui pesaient sur l'intéressé. Il revenait à ces autorités d'établir un dossier en rassemblant les faits et les éléments de preuve, « qu'il s'agisse de documents ou de témoignages se rapportant aux événements en cause et à l'implication éventuelle du suspect dans le contexte en question[1174] ». La Cour a en outre fait observer que « le choix des moyens, pour mener l'enquête, rest[ait] entre les mains des États parties », mais que « des mesures [devaient être] prises aussitôt que le suspect [était] identifié sur le territoire de l'État, afin de conduire une enquête au sujet de ladite affaire »[1175]. De plus, l'objet de telles mesures préliminaires était de « permettre l'engagement de poursuites contre le suspect, à défaut d'extradition, et la réalisation de l'objet et du but de la Convention, qui est d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture, en évitant l'impunité des auteurs de tels actes[1176] ».

Article 9. Aut dedere aut judicare

L'État sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé de l'infraction se trouve soumet l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, s'il n'extrade ou ne remet pas cette personne à un autre État ou à une juridiction pénale internationale compétente. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction ayant un caractère grave en vertu du droit de cet État.

Commentaire

1) Le projet d'article 9 fait obligation à l'État sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé de l'infraction se trouve de poursuivre l'intéressé devant une juridiction interne. À défaut, la seule autre possibilité offerte à l'État est d'extrader l'auteur présumé de l'infraction ou de le remettre à un autre État ou à une juridiction pénale internationale qui est disposé à le juger et a les moyens de le faire. Cette obligation, communément appelée « principe *aut dedere aut judicare* », a récemment fait l'objet d'un examen par la Commission[1177] et est consacrée par de nombreux traités multilatéraux relatifs à la répression de la criminalité[1178]. De crainte qu'une traduction littérale ne rende pas fidèlement le sens de l'expression *aut dedere aut judicare*, la Commission a décidé de retenir celle-ci telle quelle dans le titre du projet d'article, d'autant qu'elle est couramment employée lorsqu'il est fait référence à l'obligation qu'elle recouvre.

2) Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité établi par la Commission en 1996, qui définit les crimes contre l'humanité en son article 18, dispose en son article 9 que « [s]ans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale, l'État

[1169] Résolution 2583 (XXIV) de l'Assemblée générale en date du 15 décembre 1969, sur la question du châtiment des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité, par. 1.

[1170] Résolution 2840 (XXVI) de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 1971, sur la question du châtiment des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité, par. 4.

[1171] Résolution 1894 (2009) du Conseil de sécurité en date du 11 novembre 2009, par. 10.

[1172] Voir, par exemple, Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 6 ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, art. 6 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 6 ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 8 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 7 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 9 ; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, art. 7 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 10 ; et Convention de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme, art. VIII.

[1173] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra* la note 1151), à la page 450, par. 72.

[1174] Ibid., à la page 453, par. 83.

[1175] Ibid., à la page 454, par. 86.

[1176] Ibid., à la page 451, par. 74.

[1177] Voir *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), chap. VI.

[1178] Voir l'étude du Secrétariat intitulée « Examen des conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission du droit international sur le sujet intitulé "L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)" », *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/630.

partie sur le territoire duquel l'auteur présumé d'un crime visé à l'article 17, 18, 19 ou 20 est découvert extrade ou poursuit ce dernier[1179] ».

3) La plupart des traités multilatéraux consacrant cette obligation[1180] reprennent une formulation communément appelée « formule de La Haye », qui trouve son origine dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye en 1970[1181]. Selon celle-ci, l'État est tenu d'extrader ou de poursuivre l'auteur présumé de l'infraction dès lors que celui-ci se trouve sur son territoire, et ce, qu'un autre État partie ait demandé son extradition ou non. Si elle est couramment dite « d'extrader ou de "poursuivre" », l'obligation consiste en réalité pour l'État à « soumet[tre] l'affaire […] à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale », c'est-à-dire à saisir le ministère public, à charge pour celui-ci d'apprécier l'opportunité d'engager des poursuites. On retiendra en particulier que, si les autorités compétentes estiment qu'il n'existe pas d'indices suffisants de culpabilité, il n'y a pas lieu d'inculper, de juger ni de punir le suspect[1182]. Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, la formule consacre « [l']obligation de répression, [la] possibilité d'extradition, [l']obligation de transmission du dossier au ministère public et [la] possibilité de poursuites[1183] ».

4) Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, la Cour internationale de Justice s'est intéressée à la formule de La Haye au regard de l'article 7 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et a dit ce qui suit :

> 90. Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la Convention, le paragraphe 1 de l'article 7 s'inspire d'une disposition similaire contenue dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye le 16 décembre 1970. L'obligation de soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale (ci-après l'« obligation de poursuivre ») a été conçue de manière à laisser à celles-ci le soin de décider s'il y a lieu ou non d'engager des poursuites, dans le respect de l'indépendance du système judiciaire respectif des États parties. Les deux conventions précitées soulignent d'ailleurs que ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu du droit de cet État (paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention contre la torture et article 7 de la Convention de La Haye de 1970). Il en découle que les autorités compétentes saisies gardent la maîtrise du déclenchement des poursuites, en fonction des preuves à leur disposition et des règles pertinentes de la procédure pénale.
>
> 91. L'obligation de poursuivre prévue au paragraphe 1 de l'article 7 est normalement mise en œuvre, dans le contexte de la Convention contre la torture, après que l'État s'est acquitté des autres obligations prévues dans les articles précédents, qui lui imposent d'adopter une législation adéquate pour incriminer la torture, de conférer à ses tribunaux une compétence universelle en la matière et d'effectuer une enquête pour établir les faits. Ces obligations, dans leur ensemble, peuvent être considérées comme des éléments d'un même dispositif conventionnel visant à éviter que les suspects ne puissent échapper à la mise en jeu, s'il y a lieu, de leur responsabilité pénale […].
>
> […]
>
> 94. La Cour considère que le paragraphe 1 de l'article 7 impose à l'État concerné l'obligation de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, indépendamment de l'existence, au préalable, d'une demande d'extradition à l'encontre du suspect. C'est pour cela que le paragraphe 2 de l'article 6 oblige l'État à procéder immédiatement à une enquête préliminaire, aussitôt que le suspect se trouve sur son territoire. L'obligation de saisine des autorités compétentes, en vertu du paragraphe 1 de l'article 7, peut déboucher ou non sur l'engagement de poursuites en fonction de l'appréciation par celles-ci des éléments de preuve à leur disposition, relatifs aux charges qui pèsent sur le suspect.
>
> 95. En revanche, si l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect est saisi d'une demande d'extradition dans l'un des cas prévus par les dispositions de la Convention, il peut se libérer de son obligation de poursuivre en faisant droit à la demande d'extradition. Il en résulte que le choix entre l'extradition et l'engagement des poursuites, en vertu de la Convention, ne revient pas à mettre les deux éléments de l'alternative sur le même plan. En effet, l'extradition est une option offerte par la Convention à l'État, alors que la poursuite est une obligation internationale, prévue par la Convention, dont la violation engage la responsabilité de l'État pour fait illicite.
>
> […]
>
> 114. Le paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention ne contient aucune indication quant aux délais d'exécution de l'obligation qu'il prévoit, mais le texte implique nécessairement que celle-ci doit s'appliquer dans un délai raisonnable, de façon compatible avec l'objet et le but de la Convention.
>
> 115. La Cour considère que l'obligation de l'État de poursuivre, prévue au paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention, est destinée à permettre la réalisation de l'objet et du but de celle-ci, qui est « d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture » (préambule de la Convention). C'est pour cela que les poursuites doivent être engagées sans retard.
>
> […]
>
> 120. Ces dispositions conventionnelles visent à éviter l'impunité des auteurs présumés d'actes de torture, en faisant en sorte qu'ils ne puissent pas trouver refuge auprès de l'un quelconque des États parties. L'État sur le territoire duquel se trouve le suspect a certes la

---

[1179] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 32, art. 9 ; voir aussi la résolution 2005/81 de la Commission des droits de l'homme sur l'impunité (note 1076 *supra*), par. 2 (où la Commission estime que « les États doivent poursuivre ou extrader les auteurs – ainsi que leurs complices – de crimes internationaux comme […] les crimes contre l'humanité […] conformément à leurs obligations internationales, afin de les traduire en justice, et prie instamment tous les États de prendre des mesures concrètes pour s'acquitter de ces obligations »).

[1180] Convention pour la prévention ou la répression des actes de terrorisme qui prennent la forme de délits contre les personnes ainsi que de l'extorsion connexe à ces délits lorsque de tels actes ont des répercussions internationales, art. 5 ; Convention de l'Organisation de l'Unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique, art. 8 et 9, par. 2 et 3 ; Convention européenne pour la répression du terrorisme, art. 7 ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 14 ; Convention régionale de l'Association sud-asiatique de coopération régionale (ASACR) sur la répression du terrorisme, art. IV ; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, art. 6 ; Convention interaméricaine sur le trafic international des mineurs, art. 9 ; Convention interaméricaine contre la corruption, art. XIII, par. 6 ; Convention interaméricaine contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de munitions, d'explosifs et d'autres matériels connexes, art. XIX, par. 6 ; Convention arabe relative à la répression du terrorisme, art. 6 ; Convention pénale sur la corruption, art. 27, par. 5 ; Convention de l'Organisation de la Conférence islamique pour combattre le terrorisme international, art. 6 ; Convention sur la cybercriminalité, art. 24, par. 6 ; Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, art. 15, par. 6 ; Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, art. 18 ; Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, art. 31, par. 3 ; et Convention de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme, art. XIII, par. 1.

[1181] Voir, en particulier, l'article 7 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs.

[1182] Voir l'étude du Secrétariat intitulée « Examen des conventions multilatérales… » (A/CN.4/630) [note 1178 *supra*], p. 378 et 379, par. 145 à 147.

[1183] Déclaration de Gilbert Guillaume (Président du Sous-Comité du Comité juridique chargé de la question de la capture illicite d'aéronefs et délégué de la France), *Comité juridique de l'Organisation de l'aviation civile internationale, dix-septième session, Montréal, 9 février-11 mars 1970, Procès-verbaux et documentation relatifs à la question de la capture illicite d'aéronefs*, document 8877-LC/161, 30e séance (3 mars 1970), par. 15.

possibilité d'extrader ce dernier vers un pays qui en a fait la demande, mais à condition que ce soit vers l'un des États prévus à l'article 5 de la Convention, qui est compétent, à un titre ou à un autre, pour le poursuivre et le juger[1184].

5) La Cour a en outre estimé que ne pouvaient venir justifier le non-respect de ces obligations ni les difficultés financières rencontrées par l'État[1185], ni la saisine d'une organisation régionale[1186], ni des problèmes d'applicabilité au regard du droit interne de l'État[1187].

6) Il ressort de la première phrase du projet d'article 9 que l'État peut s'acquitter de l'obligation qui lui incombe soit en extradant le suspect vers un autre État, soit en le remettant à un autre État ou à une juridiction pénale internationale compétente. Cette troisième option est apparue avec la création de la Cour pénale internationale et d'autres tribunaux pénaux internationaux[1188]. Bien que l'« extradition » soit généralement associée au renvoi devant les autorités d'un État et la « remise » au renvoi devant une juridiction pénale internationale compétente, le projet d'article 9 est libellé de manière à ne pas ainsi restreindre l'emploi de ces expressions. Sachant que la terminologie du droit pénal varie d'un État à l'autre et entre les instruments internationaux[1189], la Commission a préféré retenir une formulation couvrant toutes les situations. De surcroît, si elle a envisagé de signaler dans le projet d'article 9 que l'État devait avoir reconnu la compétence de la juridiction pénale internationale de renvoi[1190], elle a néanmoins estimé que pareille précision n'était pas nécessaire.

7) La deuxième phrase du projet d'article 9 prévoit que, lorsqu'un État exerce des poursuites pénales contre le suspect ou extrade ou remet celui-ci, ses « autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction ayant un caractère grave en vertu du droit de cet État ». La plupart des traités reprenant la formule de La Haye contiennent une disposition de ce type, l'objectif étant de garantir le respect des procédures et des règles de la preuve habituellement applicables en cas d'infraction grave.

Article 10. Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction

1. Toute personne objet de mesures à raison de l'une des infractions visées au projet d'article 5 jouit de la garantie à tous les stades de la procédure d'un traitement équitable, y compris d'un procès équitable, et de la pleine protection des droits qu'elle tire du droit interne et du droit international applicables, y compris le droit des droits de l'homme.

2. Toute personne qui est incarcérée, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention dans un État autre que son État de nationalité est en droit :

***a*) de communiquer sans retard avec le plus proche représentant qualifié de l'État ou des États dont elle a la nationalité ou qui est autrement habilité à protéger les droits de ladite personne ou, s'il s'agit d'une personne apatride, de l'État qui est disposé, sur la demande de cette personne, à protéger ses droits ;**

***b*) de recevoir la visite d'un représentant de cet État ou de ces États ; et**

***c*) d'être informée sans retard des droits que lui confère le présent paragraphe.**

3. Les droits visés au paragraphe 2 s'exercent dans le cadre des lois et règlements de l'État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve la personne, étant entendu que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du paragraphe 2.

Commentaire

1) Le projet d'article 10 porte précisément sur l'obligation de l'État de garantir à l'auteur présumé qui se trouve sur un territoire relevant de sa juridiction un traitement équitable, y compris un procès équitable et la pleine protection de ses droits. Le projet d'article 10 reconnaît en outre le droit de l'auteur présumé incarcéré ou en état de détention préventive ou toute autre forme de détention dans un État autre que son État de nationalité de communiquer avec un représentant de ce dernier État.

2) Dans tous les États, la loi organise, à des degrés divers, des garanties ou des protections en faveur de quiconque est l'objet d'une enquête, d'une détention, d'un jugement ou d'une sanction du chef de toute infraction pénale. Ces garanties et protections qui peuvent être consacrées par la constitution, un texte de loi, un règlement administratif ou la jurisprudence, peuvent en outre résulter d'une codification détaillée, ou d'une énonciation générale prescrivant le « traitement équitable », le « respect des droits de la défense ou de la légalité », des « garanties judiciaires » ou « l'égale protection de la loi ». Ces garanties et protections sont éminemment importantes, le but étant d'empêcher l'État d'exercer irrégulièrement l'extraordinaire pouvoir de sa justice pénale contre tout suspect, en sauvegardant notamment la faculté qui appartient à ce dernier de contester toutes allégations portées contre lui par le ministère public devant un tribunal indépendant (pourvoyant ainsi à l'« égalité des armes »).

3) Désormais, d'importantes protections sont également bien reconnues en droit pénal international et en droit international des droits de l'homme. Dans leur énonciation la plus générale, elles sont consacrées par les

---

[1184] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra* la note 1151), aux pages 454 à 456, 460 et 461, par. 90, 91, 94, 95, 114, 115 et 120.

[1185] Ibid., à la page 460, par. 112.

[1186] Ibid.

[1187] Ibid., à la page 460, par. 113.

[1188] Voir *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 107, par. 35.

[1189] Voir, par exemple, Union européenne, Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *Journal officiel des Communautés européennes*, L 190 (18 juillet 2002), p. 1, disponible à l'adresse suivante : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:fr:HTML. Aux termes du paragraphe 1 de l'article premier de la Décision-cadre, « [l]e mandat d'arrêt européen est une décision judiciaire émise par un État membre en vue de l'arrestation et de la *remise** par un autre État membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté ».

[1190] Voir Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 11, par. 1.

articles 10 et 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948[1191], des normes plus précises liant les États étant énoncées à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En règle générale, les instruments qui fixent les règles applicables par les juridictions internationales s'efforcent de préciser les règles énoncées à l'article 14 du Pacte, tandis que les traités relatifs au droit interne posent un principe général censé reconnaître et englober les règles mêmes de l'article 14 et celles d'autres instruments pertinents « à tous les stades » de la procédure concernant l'auteur présumé[1192].

4) Ces traités relatifs au droit interne ne précisent pas le sens de la notion de « traitement équitable », mais l'on considère que l'expression englobe les droits qui appartiennent en propre à l'accusé tels ceux qu'il tire de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ainsi, en rédigeant l'article 8 du projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, la Commission a affirmé que l'expression « traitement équitable » à tous les stades de la procédure était « censée englober toutes les garanties généralement accordées à une personne détenue ou accusée », et qu'« [u]n exemple de garanties de ce genre figur[ait] à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »[1193]. La Commission a en outre ajouté que « l'expression "traitement équitable" a[vait] été préférée à des expressions plus usuelles telles que "droits de la défense", "procédure équitable" ou "procès équitable", qui [auraient pu] être interprétées dans un sens strictement technique[1194] ». Enfin, la Commission a également précisé que la formulation « tous les stades de la procédure » était « destiné[e] à sauvegarder les droits de l'auteur présumé de l'infraction à partir du moment où il est découvert et où des mesures sont prises pour que sa présence soit assurée jusqu'à ce qu'une décision définitive intervienne sur l'affaire[1195] ».

5) Bien que l'expression « traitement équitable » recouvre la notion de « procès équitable », nombre de traités en font expressément mention pour souligner son importance. Le Comité des droits de l'homme a ainsi estimé que ce droit était « un élément clef de la protection des droits de l'homme » et « un moyen de procédure pour préserver la primauté du droit »[1196]. C'est pourquoi le paragraphe 1 du projet d'article 10 offre la garantie « d'un traitement équitable, y compris d'un procès équitable ».

6) Outre le droit à un traitement équitable, l'auteur présumé a droit au plus haut degré de protection de ses droits, que ceux-ci découlent du droit interne ou du droit international applicable, y compris le droit des droits de l'homme. Ces droits sont énoncés dans les constitutions, lois ou règlements relevant des systèmes juridiques nationaux des États. Sur le plan international, ils sont consacrés par les traités relatifs aux droits de l'homme de portée mondiale ou régionale[1197] ou d'autres instruments applicables[1198]. De même, le paragraphe 1 du projet d'article 10 reconnaît que l'État est tenu de garantir la pleine protection des droits que l'auteur présumé « tire du droit interne et du droit international applicables, y compris le droit des droits de l'homme ».

7) Le paragraphe 2 du projet d'article 10 a trait aux obligations de l'État à l'égard de l'auteur présumé qui n'a pas sa nationalité et qui est « incarcér[é], en état de détention préventive ou toute autre forme de détention » sur son territoire. Ce membre de phrase doit être compris comme englobant toutes les situations dans lesquelles l'État limite la possibilité pour la personne de communiquer librement avec un représentant de son État de nationalité ou de recevoir la visite d'un tel représentant. Dans de telles situations, l'État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve l'auteur présumé est tenu d'autoriser ce dernier à communiquer sans retard avec le représentant qualifié le plus proche de l'État ou des États dont il a la nationalité, ou de l'État ou des États autrement habilités à protéger ses droits. De plus, l'auteur présumé a le droit de recevoir la visite d'un représentant de cet État ou de ces États. Enfin, il a le droit d'être informé sans retard de ces droits. Par ailleurs, le paragraphe 2 garantit également ces droits aux apatrides, exigeant que ceux-ci aient le droit de communiquer sans retard avec le plus proche représentant qualifié de l'État qui, à leur demande, est disposé à protéger leurs droits, et de recevoir la visite de ce représentant.

8) Ces droits sont énoncés plus en détail au paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les

---

[1191] Résolution 217 (III) A de l'Assemblée générale en date du 10 décembre 1948.

[1192] Voir, par exemple, Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 9 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 8, par. 2 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 7, par. 3 ; Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, art. 10, par. 2 ; Convention relative aux droits de l'enfant, art. 40, par. 2 *b* ; Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires, art. 11 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 14 ; Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, art. 17, par. 2 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 17 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 16, par. 13 ; Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 44, par. 14 ; Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, art. 12 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 11, par. 3 ; et Convention de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme, art. VIII, par. 1.

[1193] *Annuaire… 1972*, vol. II, document A/8710/rev.1, p. 348 et 349, commentaire de l'article 8.

[1194] Ibid.

[1195] Ibid.

[1196] Comité des droits de l'homme, observation générale n° 32 (2007) sur le droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 40* [A/62/40 (Vol. I)], annexe VI, par. 2 ; voir également les paragraphes 18 à 28.

[1197] Voir, par exemple, Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica), art. 8 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 7 ; et Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), art. 6.

[1198] Voir, par exemple, Déclaration universelle des droits de l'homme (note 1191 *supra*) ; Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (Bogota, 2 mai 1948), adoptée par la neuvième Conférence internationale des États américains, disponible à l'adresse suivante : www.cidh.oas.org/Basicos/French/b.declaration.htm ; Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam, résolution 49/19-P de l'Organisation de la Conférence islamique, annexe, disponible à l'adresse suivante : www.oic-iphrc.org/fr/data/docs/legal_instruments/OIC_HRRIT/942045.pdf ; et Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

relations consulaires, de 1963, qui confère des droits à la personne détenue et à son État de nationalité[1199], et par le droit international coutumier. En règle générale, les traités répressifs récents ne sont pas aussi détaillés et se bornent, comme le paragraphe 2 du projet d'article 10, à réaffirmer le droit de l'auteur présumé de communiquer avec un représentant de son État de nationalité (ou, si l'auteur présumé est apatride, de l'État où il réside habituellement ou qui est autrement disposé à protéger ses droits) et de recevoir sa visite[1200].

9) Le paragraphe 3 du projet d'article 10 dispose que les droits visés au paragraphe 2 doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve la personne, pour autant que ces lois et règlements ne font pas obstacle à la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés. Ces lois et règlements peuvent porter, par exemple, sur le pouvoir d'un magistrat instructeur de restreindre les communications pour protéger les victimes et les témoins, ou sur les conditions générales du droit de visite dans les lieux de détention. On trouve une disposition comparable au paragraphe 2 de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires et dans de nombreux traités répressifs[1201]. Sur cette disposition, la Commission a donné les explications suivantes dans le commentaire de ce qui est devenu la Convention de Vienne sur les relations consulaires :

> *5*) Tous les droits qui viennent d'être mentionnés s'exercent conformément aux lois et règlements de l'État de résidence. C'est ainsi que les visites aux personnes détenues ou incarcérées seront autorisées conformément aux dispositions des codes de procédure pénale et des règlements concernant le régime pénitentiaire. Les codes de procédure pénale subordonnent en règle générale la visite que l'on veut faire à une personne détenue, contre laquelle une instruction criminelle ou un procès criminel est en cours, à l'autorisation du juge d'instruction qui aura à décider selon les besoins de l'instruction. Dans le cas précité, le fonctionnaire consulaire doit demander la permission du juge d'instruction. S'il s'agit d'une personne incarcérée en exécution d'un jugement, le règlement pénitentiaire régissant les visites qui peuvent être rendues aux personnes détenues s'applique également aux visites que le fonctionnaire consulaire voudrait rendre à une personne incarcérée qui est ressortissante de l'État d'envoi.
>
> […]
>
> *7*) Si les droits prévus au présent article doivent s'exercer conformément aux lois et règlements de l'État de résidence, cela ne veut pas dire que ces lois et règlements pourraient mettre à néant les droits dont il s'agit[1202].

10) Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a jugé que les « droits » visés au paragraphe 2 de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires « désign[ai]ent non seulement les droits de 1'État d'envoi, mais aussi ceux des personnes détenues[1203] ».

[1199] Voir *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 466, à la page 492, par. 74 (« Le paragraphe 1 de l'article 36 institue un régime dont les divers éléments sont interdépendants et qui est conçu pour faciliter la mise en œuvre du système de protection consulaire. »), et à la page 494, par. 77 (« Compte tenu du libellé de ces dispositions, la Cour conclut que le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels »).

[1200] Voir, par exemple, Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, art. 6 ; Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, art. 6, par. 3 ; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 6, par. 2 ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 6, par. 3 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 6, par. 3 ; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 17, par. 2 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 7, par. 3 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 9, par. 3 ; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, art. 7, par. 3 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 10, par. 3 ; et Convention de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme, art. VIII, par. 4.

[1201] Voir, par exemple, Convention internationale contre la prise d'otages, art. 4 ; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 7, par. 4 ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 9, par. 4 ; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, art. 7, par. 4 ; et Convention de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme, art. VIII, par. 5.

[1202] *Annuaire… 1961*, vol. II, document A/4843, p. 117, commentaire de l'article 36 du projet d'articles relatifs aux relations consulaires, par. 5 et 7.

[1203] *LaGrand* (voir *supra* la note 1199), à la page 497, par. 89.

Chapitre VIII

PROTECTION DE L'ATMOSPHÈRE

A. Introduction

86. La Commission, à sa soixante-cinquième session (2013), a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Protection de l'atmosphère », en subordonnant cette inscription à certaines conditions, et a nommé M. Shinya Murase Rapporteur spécial[1204].

87. La Commission a reçu et examiné le premier rapport du Rapporteur spécial[1205] à sa soixante-sixième session (2014) et le deuxième rapport[1206] à sa soixante-septième session (2015). Sur la base des projets de directive proposés par le Rapporteur spécial dans le deuxième rapport, la Commission a adopté provisoirement trois projets de directive et quatre alinéas du préambule, ainsi que des commentaires s'y rapportant[1207].

B. Examen du sujet à la présente session

88. À la présente session, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/692). À la suite de ses deux précédents rapports, le Rapporteur spécial analysait plusieurs questions clefs intéressant le sujet, à savoir l'obligation faite aux États de prévenir la pollution atmosphérique et d'atténuer la dégradation de l'atmosphère et les impératifs de diligence et d'étude d'impact sur l'environnement. Il abordait aussi des questions concernant l'utilisation durable et équitable de l'atmosphère et les restrictions d'ordre juridique mises à certaines activités tendant à modifier intentionnellement l'atmosphère. Dans cette perspective, le Rapporteur spécial proposait des projets de directive sur l'obligation des États de protéger l'atmosphère, l'étude d'impact environnemental, l'utilisation durable de l'atmosphère, l'utilisation équitable de l'atmosphère et la géo-ingénierie. Il proposait aussi d'ajouter un alinéa au préambule, qui en serait le quatrième, et de renuméroter le projet de directive sur la coopération internationale provisoirement adopté par la Commission en 2015.

89. Le Rapporteur spécial indiquait qu'en 2017 la Commission pourrait traiter la question des rapports entre le droit de l'atmosphère et d'autres branches du droit international (droit de la mer, droit international du commerce et de l'investissement, droit international des droits de l'homme, etc.) et, en 2018, les questions d'application et de respect des directives et de règlement des différends touchant la protection de l'atmosphère, l'intention étant d'achever l'examen du sujet en première lecture la même année.

90. La Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial à ses 3306e, 3307e, 3308e et 3311e séances, les 27 et 31 mai et 1er et 7 juin 2016.

91. Le débat à la Commission a été précédé d'un dialogue avec des scientifiques organisé par le Rapporteur spécial le 4 mai 2016[1208]. Les membres de la Commission ont jugé utiles ce dialogue et les contributions qu'il avait suscitées.

[1204] À sa 3197e séance, le 9 août 2013 [voir *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 83, par. 168]. La Commission a inscrit le sujet à son programme de travail aux conditions suivantes : « *a*) Les travaux sur ce sujet seraient conduits de façon à ne pas empiéter sur les négociations politiques concernant, notamment, les changements climatiques, l'appauvrissement de la couche d'ozone ou la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance. Les travaux ne concerneraient pas non plus des questions telles que la responsabilité de l'État et de ses ressortissants, le principe "pollueur-payeur", le principe de précaution, les responsabilités communes mais différenciées, et le transfert de fonds et de technologie, y compris des droits de propriété intellectuelle, vers les pays en développement, mais seraient aussi sans préjudice de ces questions. *b*) Dans le cadre des travaux sur ce sujet, la Commission ne traiterait pas non plus de questions relatives à certaines substances qui font l'objet de négociations interétatiques, comme le noir de carbone ou l'ozone troposphérique, et d'autres substances à double impact. Le projet ne viserait pas à "combler" les lacunes des régimes conventionnels. *c*) Les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation, seraient exclues du sujet. *d*) Les travaux de la Commission sur le sujet viseraient à élaborer un projet de directives, sans chercher à compléter les régimes conventionnels actuels par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques. Les rapports du Rapporteur spécial seraient fondés sur le respect de ces conditions. » L'Assemblée générale, au paragraphe 6 de sa résolution 68/112 du 16 décembre 2013, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Le sujet a été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa soixante-troisième session [*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 180, par. 365], sur la base de la proposition contenue à l'annexe II du rapport de la Commission sur les travaux de cette même session (ibid., p 195 et suiv.).

[1205] *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/667.

[1206] *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/681.

[1207] Ibid., vol. II (2e partie), p. 18 et suiv., par. 53 et 54.

[1208] Le dialogue avec les scientifiques sur la protection de l'atmosphère était présidé par le Rapporteur spécial, M. Shinya Murase. M. Øystein Hov, Président de la Commission des sciences de l'atmosphère de l'Organisation météorologique mondiale, a traité le thème de la géo-ingénierie (« Geoengineering − a way forward? ») ; M. Peringe Grennfelt, Président du Groupe de travail des effets (Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance) de la Commission économique pour l'Europe, a traité les liens entre la pollution atmosphérique transfrontière et les changements climatiques (« Linkages between transboundary air pollution and climate change ») ; M. Christian Blondin, Directeur du Cabinet du Secrétaire général et du Bureau des relations extérieures de l'Organisation météorologique mondiale, a analysé les aspects scientifiques de l'Accord de Paris de 2015 (« Scientific aspects of the 2015 Paris Agreement ») ; M. Valentin Foltescu, Chef de l'Unité de l'évaluation thématique de la Division de l'alerte rapide et de l'évaluation du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), a présenté un aperçu des données les plus récentes sur les effets de la pollution atmosphérique (« An overview of the latest findings and estimates of the effects of air pollution ») ; M. Masa Nagai, Directeur adjoint de la Division du droit et des conventions relatifs à l'environnement du PNUE, a abordé la question des liens entre la science et le droit (« Linking science with law »). Le dialogue a été suivi par une séance de questions-réponses. Le résumé du dialogue informel est disponible sur le site Web de la Commission.

92. À l'issue de son débat sur le rapport, la Commission, à sa 3311e séance, le 7 juin 2016, a décidé de renvoyer les projets de directives 3, 4, 5, 6 et 7, ainsi que le quatrième alinéa du préambule, tels qu'ils figuraient dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, au Comité de rédaction.

93. À sa 3314e séance, le 4 juillet 2016, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction. À sa 3315e séance, le 5 juillet 2016, elle a examiné et adopté provisoirement cinq projets de directive et un alinéa du préambule (voir *infra* la section C.1).

94. De sa 3341e à sa 3343e séance, les 9 et 10 août 2016, la Commission a adopté les commentaires des projets de directive provisoirement adoptés à la présente session (voir *infra* la section C.2).

C. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par la Commission à ce jour

1. Texte des projets de directive et des alinéas du préambule

95. Le texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par la Commission à ce jour est reproduit ci-après.

Préambule

[…]

Conscients **que l'atmosphère est indispensable à la vie sur terre, à la santé et au bien-être de l'homme, et aux écosystèmes aquatiques et terrestres,**

Ayant à l'esprit **que des substances polluantes et des substances de dégradation sont transportées et propagées dans l'atmosphère,**

Reconnaissant **par conséquent que la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique est une préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale,**

Conscients **de la situation et des besoins particuliers des pays en développement,**

Rappelant **que le présent projet de directives ne doit pas empiéter sur les négociations politiques concernant, notamment, les changements climatiques, l'appauvrissement de la couche d'ozone ou la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, et qu'il ne vise pas non plus à «combler» les lacunes des régimes conventionnels actuels ni à compléter ceux-ci par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques,**

[Ultérieurement, des alinéas pourront être ajoutés et l'ordre des alinéas existants pourra être modifié.]

[…]

Directive 1. Définitions

Aux fins du présent projet de directives :

***a*) par «atmosphère», on entend l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre ;**

***b*) par «pollution atmosphérique», on entend l'émission ou le rejet dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances contribuant à des effets nocifs qui s'étendent au-delà de l'État d'origine et qui sont de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre ;**

***c*) par «dégradation atmosphérique», on entend toute altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques, qui a des effets nocifs significatifs de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre.**

Directive 2[1209]. Champ d'application des directives

1. Le présent projet de directives [contient des principes directeurs concernant] [traite de] la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

2. Le présent projet de directives ne traite pas de questions relatives au principe «pollueur-payeur», au principe de précaution, aux responsabilités communes mais différenciées, à la responsabilité de l'État et de ses ressortissants, et au transfert de fonds et de technologie, y compris des droits de propriété intellectuelle, vers les pays en développement, mais est aussi sans préjudice de ces questions.

3. Le présent projet de directives ne traite pas de certaines substances, telles que le carbone noir, l'ozone troposphérique et d'autres substances à double impact, qui font l'objet de négociations interétatiques.

4. Rien dans le présent projet de directives ne remet en cause le statut de l'espace aérien dans le droit international applicable ni les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation.

Directive 3. Obligation de protéger l'atmosphère

Les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère en faisant preuve de la diligence requise dans l'adoption de mesures appropriées, conformément aux règles de droit international applicables, en vue de prévenir, de réduire ou de maîtriser la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

Directive 4. Évaluation de l'impact sur l'environnement

Les États ont l'obligation de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement des activités proposées relevant de leur juridiction ou contrôle qui sont susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important sur l'atmosphère en termes de pollution atmosphérique ou de dégradation atmosphérique.

Directive 5. Utilisation durable de l'atmosphère

1. Dans la mesure où l'atmosphère est une ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée, son utilisation devrait être entreprise de manière durable.

2. L'utilisation durable de l'atmosphère inclut le besoin de concilier développement économique et protection de l'atmosphère.

Directive 6. Utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère

L'atmosphère devrait être utilisée d'une manière équitable et raisonnable, en tenant compte des intérêts des générations présentes et futures.

Directive 7. Modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère

Les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère devraient être menées avec prudence et précaution, sous réserve de toute règle applicable de droit international.

Directive 8 [5][1210]. Coopération internationale

1. Les États ont l'obligation de coopérer, selon qu'il convient, entre eux et avec les organisations internationales compétentes pour protéger l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

[1209] Les différentes formulations proposées entre crochets seront examinées plus avant.

[1210] Le projet de directive a été renuméroté à la présente session. Le numéro originel figure entre crochets.

2. Les États devraient coopérer ensemble au développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. Cette coopération pourra prendre la forme d'un échange d'informations et d'un suivi conjoint.

2. Texte des projets de directive, de l'alinéa du préambule et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-huitième session

96. Le texte des projets de directive, de l'alinéa du préambule et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-huitième session est reproduit ci-après.

Préambule

***Conscients* de la situation et des besoins particuliers des pays en développement,**

Commentaire

1) Le quatrième alinéa du préambule a été ajouté au sujet de considérations d'équité et concerne la situation et les besoins particuliers des pays en développement. L'une des premières tentatives pour incorporer ce principe d'équité aura été la première Conférence internationale du Travail, tenue à Washington en 1919, au cours de laquelle des délégations d'Asie et d'Afrique réussiront à faire adopter des normes de travail différenciées[1211]. On peut également citer le Système généralisé de préférences, mis au point par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement dans les années 1970, mentionné à l'article 23 du projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée adopté par la Commission en 1978[1212].

2) L'impératif de traitement spécial des pays en développement en matière de protection de l'environnement est consacré dans un certain nombre d'instruments internationaux, dont la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm), de 1972[1213], et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (Déclaration de Rio), de 1992[1214]. Le principe 12 de la Déclaration de Stockholm rappelle qu'il importe de « [tenir] compte […] de la situation et des besoins particuliers des pays en […] développement ». Le principe 6 de la Déclaration de Rio met l'accent sur « les besoins particuliers des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés et des pays les plus vulnérables sur le plan de l'environnement ». Ce principe est également reflété à l'article 3 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, de 1992, et à l'article 2 de l'Accord de Paris, de 2015.

3) La formulation du présent alinéa du préambule est fondée sur le septième alinéa du préambule de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, de 1997[1215].

Directive 3. Obligation de protéger l'atmosphère

Les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère en faisant preuve de la diligence requise dans l'adoption de mesures appropriées, conformément aux règles de droit international applicables, en vue de prévenir, de réduire ou de maîtriser la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

Commentaire

1) Le projet de directive 3 est au cœur des présents projets de directive sur la protection de l'atmosphère. Les projets de directives 4, 5 et 6, notamment, en découlent ; tous trois visent à appliquer divers principes du droit international de l'environnement au contexte spécifique de la protection de l'atmosphère.

2) Le projet de directive tente de circonscrire l'obligation de protéger l'atmosphère à la prévention, à la réduction et à la maîtrise de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique, établissant une distinction entre les types d'obligation correspondant à chacun de ces objectifs. La formulation du présent projet de directive trouve son origine dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm, inspiré des conclusions de l'arbitrage concernant l'affaire de la *Fonderie de Trail*[1216], qui sont également reflétées dans le principe 2 de la Déclaration de Rio de 1992.

[1211] Sur la base du troisième paragraphe de l'article 405 du Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles), de 1919, qui est devenu le paragraphe 3 de l'article 19 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail (aux termes duquel les conventions du travail doivent « avoir égard aux pays dans lesquels » des « circonstances particulières rendent les conditions de l'industrie essentiellement différentes »). Le même principe sera également consacré dans certaines des conventions approuvées par l'Organisation internationale du Travail en 1919 et dans plusieurs conventions adoptées ultérieurement. Voir I. F. Ayusawa, *International Labor Legislation*, New York, Columbia University, 1920, chap. VI, p. 149 et suiv.

[1212] Voir l'article 23 (La clause de la nation la plus favorisée et le traitement conféré dans le cadre d'un système généralisé de préférences) et l'article 30 (Nouvelles règles de droit international en faveur des pays en développement) du projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée adopté par la Commission à sa trentième session en 1978, *Annuaire… 1978*, vol. II (2e partie), aux pages 66 et 81 respectivement, voir aussi aux pages 14 et suivantes les paragraphes 47 à 72. Voir également S. Murase, *Fondement économique du droit international*, Tokyo, Yuhikaku, 2001, p. 109 à 179 (en japonais). Voir aussi les exceptions prévues auparavant pour les pays en développement énoncées à l'article XVIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1947.

[1213] Adoptée à Stockholm le 16 juin 1972, voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), première partie, chap. I, p. 3. Voir aussi L. B. Sohn, « The Stockholm Declaration on the Human Environment », *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), p. 423 à 515, aux pages 485 à 493.

[1214] Adoptée à Rio de Janeiro le 14 juin 1992, voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I : *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution I, annexe I, p. 2.

[1215] Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 51/229 (annexe) du 21 mai 1997. La Convention est entrée en vigueur le 17 août 2014.

[1216] *Trail Smelter*, sentence du 11 mars 1941, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905, aux pages 1965 et suivantes ; voir également le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/667) [note 1205 *supra*], par. 43. Voir aussi A. K. Kuhn, « The Trail Smelter arbitration, United States and Canada », *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), p. 785 à 788 ; ibid., vol. 35 (1941), p. 665 et 666 ; et J. E. Read, « The Trail Smelter dispute », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. I (1963), p. 213 à 229.

3) La référence aux « États » aux fins du projet de directive implique la possibilité pour les États d'agir « individuellement » ou « conjointement », selon qu'il convient. Le projet de directive porte sur les situations tant transfrontières que mondiales. On se souviendra que le projet de directive 1 adopté provisoirement en 2015 contient un élément « transfrontière » de par la définition qu'il donne de la « pollution atmosphérique » (émission ou rejet dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances contribuant à des effets nocifs qui « s'étendent au-delà de l'État d'origine » et qui sont de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre) et une dimension « mondiale » par sa définition de la « dégradation atmosphérique » (toute altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques, qui a des effets nocifs significatifs de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre).

4) Tel qu'il est formulé, le projet de directive est sans préjudice de la question de savoir si l'obligation de protéger l'atmosphère est ou non une obligation *erga omnes* au sens de l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[1217], question à propos de laquelle les opinions divergent. Si d'aucuns estiment qu'il convient de reconnaître que les obligations relatives à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique transfrontière ayant des répercussions mondiales et contre la dégradation atmosphérique mondiale sont des obligations *erga omnes*, certains considèrent que les conséquences juridiques d'une telle reconnaissance ne sont pas encore très claires dans le contexte du présent sujet.

5) Les effets nocifs significatifs sur l'atmosphère ont dans une large mesure pour origine les activités de particuliers et d'entreprises privées, qui ne sont normalement pas imputables à un État. Sous ce rapport, la diligence requise exige de l'État qu'il « veille » à ce que ces activités, lorsqu'elles sont menées dans les limites de sa juridiction ou de son contrôle, n'entraînent pas de tels effets. Ce n'est cependant pas à dire que la règle de la diligence requise ne joue que s'agissant d'activités privées, les activités de l'État y étant également soumises[1218]. La diligence requise est l'obligation faite à tout État sous le contrôle duquel sont menées telles ou telles activités de ne ménager aucun effort de prévention, dans les limites de ses moyens, de sorte que, même si des effets nocifs significatifs venaient à se produire, on ne pourrait lui reprocher automatiquement d'avoir failli à l'obligation de diligence. L'État n'encourrait ce reproche que dans l'hypothèse où il aurait méconnu l'obligation à lui faite de prendre toutes les mesures voulues pour prévenir, réduire ou maîtriser toutes les activités humaines qui ont ou sont susceptibles d'avoir des effets nocifs significatifs. L'obligation ainsi faite à l'État « de veiller » n'est pas tant d'obtenir un certain résultat (obligation de résultat) que de faire tout ce qui est en son pouvoir pour ne pas causer d'effets nocifs significatifs (obligation de moyens). Cela suppose que les États prennent les mesures voulues pour contrôler les comportements publics et privés. La diligence requise implique un devoir de vigilance et de prévention. Elle implique aussi la prise en compte du contexte et de l'évolution des normes concernant la réglementation et la technologie.

6) La référence au fait de « prévenir, réduire ou maîtriser » renvoie aux diverses mesures que les États doivent prendre, séparément ou conjointement, conformément aux règles qui peuvent s'appliquer en matière de pollution atmosphérique, d'une part, et de dégradation atmosphérique, d'autre part. La formule « prévenir, réduire ou maîtriser » est inspirée des formulations figurant dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer[1219] et la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques[1220].

7) Même si les mesures voulues pour « prévenir, réduire ou maîtriser » s'appliquent tant à la pollution atmosphérique qu'à la dégradation atmosphérique, il est entendu que la référence aux « règles de droit international applicables » vise à signaler une distinction entre les mesures prises compte tenu du caractère transfrontière de la pollution atmosphérique et du caractère mondial de la dégradation atmosphérique, ainsi que des différentes règles applicables à l'une et à l'autre. Dans le contexte de la pollution atmosphérique transfrontière, l'obligation des États de prévenir les effets nocifs significatifs est fermement établie en tant que règle du droit international coutumier, comme cela est confirmé, par exemple, par les articles de la Commission sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[1221] et par la

---

[1217] Aux termes de l'article 48 (Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé), « 1. Conformément au paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si […] *b*) [l]'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble » [résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Pour le texte du projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs, voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77].

[1218] Voir *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, à la page 55, par. 101 (« […] le principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise […] »).

[1219] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 194.

[1220] Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, art. 4.

[1221] L'article 3 (Prévention) dispose ce qui suit : « L'État d'origine prend toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum. » [Résolution 62/68 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, annexe. Pour le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs, voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 157 et suiv., par. 97 et 98]. La Commission a aussi traité de l'obligation de prévention dans ses articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite [résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe. Pour le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs, voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77]. Le paragraphe 3 de l'article 14 dispose ce qui suit : « La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue […] ». Selon le commentaire de cet article, « [l]'obligation de prévention s'analyse normalement comme une obligation de diligence, imposant aux États de prendre toutes les mesures raisonnables ou nécessaires pour éviter qu'un événement donné ne se produise, mais sans garantir que l'événement ne se produira pas » [*Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 65, par. 14]. Le commentaire est venu illustrer « l'obligation de prévenir les dommages transfrontières causés par la pollution de l'air, traitée dans l'arbitrage relatif à l'affaire de la *Fonderie de Trail* » en tant qu'exemple d'obligation de prévention (ibid.).

jurisprudence des cours et tribunaux internationaux[1222]. Toutefois, le fondement de cette obligation demeure incertain en ce qui concerne la dégradation atmosphérique. La Cour internationale de Justice a dit que «[l]'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement […] dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fai[sai]t maintenant partie du corps de règles du droit international[1223]» et souligné que le respect de l'environnement revêtait une grande importance «non seulement pour les États mais aussi pour l'ensemble du genre humain[1224]» et, dans l'*Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer*, le Tribunal arbitral a déclaré que l'«obligation d'empêcher, ou du moins d'atténuer, [les effets nocifs significatifs sur l'environnement] [était] désormais devenu[e] un principe du droit international général[1225]». Cela étant, les membres n'étaient pas tous du même avis quant à la question de savoir si l'on pouvait considérer que ces conclusions étayaient pleinement la constatation selon laquelle l'obligation de prévenir, de réduire ou de maîtriser la dégradation atmosphérique mondiale existait en droit international coutumier. Cette obligation est néanmoins consacrée par certaines conventions[1226]. Ainsi, les auteurs de l'Accord de Paris, se disant dans le préambule conscients que «les changements climatiques [étaie]nt un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière», ont souligné «qu'il import[ait] de veiller à l'intégrité de tous les écosystèmes, y compris les océans, et à la protection de la biodiversité […]».

Directive 4. Évaluation de l'impact sur l'environnement

Les États ont l'obligation de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement des activités proposées relevant de leur juridiction ou contrôle qui sont susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important sur l'atmosphère en termes de pollution atmosphérique ou de dégradation atmosphérique.

Commentaire

1) Le projet de directive 4 porte sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement. Il s'agit du premier des trois projets de directive qui découlent du projet de directive 3. Dans l'affaire de la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan*, la Cour internationale de Justice a dit qu'«au titre de l'obligation qui lui incombe de faire preuve de la diligence requise en vue de prévenir les dommages transfrontières importants, un État doit vérifier s'il existe un risque de dommage transfrontière important avant d'entreprendre une activité pouvant avoir un impact préjudiciable sur l'environnement d'un autre État. Si tel est le cas, il lui faut effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement[1227]». Elle a conclu que l'État en question «ne s'[était] pas acquitté de l'obligation qu'il avait, en droit international général, d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement avant d'entreprendre la construction de la route[1228]». Dans son opinion individuelle, le juge Owada a fait observer que «l'évaluation de l'impact environnemental jou[ait] un rôle important, voire crucial, pour garantir que l'État en cause agi[ssai]t avec la diligence requise par le droit international général de l'environnement[1229]». La Cour a évoqué l'importance des évaluations de l'impact sur l'environnement dans deux autres arrêts, à savoir ceux rendus dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[1230] et l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*[1231]. En 2011, dans son avis consultatif sur les *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer a dit que l'obligation de procéder à une étude d'impact sur l'environnement était parmi les obligations directes incombant aux États qui patronnent[1232].

2) Le projet de directive est formulé au passif − «Les États ont l'obligation de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement» par opposition à «Les États ont l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement» −, afin d'indiquer qu'il s'agit d'une obligation de comportement et que, étant donné la grande variété des acteurs économiques, l'obligation d'effectuer l'évaluation n'incombe pas nécessairement à l'État lui-même. Ce que l'État est tenu de faire, c'est adopter les mesures législatives, réglementaires et autres nécessaires pour qu'une évaluation de l'impact sur l'environnement soit menée en ce qui

[1222] Privilégiant également la prévention, la Cour internationale de Justice dira, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, qu'elle «ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages» [*Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 78, par. 140]. Dans l'*Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer*, le Tribunal arbitral déclarera qu'«[a]ctuellement, le droit international de l'environnement met de plus en plus l'accent sur le devoir de prévention» [*Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer («Ijzeren Rijn») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, sentence du tribunal arbitral du 24 mai 2005, dans *L'arbitrage du «Rhin de fer» (Belgique–Pays-Bas), sentence de 2005*, *Permanent Court of Arbitration Award Series*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2007, p. 195 et suiv., à la page 289, par. 222].

[1223] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, aux pages 241 et 242, par. 29.

[1224] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra* la note 1222), à la page 41, par. 53; la Cour a cité le même paragraphe dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 20 avril 2010 (voir *supra* la note 1218), à la page 78, par. 193.

[1225] *Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer («Ijzeren Rijn»)* [voir *supra* la note 1222], à la page 226, par. 59.

[1226] Voir, par exemple, Convention des Nations Unies sur le droit de la mer; Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone; Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques; Convention sur la diversité biologique; Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique; Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants; et Convention de Minamata sur le mercure.

[1227] *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2015*, p. 665, à la page 720, par. 153.

[1228] Ibid., à la page 724, par. 168.

[1229] Opinion individuelle du juge Owada, par. 18.

[1230] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra* la note 1222).

[1231] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 20 avril 2010 (voir *supra* la note 1218).

[1232] *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1er février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, aux pages 44 et 49 à 52, par. 122 et 141 à 150.

concerne les activités proposées. La notification et les consultations sont essentielles à une telle évaluation.

3) Le membre de phrase « des activités proposées relevant de leur juridiction ou contrôle » vise à indiquer que l'obligation qui incombe aux États de veiller à ce que soit menée une évaluation de l'impact sur l'environnement concerne les activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle. Les frontières ne permettant pas de circonscrire les menaces environnementales, cela n'exclut pas la possibilité que, dans l'exercice de leur responsabilité au regard de l'environnement mondial, des États prennent des décisions conjointes en ce qui concerne telle ou telle étude d'impact sur l'environnement.

4) Un seuil a été jugé nécessaire pour déclencher l'évaluation de l'impact sur l'environnement. Le membre de phrase « qui sont susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important » a donc été inséré. Il est tiré du libellé du principe 17 de la Déclaration de Rio[1233]. En outre, il existe d'autres instruments, tels que la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, qui utilisent un seuil similaire. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la Cour internationale de Justice a relevé que « l'on p[ouvait] désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée[1234] ».

5) En posant l'existence d'un seuil, à savoir que les activités doivent être « susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important », le projet de directive exclut les études d'impact sur l'environnement pour les activités dont l'impact est susceptible d'être mineur. L'impact du dommage potentiel doit être « important » en ce qui concerne à la fois la « pollution atmosphérique » et la « dégradation atmosphérique ». Déterminer si l'impact est « important » ou non exige une appréciation d'ordre factuel[1235].

6) Le membre de phrase « en termes de pollution atmosphérique ou de dégradation atmosphérique » a été jugé important en ce qu'il relie le projet de directive aux deux principaux sujets de préoccupation du présent projet de directives en matière de protection de l'environnement, à savoir la pollution atmosphérique transfrontière et la dégradation atmosphérique. Alors que les précédents pertinents en ce qui concerne l'exigence d'une évaluation de l'impact sur l'environnement abordent essentiellement la question dans un contexte transfrontière, on considère qu'il existe une exigence similaire pour les projets susceptibles d'avoir des effets négatifs importants sur l'atmosphère mondiale, tels que les activités impliquant la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère[1236]. En ce qui concerne la protection de l'atmosphère, ces activités peuvent comporter un risque plus élevé de dommages graves que celles causant des dommages transfrontières ; partant, a fortiori, les mêmes règles devraient s'appliquer aux activités de nature à causer une dégradation de l'atmosphère à l'échelle mondiale. Ainsi, le Protocole à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale, encourage « l'évaluation stratégique environnementale » des effets probables sur l'environnement, y compris sur la santé, ce qui signifie tout effet sur l'environnement, y compris sur la santé de l'homme, la flore, la faune, la biodiversité, les sols, le climat, l'air, l'eau, les paysages, les sites naturels, les biens matériels, le patrimoine culturel et l'interaction entre ces facteurs[1237].

7) S'il est reconnu que la transparence et la participation du public sont des éléments importants pour assurer l'accès à l'information et la représentation, il a été estimé que les parties traitant des aspects procéduraux de l'étude d'impact sur l'environnement ne devraient pas être traitées dans le projet de directive lui-même. Le principe 10 de la Déclaration de Rio de 1992[1238] pose notamment que la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Cela comprend, notamment, l'accès à l'information, la possibilité de participer à la prise de décisions et un accès effectif à des mécanismes judiciaires et administratifs. La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement aborde également ces questions. Le Protocole à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale encourage la mise en œuvre d'un processus de consultation et de participation du public, et la prise en compte des résultats de ce processus dans un plan ou un programme[1239].

Directive 5. Utilisation durable de l'atmosphère

1. Dans la mesure où l'atmosphère est une ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée, son utilisation devrait être entreprise de manière durable.

2. L'utilisation durable de l'atmosphère inclut le besoin de concilier développement économique et protection de l'atmosphère.

[1233] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement…* (voir *supra* la note 1214), p. 5.

[1234] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 20 avril 2010 (voir *supra* la note 1218), p. 83, par. 204.

[1235] La Commission a souvent employé le terme « important » dans ses travaux, notamment dans les articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001). Dans ce cas, elle a choisi de ne pas le définir, estimant que la question de l'« importance » impliquait davantage des considérations d'ordre factuel qu'une décision juridique [voir le paragraphe 4 du commentaire général ainsi que les paragraphes 4 à 7 du commentaire de l'article 2, *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 159, 160, 163 et 164]. Voir aussi le commentaire concernant les projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses [commentaire sur le principe 2, par. 1 à 3, *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 66 et 67].

[1236] Voir le projet de directive 7.

[1237] Protocole à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale, art. 2, par. 6 et 7.

[1238] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement…* (voir *supra* la note 1214), p. 4.

[1239] Protocole à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale, art. 2, par. 6.

Commentaire

1) L'atmosphère est une ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée[1240]. Le plus souvent, elle n'est pas conçue comme pouvant être exploitée de la même manière que, par exemple, les ressources pétrolières et gazières ou minérales peuvent être explorées et exploitées. En réalité, pourtant, l'atmosphère est exploitable et exploitée, dans ses composantes physiques et fonctionnelles. Le pollueur exploite l'atmosphère et, ce faisant, en réduit la qualité et l'aptitude à assimiler des polluants. Le projet de directive repose sur des analogies tirées de la notion de « ressources partagées » et sur le constat que l'unité de l'atmosphère de la planète exige la reconnaissance d'une communauté d'intérêts. Il a donc pour prémisse que l'atmosphère est une ressource dont la capacité d'assimilation est limitée et dont l'aptitude à maintenir la vie sur la Terre est influencée par les activités anthropiques. Pour assurer la protection de l'atmosphère, il est important de considérer celle-ci comme une ressource soumise à une exploitation, ce qui l'assujettit aux principes de conservation et d'utilisation durable. Certains membres ont exprimé des doutes quant à la possibilité de traiter l'atmosphère de la même manière que les cours d'eau et les aquifères transfrontières.

2) Il est établi au paragraphe 1 que l'atmosphère est une « ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée ». La seconde partie du paragraphe vise à intégrer la conservation et le développement de sorte que les modifications apportées à la planète continuent à permettre la survie et le bien-être des organismes présents sur la Terre. C'est dans cette optique qu'il est dit que l'utilisation de l'atmosphère devrait être entreprise de manière durable. Cet énoncé s'inspire des formulations retenues par la Commission dans le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, de 1994[1241], et le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières, de 2008[1242].

3) Le terme « utilisation » est employé au sens large et renvoie à des notions qui vont au-delà de l'exploitation. L'atmosphère a été utilisée à plusieurs fins. Les activités menées à ce jour ont, pour la plupart, probablement été entreprises sans intention claire ou manifeste d'influer sur les conditions atmosphériques. Toutefois, certaines visaient expressément à altérer les conditions atmosphériques, par exemple à modifier le temps. Certaines des technologies proposées pour modifier intentionnellement l'atmosphère à grande échelle[1243] sont des exemples d'utilisations possibles de celle-ci.

4) L'expression « son utilisation devrait être entreprise de manière durable » employée dans le projet de directive est simple et formulée en des termes qui ne sont pas excessivement juridiques, ce qui traduit bien le fait que la conception de l'atmosphère a sensiblement évolué et que l'on tend à présent à considérer celle-ci comme une ressource naturelle devant être utilisée de manière durable. Elle a davantage valeur de ligne de conduite ou de principe directeur international que de code opératoire visant à déterminer les droits et obligations des États.

5) Le paragraphe 2 a été rédigé en se fondant sur la formulation adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt relatif à l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, dans lequel la Cour a constaté la « nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement[1244] ». La Commission a aussi pris note d'autres précédents pertinents[1245]. Faire référence à la

[1240] Voir le paragraphe 2 du commentaire relatif au préambule des projets de directive sur la protection de l'atmosphère provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-septième session, en 2015, *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 19 et suiv.

[1241] *Annuaire… 1994*, vol. II (2e partie), p. 94 et suiv., par. 222 ; voir, en particulier, les projets d'articles 5 et 6, ibid., p. 102 et 106.

[1242] *Annuaire… 2008*, vol. II (2e partie), p. 21 et suiv., par. 53 et 54 ; voir, en particulier, les projets d'articles 4 et 5, ibid., p. 30 à 33. Les articles sur le droit des aquifères transfrontières adoptés par la Commission à sa soixantième session sont reproduits dans l'annexe de la résolution 63/124 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 2008.

[1243] Voir le projet de directive 7.

[1244] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra* la note 1222), à la page 78, par. 140.

[1245] Dans l'ordonnance qu'elle a rendue en 2006 dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la Cour internationale de Justice a mis en évidence « l'importance d'assurer la protection, sur le plan de l'environnement, des ressources naturelles partagées tout en permettant un développement économique durable » [*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 113, à la page 133, par. 80] ; dans la décision de 1998 de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) relative à l'affaire *États-Unis − Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, il est dit ce qui suit : « [R]appelant que les membres de l'OMC ont expressément mentionné l'objectif de développement durable dans le préambule de l'*Accord [de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce]*, nous estimons qu'il est trop tard à présent pour supposer que l'article XX *g*) du GATT de 1994 peut être interprété comme visant uniquement la conservation des minéraux ou des autres ressources naturelles non biologiques épuisables » (OMC, *États-Unis − Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 6 novembre 1998, par. 131 ; voir aussi les paragraphes 129 et 153) ; dans la sentence rendue en 2005 dans l'*Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer*, le Tribunal arbitral a conclu ce qui suit : « Des discussions considérables ont eu lieu en ce qui concerne ce qui, en matière de droit de l'environnement, constitue des "règles" ou des "principes", ce qui relève du droit non contraignant ("*soft law*"), et quel droit conventionnel ou principes en matière d'environnement a contribué au développement du droit international coutumier. […] Les principes qui en résultent, quel que soit leur statut actuel, font référence [au] développement durable […]. Le point important est que ces principes émergents intègrent désormais la protection de l'environnement au processus de développement. Le droit de l'environnement et le droit applicable au développement ne constituent pas des alternatives, mais des concepts intégrés se renforçant mutuellement ; ainsi, lorsque le développement risque de porter atteinte de manière significative à l'environnement, doit exister une obligation d'empêcher, ou au moins d'atténuer, cette pollution […]. Le Tribunal estime que ce devoir est désormais devenu un principe du droit international général » [*Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer (« Ijzeren Rijn »)* [voir *supra* la note 1222], à la page 226, par. 58 et 59] ; dans la sentence partielle qu'il a prononcée en 2013 dans l'affaire de l'*Arbitrage des eaux de l'Indus Kishenganga (Pakistan c. Inde)*, le Tribunal arbitral a constaté ce qui suit : « Il ne fait aucun doute que le droit international coutumier contemporain fait obligation à l'État de tenir compte de la protection de l'environnement dans la planification et l'élaboration de projets susceptibles de causer un dommage à un État limitrophe. Depuis l'affaire de la *Fonderie de Trail*, toute une jurisprudence arbitrale internationale est venue souligner la nécessité de gérer les ressources naturelles de façon durable. En particulier, la Cour internationale de Justice a mis en avant le principe de "développement durable" dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, en se référant à "la nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement" » [Cour permanente d'arbitrage, *Arbitrage des eaux de l'Indus Kishenganga (Pakistan c. Inde)*, affaire no 2011-01, sentence partielle du 18 février 2013, *International Law Reports*, vol. 154, p. 1 à 247, à la page 172, par. 449. La sentence partielle a été confirmée par la sentence finale du 20 décembre 2013, *International Law Reports*, vol. 157, p. 362, à la page 412, par. 111].

« protection de l'atmosphère » plutôt qu'à la « protection de l'environnement » a pour but d'axer le paragraphe sur le sujet à l'examen, à savoir la protection de l'atmosphère.

Directive 6. Utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère

L'atmosphère devrait être utilisée d'une manière équitable et raisonnable, en tenant compte des intérêts des générations présentes et futures.

Commentaire

1) Si l'utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère est un élément important de la durabilité, comme le fait ressortir le projet de directive 5, il est néanmoins jugé important d'en faire un principe autonome. Comme celle du projet de directive 5, la formulation du présent projet de directive est abstraite et très générale.

2) Le projet de directive est formulé en termes généraux dans le souci de l'application du principe d'équité[1246] à la protection de l'atmosphère en tant que ressource naturelle devant être partagée par tous. La première partie de la phrase porte sur l'utilisation « équitable et raisonnable ». La formulation « [l]'atmosphère devrait être utilisée d'une manière équitable et raisonnable » se fonde en partie sur l'article 5 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation et sur l'article 4 du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières. Elle suppose la mise en balance de différents intérêts et la prise en considération de tous les facteurs pertinents, qui peuvent être particuliers à la pollution atmosphérique ou à la dégradation atmosphérique.

3) La deuxième partie de la phrase touche aux questions d'équité intragénérationnelle et intergénérationnelle[1247]. Afin de faire ressortir le lien entre ces deux aspects de l'équité, la Commission a choisi d'employer l'expression « en tenant compte des intérêts des générations présentes et futures » plutôt que « pour le bénéfice des générations présentes et futures ». La formulation « des intérêts des » a été préférée à « pour le bénéfice des » afin de mettre en évidence la nature intégrée de l'atmosphère, dont l'« exploitation » doit tenir compte de l'équilibre entre les intérêts afin d'assurer la survie des organismes vivant sur la Terre.

[1246] Voir, par exemple, J. Kokott, « Equity in international law », dans F. L. Tóth (dir. publ.), *Fair Weather? Equity Concerns in Climate Change*, Londres, Earthscan, 1999, p. 173 à 192 ; voir aussi *Différend frontalier*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 554. Voir, en général, P. Weil, « L'équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice : un mystère en voie de dissipation ? », dans V. Lowe et M. Fitzmaurice (dir. publ.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 121 à 144 ; et F. Francioni, « Equity in international law », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 632 à 642 (édition en ligne : http://opil.ouplaw.com/home/epil).

[1247] Voir C. Redgwell, « Principles and emerging norms in international law: intra- and inter-generational equity », dans C. P. Carlane *et al.* (dir. publ.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 185 à 201 ; et D. Shelton, « Equity », dans D. Bodansky *et al.* (dir. publ.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 639 à 662.

Directive 7. Modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère

Les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère devraient être menées avec prudence et précaution, sous réserve de toute règle applicable de droit international.

Commentaire

1) Le projet de directive 7 porte sur des activités dont l'objectif même est de modifier les conditions atmosphériques. Comme l'indique le titre du projet, celui-ci ne vise que la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère.

2) L'expression « activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère » est partiellement reprise de la définition de l'expression « techniques de modification de l'environnement » employée dans la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles pour désigner les techniques ayant pour objet de modifier − grâce à une manipulation délibérée de processus naturels − la dynamique, la composition ou la structure de la Terre, y compris ses biotes, sa lithosphère, son hydrosphère et son atmosphère, ou l'espace extra-atmosphérique.

3) Parmi ces activités figurent celles communément considérées comme relevant de la « géo-ingénierie », qui recouvre des méthodes et techniques visant à l'élimination du dioxyde de carbone et à la gestion du rayonnement solaire. Les activités relatives au premier de ces objectifs se pratiquent dans les océans et sur la surface terrestre, et font intervenir des systèmes techniques visant à éliminer le dioxyde de carbone de l'atmosphère au moyen des puits naturels ou grâce au génie chimique. Parmi les techniques proposées pour parvenir à cette fin, on peut citer la fixation du carbone du sol, la séquestration du carbone, le captage de l'air ambiant, la fertilisation des océans, l'augmentation de l'alcalinité des océans et l'amélioration de la résistance aux intempéries. De fait, le boisement est traditionnellement utilisé pour réduire les émissions de dioxyde de carbone.

4) D'après les scientifiques, la gestion du rayonnement solaire doit permettre d'atténuer les effets négatifs des changements climatiques en réduisant intentionnellement les températures de la surface terrestre. Parmi les méthodes envisagées à cette fin, on peut citer « l'amélioration de l'albédo », qui consiste à accroître la réflectance des nuages ou de la surface terrestre de manière à ce que la chaleur du soleil soit davantage réfléchie dans l'espace ; la méthode des aérosols atmosphériques, qui consiste à introduire de fines particules réfléchissantes dans la haute atmosphère afin que la lumière du soleil soit réfléchie avant d'avoir atteint la surface de la Terre ; et la méthode des réflecteurs spatiaux, qui consiste à bloquer une petite quantité de lumière solaire avant qu'elle n'atteigne la Terre.

5) Ainsi qu'il est indiqué plus haut, le terme « activités » s'entend au sens large. Certaines activités sont interdites par le droit international et ne sont pas visées par le présent projet de directive, comme celles interdites par la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou

toutes autres fins hostiles[1248] et le Protocole I aux Conventions de Genève de 1949[1249]. Ainsi, le présent projet de directive s'applique uniquement aux activités « non militaires ». Les activités militaires entraînant des modifications délibérées de l'atmosphère n'entrent pas dans son champ d'application.

6) Dans le même ordre d'idées, d'autres activités continueront de relever de différents dispositifs. Par exemple, le boisement est visé par le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et l'Accord de Paris (art. 5, par. 2). Des mesures tendant à réglementer la séquestration du carbone ont été adoptées dans le cadre de certains instruments juridiques internationaux. Le Protocole de 1996 à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets comporte à présent une disposition et une annexe modifiées, ainsi que de nouvelles directives concernant le contrôle de la mise en décharge des déchets et d'autres matières. Dans la mesure où la « fertilisation des océans par apport de fer » et « l'augmentation de l'alcalinité des océans » ont trait à l'immersion en mer, la Convention de 1972 et le Protocole de 1996 sont pertinents.

7) Les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère peuvent largement contribuer à prévenir, à contrer, à limiter et à atténuer les risques de catastrophes et les effets nuisibles de celles-ci, notamment la sécheresse, les ouragans et les tornades, ainsi qu'à accroître la production agricole et à améliorer l'approvisionnement en eau. Néanmoins, elles peuvent aussi avoir des effets inattendus et à long terme sur les conditions climatiques actuelles, qui ne s'arrêtent pas aux frontières nationales. Comme l'a relevé l'Organisation météorologique mondiale au sujet de la modification du temps, « la complexité des processus atmosphériques est telle qu'un changement artificiel des conditions météorologiques dans une partie du globe aura nécessairement des répercussions dans d'autres régions. […] Avant d'entreprendre une expérience de modification à grande échelle des conditions météorologiques, il faut évaluer avec le plus grand soin les conséquences possibles et souhaitables d'une telle expérience et aboutir à un accord satisfaisant sur le plan international[1250] ».

8) Le présent projet de directive n'a pas pour objectif de freiner l'innovation et le progrès scientifique. De fait, l'importance des technologies nouvelles et novatrices et de la coopération en la matière est consacrée par les principes 7 et 9 de la Déclaration de Rio[1251]. Toutefois, il ne s'ensuit pas nécessairement que les activités en question ont toujours des effets positifs.

9) Partant, le projet de directive ne vise ni à autoriser, ni à interdire ces activités, à moins que les États en conviennent autrement. Il énonce simplement le principe selon lequel ces activités devraient, le cas échéant, être menées avec prudence et précaution. L'expression « prudence et précaution » est inspirée de la formulation employée par le Tribunal international du droit de la mer dans les affaires du *Thon à nageoire bleue*[1252], l'affaire de l'*Usine MOX*[1253] et l'affaire relative aux *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor*[1254]. Dans cette dernière, le Tribunal a dit ce qui suit : « *Considérant* que, étant donné l'incidence possible des travaux de poldérisation sur le milieu marin, la circonspection et la prudence commandent à la Malaisie et à Singapour de mettre en place des mécanismes en vue d'un échange d'informations et de l'évaluation des risques ou effets que pourraient entraîner les travaux de poldérisation, et de trouver des moyens d'y faire face dans les zones affectées[1255] ». Le projet de directive est rédigé de manière à inciter à l'élaboration de règles régissant ces activités dans le cadre des dispositifs applicables aux divers domaines ayant un rapport avec la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

10) Le projet de directive se termine par le membre de phrase « sous réserve de toute règle applicable de droit international ». Il est donc entendu que le droit international continuera de s'appliquer dans le domaine visé par le projet de directive.

11) Il est communément admis que pareilles activités devraient être menées publiquement et en toute transparence, et peuvent exiger l'exécution d'une évaluation de l'impact sur l'environnement au sens du projet de directive 4. On estime que tout projet entraînant une modification intentionnelle et à grande échelle de l'atmosphère peut comporter un risque important de dommage grave et nécessite donc a fortiori une évaluation d'impact.

12) Plusieurs membres n'étaient toujours pas convaincus que ce projet de directive soit nécessaire en ce qu'il restait fondamentalement litigieux, était toujours en cours d'examen et reposait sur une pratique très limitée. D'autres étaient cependant d'avis qu'il pouvait être amélioré en seconde lecture.

[1248] Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, article premier.

[1249] Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 35, par. 3, et art. 55 ; voir aussi le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 8, par. 2 *b* iv).

[1250] Voir Organisation météorologique mondiale, *Deuxième rapport de l'Organisation météorologique mondiale sur l'avancement des sciences atmosphériques et leurs applications tenant compte des progrès réalisés dans le domaine de l'espace extra-atmosphérique*, p. 19 ; voir aussi la décision 8/7 (« Earthwatch: assessment of outer limits ») du Conseil d'administration du Programme des Nations Unies pour l'environnement, partie A (Dispositions relatives à la coopération entre États en matière de modification du temps), du 29 avril 1980.

[1251] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement…* (voir *supra* la note 1214), p. 3.

[1252] *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, *TIDM Recueil 1999*, p. 280, à la page 296, par. 77. Le Tribunal a dit ce qui suit : « *Considérant* que, de l'avis du Tribunal, les parties devraient, dans ces conditions, agir avec prudence et précaution et veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises dans le but d'empêcher que le stock du thon à nageoire bleue ne subisse des dommages graves ».

[1253] *Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, *TIDM Recueil 2001*, p. 95, à la page 110, par. 84 (« *Considérant* que, de l'avis du Tribunal, la prudence et la précaution exigent que l'Irlande et le Royaume-Uni coopèrent en échangeant des informations relatives aux risques ou effets qui pourraient découler ou résulter des opérations de l'usine MOX et qu'ils élaborent des moyens permettant, le cas échéant, d'y faire face »).

[1254] *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, *TIDM Recueil 2003*, p. 10.

[1255] Ibid., à la page 26, par. 99.

Chapitre IX

JUS COGENS

A. Introduction

97. À sa soixante-septième session (2015), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « *Jus cogens* » à son programme de travail et de nommer M. Dire D. Tladi Rapporteur spécial pour ce sujet[1256]. Dans sa résolution 70/236 du 23 décembre 2015, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

B. Examen du sujet à la présente session

98. À la présente session, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/693), qui visait, d'une part, à présenter l'approche générale envisagée par son auteur et à obtenir les vues de la Commission à ce sujet et, d'autre part, à donner un aperçu d'ensemble des questions théoriques relatives au *jus cogens* (normes impératives du droit international).

99. La Commission a examiné le premier rapport de sa 3314e à sa 3317e séance et à ses 3322e et 3323e séances, du 4 au 8 juillet et les 18 et 19 juillet 2016.

100. À sa 3323e séance, le 19 juillet 2016, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les projets de conclusions 1 et 3 tels qu'ils figuraient dans le premier rapport du Rapporteur spécial.

101. À sa 3342e séance, le 9 août 2016, le Président du Comité de rédaction a présenté un rapport intermédiaire du Comité de rédaction sur le « *Jus cogens* » contenant les projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité à la soixante-huitième session. Présenté à titre d'information seulement, ce rapport peut être consulté sur le site Web de la Commission[1257].

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son premier rapport

102. Le Rapporteur spécial a indiqué que son premier rapport portait principalement sur les aspects théoriques des normes impératives du droit international (*jus cogens*), et notamment sur la nature et la définition de ces normes. En outre, le rapport retraçait l'évolution de la notion de *jus cogens* et la reconnaissance de ses éléments fondamentaux en droit international. Il abordait aussi plusieurs points relatifs à la méthode de travail à suivre, sur lesquels les membres de la Commission étaient invités à formuler des observations. Les paragraphes 6 à 11 du rapport récapitulaient les débats que la Sixième Commission avait consacrés au sujet en 2014 et en 2015, débats durant lesquels les États Membres s'étaient majoritairement déclarés favorables à l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission, mais avaient néanmoins soulevé plusieurs questions.

103. Une des questions soulevées était celle de savoir s'il fallait que la Commission élabore une liste indicative des normes faisant partie du *jus cogens*. Certains États s'étaient déclarés en faveur de cette démarche, tandis que d'autres y avaient opposé de sérieuses réserves. Le Rapporteur spécial était quant à lui d'avis que la Commission ne devait pas fonder sa décision sur la possibilité que pareille liste en vienne à être considérée comme établissant un *numerus clausus*. Il s'est cependant dit préoccupé par la possibilité qu'en s'employant à répertorier les normes du *jus cogens*, la Commission ne dénature sensiblement ses travaux en ce que ceux-ci ne consisteraient plus tant à définir une manière de procéder qu'à déterminer la qualité juridique de telle ou telle règle primaire. La Commission pourrait donc juger bon de ne pas établir de liste indicative. Néanmoins, elle pouvait envisager d'autres moyens d'aider les États et les praticiens à déterminer quelles règles satisfaisaient les conditions requises pour être considérées comme appartenant au *jus cogens*.

104. Les États Membres avaient également soulevé la question de la méthode à adopter aux fins de l'examen du sujet et, en particulier, des sources sur lesquelles la Commission devait s'appuyer. De l'avis du Rapporteur spécial, la Commission devait procéder à une analyse approfondie de la jurisprudence et de la pratique des États, qui présentaient une grande diversité. Bien qu'elle ne soit pas contraignante, la doctrine pouvait également aider à analyser les sources primaires.

105. Le Rapporteur spécial a ensuite donné un aperçu du contenu des paragraphes 18 à 41 de son rapport, consacré à l'évolution du *jus cogens* jusque dans le courant du XXe siècle. Il a fait observer qu'à l'époque de la Seconde Guerre mondiale, la doctrine reconnaissait depuis le XVIIe siècle déjà l'existence de normes auxquelles les États ne pouvaient se soustraire. Si des vues divergentes avaient été exprimées quant au fondement sur lequel elle reposait, cette proposition elle-même n'était pas véritablement contestée. Toutefois, les exemples de pratique venant étayer l'existence de normes étaient rares et concernaient des règles impératives conventionnelles et non des règles de droit international général.

[1256] À sa 3257e séance, le 27 mai 2015 [*Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 90, par. 286]. La Commission avait inscrit le sujet à son programme de travail à long terme à sa soixante-sixième session (2014), sur la base de la proposition formulée à l'annexe de son rapport sur les travaux de cette session [*Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 181 et suiv.].

[1257] https://legal.un.org/ilc.

106. Il a également été rappelé que la Commission elle-même avait largement contribué au développement du *jus cogens*, à son acceptation et à son intégration dans le droit international, et que la pratique des États et la jurisprudence récentes étaient en grande partie inspirées des travaux de la Commission. Depuis le moment où Sir Hersch Lauterpacht avait proposé l'adoption d'une disposition prévoyant la nullité de tout traité dont l'exécution nécessitait un « acte que le droit international considère comme illicite[1258] » jusqu'à l'emploi de l'expression « *jus cogens* » dans les rapports de Sir Gerald Fitzmaurice[1259] et de Sir Humphrey Waldock[1260], les membres de la Commission n'avaient pas contesté la proposition de base. Si des vues divergentes avaient été exprimées à propos des fondements juridiques et théoriques du principe de la nullité d'un traité incompatible avec le *jus cogens* et du libellé à retenir pour énoncer ce principe, ni l'existence des règles ni leur valeur en droit international n'avaient été mises en doute.

107. On ne s'attendait pas, toutefois, à ce que la proposition soit aussi favorablement accueillie par les États. Le Rapporteur spécial a cité le paragraphe 33 de son rapport, consacré aux points de vue exprimés par ceux-ci, où il concluait qu'« on p[ouvai]t dire que presque tous les États [avaie]nt exprimé leur appui » en faveur de la notion de *jus cogens*. Certains États avaient néanmoins exprimé d'importantes préoccupations au sujet de la formulation des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969). En particulier, il avait été rappelé qu'à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, certains États avaient formulé des réserves, faisant valoir que, faute de définition plus claire des normes possédant le caractère de *jus cogens*, le texte de la Convention risquait d'être utilisé à mauvais escient, pour mettre en cause la validité de traités existants. À l'époque, le problème avait été réglé par l'adoption de l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969, qui donne à la Cour internationale de Justice un grand rôle dans la détermination de la nullité d'un traité pour non-conformité au *jus cogens*. Il fallait toutefois retenir que, contrairement à l'idée répandue, les États n'avaient pas contesté la notion de *jus cogens*, ni son appartenance au droit international.

108. Le Rapporteur spécial a en outre fait observer qu'à la suite de l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, les États avaient régulièrement argué du *jus cogens* dans des communications diplomatiques et autres. Le *jus cogens* avait aussi été de plus en plus souvent invoqué par les tribunaux, notamment la Cour internationale de Justice (voir le paragraphe 46 du rapport), qui en avait expressément reconnu l'existence, ainsi que par d'autres juridictions internationales, régionales et internes.

109. Le Rapporteur spécial a aussi fait référence aux paragraphes 42 à 72 du rapport, dans lequel il présentait un aperçu du débat théorique suscité par le *jus cogens* dans la doctrine et la jurisprudence. Le Rapporteur spécial n'a pas tenté de trancher ce débat, mais a néanmoins avancé que toute tentative pour définir les critères déterminant l'appartenance au *jus cogens* devait être fondée sur une étude des fondements théoriques de celui-ci.

110. Le Rapporteur spécial a proposé trois projets de conclusion[1261] : le premier porte sur la portée du projet de conclusions dans son ensemble ; le deuxième vise à établir une distinction entre le *jus cogens* et les règles de droit international pouvant être modifiées, faire l'objet de dérogations ou être abrogées par voie d'accord entre les États (*jus dispositivum*) ; et le troisième a pour but de décrire la nature générale du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial a fait observer que le principe posé au second paragraphe du troisième projet de conclusion, selon lequel les normes du *jus cogens* sont destinées à protéger les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international et sont universellement applicables, était étayé par la pratique et largement accepté dans la doctrine.

111. Le Rapporteur spécial a réaffirmé que c'était sous la forme de projets de conclusion qu'il convenait de présenter les résultats des travaux de la Commission sur le sujet. Concernant le futur programme de travail, il a proposé que la Commission examine les critères permettant de déterminer qu'une règle appartient au *jus cogens*, en 2017 ; les conséquences du *jus cogens*, en 2018 ; puis diverses questions, en 2019.

2. Résumé du débat

112. La Commission a accueilli avec satisfaction le premier rapport du Rapporteur spécial, et des membres ont rappelé qu'au cours des débats de la Sixième

[1258] Premier rapport sur le droit des traités de H. Lauterpacht, Rapporteur spécial, *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, document A/CN.4/63, p. 154, projet d'article 15.

[1259] Troisième rapport sur le droit des traités de G. G. Fitzmaurice, Rapporteur spécial, *Annuaire… 1958*, vol. II, document A/CN.4/115, p. 27, projet d'article 17.

[1260] Deuxième rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial, *Annuaire… 1963*, vol. II, document A/CN.4/156 et Add.1 à 3, p. 54, projet d'article 13.

[1261] Le texte des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport est le suivant :

« Projet de conclusion 1

« *Portée*

« Le présent projet de conclusions concerne la manière dont les règles du *jus cogens* doivent être identifiées, et les conséquences juridiques découlant de ces règles.

« Projet de conclusion 2

« *Modification et abrogation des règles du droit international et dérogation à ces règles*

« 1. Les règles du droit international peuvent être modifiées, faire l'objet de dérogations ou être abrogées par voie d'accord entre les États auxquels elles sont applicables à moins qu'elles n'interdisent une telle modification, dérogation ou abrogation (*jus dispositivum*). La modification, dérogation ou abrogation peut résulter d'un traité, du droit international coutumier ou d'un autre accord.

« 2. Les normes impératives du droit international général, qui ne peuvent être modifiées ou abrogées et auxquelles on ne peut déroger que par des règles de même caractère, constituent une exception à la règle énoncée au paragraphe 1.

« Projet de conclusion 3

« *Nature générale des normes du* jus cogens

« 1. Les normes impératives du droit international (*jus cogens*) sont les normes du droit international général acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble comme des normes qui ne peuvent être ni modifiées ni abrogées et auxquelles aucune dérogation n'est permise.

« 2. Les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international et sont universellement applicables. »

Commission, de nombreux États Membres s'étaient déclarés favorables à l'inscription du sujet à son programme de travail. Le Rapporteur spécial a néanmoins été engagé à tenir compte des différences de vues exprimées par les États Membres et à faire preuve de toute la prudence voulue dans l'examen du sujet. En outre, il a été souligné que la Commission devait dès le départ veiller à ce que le résultat de ses travaux ne s'écarte pas du texte de la Convention de Vienne de 1969, ni ne laisse penser que tel était le cas. Plusieurs membres ont fait observer que l'étude entreprise par la Commission était d'une importance décisive. D'aucuns ont mis l'accent sur le fait que la portée du sujet ne se limitait pas au droit des traités et s'étendait à d'autres domaines du droit international, notamment la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

113. Les membres ont appuyé les recommandations formulées par le Rapporteur spécial quant à la méthode à adopter aux fins des travaux sur le sujet. D'aucuns ont dit que, comme le Rapporteur spécial, ils estimaient que les travaux de la Commission devaient en principe être fondés sur la pratique des États et sur la jurisprudence, ainsi que, dans une moindre mesure, sur la doctrine. Le fait que la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions, internationales et régionales, aient fait référence aux normes du *jus cogens* dans plusieurs affaires a été mis en avant pour démontrer que l'existence de ces normes n'était plus véritablement contestée. Puisque l'existence du *jus cogens* était solidement établie, la Commission devait désormais s'attacher à trouver le juste équilibre entre les règles de droit international ordinaires, modifiables suivant les procédures usuelles, et certaines règles fondamentales, non susceptibles de modification suivant ces mêmes procédures. Certains membres ont néanmoins fait observer que la Commission ne devait pas tenter de créer de nouvelles normes impératives et qu'il fallait partir du principe que pareilles normes étaient, de par leur nature, exceptionnelles. D'aucuns ont proposé de séparer l'examen des décisions des juridictions internationales, qui déterminent l'existence de normes de *jus cogens*, et celui de la pratique des États, qui donne à ces normes leur caractère impératif.

114. Certains ont avancé que le *jus cogens* ne trouvait pas nécessairement son origine dans les théories de telle ou telle école de pensée (à savoir l'école jusnaturaliste ou l'école positiviste) et n'était pas non plus forcément fondé sur le consentement. Sa force obligatoire découlait de la pratique générale des États – reconnue par ceux-ci comme étant le droit –, en vertu de laquelle ses normes étaient considérées comme ne souffrant aucune dérogation (bien qu'elles puissent être remplacées par des normes de même nature). D'autres ont dit qu'il fallait que le texte adopté par la Commission s'inspire le plus possible de la Convention de Vienne de 1969. Selon plusieurs membres, les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969 représentaient un fondement juridique satisfaisant en ce qu'ils mettaient en avant l'importance de l'acceptation et de la reconnaissance d'une norme par la communauté internationale des États. Certains ont cependant soutenu que la norme en question devait être reconnue par d'autres entités, telles que des organisations internationales et non gouvernementales, ainsi que, de manière plus générale, par la société internationale. D'aucuns ont en outre proposé qu'au cas où il examinerait plus avant les aspects théoriques du *jus cogens*, le Rapporteur spécial se penche sur le lien entre celui-ci et l'ordre public transnational. D'autres ont estimé que la Commission ne devait pas s'interdire de prendre position sur certaines des questions théoriques soulevées car trancher ces questions l'aiderait à orienter ses travaux, et notamment à établir une liste indicative des normes du *jus cogens*.

115. Selon certains, les arguments formulés dans le rapport du Rapporteur spécial permettaient de dégager les éléments caractérisant les normes du *jus cogens*, à savoir que ces normes ne souffrent aucune dérogation, appartiennent au droit international général, sont reconnues comme impératives par la communauté internationale, sont universellement applicables, ne permettent aucune dérogation du fait de leur caractère impératif, sont supérieures aux autres normes de droit international et visent à protéger l'ordre public international. Les normes du *jus cogens* étaient essentiellement des normes de droit international coutumier exigeant une forme spéciale d'*opinio juris*, à savoir la conviction de l'existence d'un droit ou d'une obligation juridique à caractère péremptoire. La norme du *jus cogens* n'était donc autre qu'une pratique générale acceptée comme étant une règle de droit péremptoire, c'est-à-dire, en d'autres termes, une pratique générale accompagnée d'une *opinio juris cogens*. D'aucuns ont en outre fait observer que les normes du *jus cogens* pouvaient trouver leur origine dans, ou être reflétées par, un traité, et qu'une norme péremptoire pouvait aussi être fondée sur les principes généraux du droit, qui méritaient d'être examinés plus avant. Par ailleurs, le Rapporteur spécial s'est vu demander de mener une étude approfondie des travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1969.

116. Les membres de la Commission ont exprimé des avis divergents quant à l'opportunité d'établir une liste indicative des normes pouvant être considérées comme appartenant au *jus cogens*. Certains ont fait valoir que la notion de *jus cogens* était consacrée dans la constitution de différents États et qu'il était donc particulièrement important de recenser les normes du *jus cogens* telles qu'elles ressortaient du droit international. De fait, les travaux sur le sujet perdraient de leur utilité si la Commission n'établissait pas de liste indicative de ces normes ou se contentait d'en donner quelques exemples. L'examen du sujet ne devait pas se limiter aux questions liées à la méthode à adopter. Une société mondiale nécessitait des normes globales et la Commission pouvait contribuer à la détermination de celles-ci, notamment en dressant une liste de normes impératives, fût-ce à titre indicatif. Contrairement à l'époque à laquelle la Convention de Vienne de 1969 avait été adoptée, il existait aujourd'hui un éventail de sources juridiques sur lesquelles s'appuyer pour établir pareille liste. En outre, si, dans le cadre des travaux consacrés au sujet « Détermination du droit international coutumier », il n'avait pas été possible de répertorier les règles du droit coutumier, les normes du *jus cogens* étaient relativement peu nombreuses et se prêtaient donc au recensement sous forme de liste. Certains ont suggéré que la Commission incorpore les exemples dégagés dans le cadre de ses précédents travaux, notamment ceux sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement

illicite[1262], la fragmentation du droit international[1263], la responsabilité des organisations internationales[1264] et les réserves aux traités[1265]. Il a été rappelé que la Commission avait établi une liste indicative de règles dans le contexte de ses travaux sur les effets des conflits armés sur les traités[1266]. En outre, certains ont avancé que pour se prononcer sur l'opportunité d'établir une liste, la Commission pourrait tenir compte des décisions rendues par les juridictions internationales mondiales et régionales.

117. Il a été proposé de résoudre le problème en examinant des exemples de règles dans le commentaire, voire dans une annexe, mais d'aucuns ont fait valoir que cela reviendrait plus ou moins à établir une liste indicative. Il a aussi été suggéré que la Commission s'abstienne pour l'instant de se prononcer sur la question.

118. Plusieurs membres ont avancé qu'il n'était pas opportun d'établir une liste indicative, ni même de donner des exemples de règles dans le commentaire, car cela obligerait la Commission à se prononcer sur la valeur des règles en question. En outre, le recensement risquait de nécessiter quantité de travail supplémentaire, y compris une analyse détaillée du droit positif substantiel, et de donner lieu à des débats inutiles sur la question de savoir quelles normes devaient figurer sur la liste. Certains se sont en outre dits préoccupés par la possibilité que l'établissement d'une liste, fût-elle indicative, laisse entendre que d'autres règles tout aussi importantes du droit international avaient une valeur inférieure.

119. Plusieurs membres ont mis en doute l'existence d'un *jus cogens* régional, faisant valoir que, par définition, celle-ci était incompatible avec le principe de l'applicabilité universelle du *jus cogens*. De surcroît, si le *jus cogens* régional existait, il faudrait se pencher sur ses effets juridiques au regard des États n'appartenant pas à la région concernée, ainsi que sur sa relation avec le *jus cogens* universel. Certains se sont en outre déclarés préoccupés par le fait qu'admettre l'existence d'un *jus cogens* régional ouvrirait théoriquement la voie à la reconnaissance de l'existence de normes sous-régionales, ce qui risquerait de diluer encore le principe et de conduire à la fragmentation du droit international.

120. D'autres membres ont toutefois souligné que la notion de *jus cogens* régional avait parfois été évoquée dans le contexte de l'application de certaines normes, notamment par la Commission interaméricaine des droits de l'homme. La possibilité que des règles relevant d'un *jus cogens* régional existent en Europe a été mentionnée. Partant, d'aucuns ont avancé que l'existence d'autres formes de normes impératives, notamment au niveau régional, méritait d'être envisagée plus avant et ne devait pas être exclue a priori. Même si rien ne justifiait de concevoir le *jus cogens* à l'échelle universelle uniquement, la Commission pouvait décider de limiter la portée de ses travaux aux normes de *jus cogens* universellement applicables.

121. Plusieurs membres ont souligné que la notion d'objecteur persistant était incompatible avec les normes de *jus cogens*, qui, par définition, ont un caractère impératif universel. Ces membres ont ajouté qu'il serait impossible, par exemple, d'accepter une objection persistante à l'égard de l'interdiction du crime de génocide. D'autres ont dit qu'il était trop tôt pour se prononcer à ce sujet, la Commission n'ayant pas encore défini l'expression « acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble ». Selon certains, l'analyse de la source des normes du *jus cogens* et l'examen des effets de l'application de ces normes devaient être considérés comme deux tâches distinctes, la notion d'objecteur persistant relevant davantage de la deuxième que de la première.

122. Les membres de la Commission se sont dans l'ensemble déclarés favorables à ce que, comme cela avait été proposé, la Commission s'attache à établir des projets de « conclusion » sur le sujet. D'aucuns ont cependant avancé qu'il aurait été préférable d'avoir analysé tous les éléments constitutifs d'une norme impérative avant de décider de la forme à donner au résultat des travaux sur le sujet.

123. En ce qui concerne le projet de conclusion 1, certains ont fait observer qu'on ne savait pas au juste si l'« identification » des règles du *jus cogens* consistait simplement à recenser les normes existantes ou bien également à déterminer l'existence et le contenu de telle ou telle norme. Il a été proposé de reformuler cette disposition de manière à ce qu'elle exprime plus clairement la portée du projet de conclusions et d'élargir son champ d'application aux activités des acteurs non étatiques. Il a également été proposé d'y inclure une référence expresse non seulement aux critères de détermination des règles du *jus cogens*, mais aussi au contenu de celles-ci.

124. Pour ce qui est du projet de conclusion 2, des doutes ont été exprimés quant à l'opportunité de comparer le *jus cogens* et le *jus dispositivum*. Plusieurs membres ont proposé que la question soit traitée dans le commentaire. L'opportunité de faire référence à la modification et à l'abrogation des règles ordinaires du droit international ainsi qu'à la dérogation à celles-ci a également été mise en doute. De surcroît, selon certains, dire que les normes du *jus cogens* étaient hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international tout en les décrivant par ailleurs comme une exception prêtait à confusion. D'aucuns se sont demandé si la formulation proposée ne laissait pas dans une certaine mesure entendre qu'en déclarant qu'une règle conventionnelle donnée ne pouvait pas être modifiée par voie d'accord entre elles, les parties s'imposaient une obligation à laquelle elles ne pouvaient pas déroger. Il a été réaffirmé qu'il ne suffisait pas que les parties à un traité conviennent qu'une règle appartenait au *jus cogens* pour que ce soit le cas.

[1262] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

[1263] Voir *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 184 et suiv., par. 241 à 251 ; voir aussi le rapport du Groupe d'étude de la Commission sur le sujet (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1), disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session (2006) [le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie)].

[1264] Voir *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88.

[1265] Ibid., p. 24 et suiv., par. 75 et 76 ; pour les commentaires relatifs aux projets de directive, voir *Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie).

[1266] Voir *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 108 et suiv., par. 100 et 101.

125. Plusieurs membres ont proposé que l'intitulé du projet de conclusion 3 soit modifié pour refléter le fait que celui-ci est consacré à la définition du *jus cogens* et que la définition elle-même soit remaniée de manière à être la plus proche possible de celle contenue à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Plusieurs membres ont approuvé la teneur du paragraphe 2, tandis que plusieurs autres se sont interrogés sur l'opportunité de conserver cette disposition, soutenant que rien dans la pratique ne venait l'étayer et qu'elle semblait en outre s'écarter de la définition donnée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Certains ont dit que ce qui caractérisait les normes du *jus cogens* n'était pas tant leur supériorité hiérarchique par rapport aux autres normes que l'importance toute particulière qu'elles revêtaient. Il a été rappelé que la Commission devait prendre garde à ne pas, sans le vouloir, poser des conditions supplémentaires à l'appartenance au *jus cogens*. Selon certains, la notion de « supériorité hiérarchique » n'était pas claire et pouvait prêter à confusion en ce qu'elle tendait à atténuer la distinction entre, d'une part, les critères de détermination des normes du *jus cogens* et, d'autre part, les conséquences qu'un conflit avec ces normes pouvait emporter. D'autres ont dit que si l'on faisait référence à une « hiérarchie », il fallait définir plus précisément la hiérarchie découlant du *jus cogens*, qui rend nul tout traité en conflit avec une norme du *jus cogens*, par rapport aux autres hiérarchies du droit international, notamment celle établie à l'Article 103 de la Charte des Nations Unies. D'autres encore ont avancé que la supériorité hiérarchique des normes impératives était bien établie et avait été reconnue par la Commission elle-même dans ses travaux sur la fragmentation du droit international. Enfin, il a été suggéré que le paragraphe 2 fasse l'objet d'un projet de conclusion distinct.

126. Plusieurs membres se sont dits opposés à la référence aux « valeurs fondamentales de la communauté internationale » au motif que l'existence du *jus cogens* dépendait de son acceptation et de sa reconnaissance en tant que tel par la communauté internationale des États dans son ensemble, et non d'une appréciation subjective de sa valeur. Selon certains, l'expression « valeurs fondamentales » aurait un sens trop étroit si elle renvoyait aux seules normes de *jus cogens* à caractère humanitaire à l'exclusion d'autres normes, telles celles interdisant l'emploi de la force. Il a donc a été proposé d'employer, à la place, l'expression « principes les plus fondamentaux ». D'autres ont avancé que la disposition pouvait utilement compléter la Convention de Vienne de 1969 en ce que la référence aux « valeurs fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble » venait définir plus précisément la nature du *jus cogens*.

127. Nonobstant les vues exprimées au sujet de la possibilité de l'existence d'un *jus cogens* régional, les membres se sont déclarés favorables à la référence à l'« applicabilité universelle » faite au paragraphe 2.

128. D'autres propositions ont été formulées, notamment en faveur de l'élaboration d'un projet de conclusion supplémentaire consacré à la définition du *jus cogens*. Certains ont recommandé que, par souci de cohérence, on choisisse de parler soit de « normes », soit de « règles ». Une préférence a été exprimée pour le terme « normes », retenu dans la Convention de Vienne de 1969. Il a également été proposé de remplacer l'intitulé actuel du sujet par « Le *jus cogens* en droit international », « Normes impératives » ou encore « Le *jus cogens* dans l'ordre juridique international ». Il a également été suggéré d'étendre le champ d'application du projet de conclusions à la nullité entraînée par la non-conformité au *jus cogens* et à la question de savoir qui détermine l'existence d'un conflit avec le *jus cogens*.

129. Les membres de la Commission ont appuyé les propositions du Rapporteur spécial quant aux futurs travaux de la Commission sur le sujet. Il a été suggéré que le Rapporteur spécial examine la relation entre les principes généraux du droit et le *jus cogens*, et se penche également sur plusieurs autres points, notamment : le sens de la formule « acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble » et la mesure dans laquelle cette notion exprime le consentement ; la relation entre le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* ; la mesure dans laquelle la non-dérogeabilité est une caractéristique du *jus cogens* ; le processus qui permet à une norme impérative de se substituer à une autre ; la relation entre l'existence de valeurs fondamentales sous-tendant le *jus cogens* et l'expression de cette existence ; le mécanisme de règlement des différends prévu à l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 ; et la question de savoir comment régler un conflit entre normes impératives contradictoires.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

130. Dans le cadre du débat, le Rapporteur spécial a répondu aux observations concernant le fondement théorique du *jus cogens* et exprimé son désaccord avec l'opinion selon laquelle cette question était réglée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Il restait toutefois d'avis que la Commission n'avait pas à se prononcer sur ce sujet.

131. Il a été constaté que, de l'avis général, l'étude devait se fonder essentiellement sur la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine, selon qu'il convenait. Certains ayant avancé, au cours du débat, que des éléments de son premier rapport n'étaient pas pleinement étayés par la pratique des États ou que cette pratique étant relativement limitée, il fallait recourir à des scénarios théoriques, le Rapporteur spécial a rappelé qu'il existait au contraire une pratique étatique et une jurisprudence abondantes en la matière.

132. Concernant la possibilité d'établir une liste indicative, le Rapporteur spécial a pris note des divergences d'opinions entre les membres de la Commission et reconnu qu'une telle possibilité avait un certain attrait. Il a toutefois rappelé qu'il craignait que l'établissement d'une liste ne dénature les travaux de la Commission, qui devaient essentiellement consister en la définition d'une manière de procéder. Il restait néanmoins ouvert à la possibilité d'établir une telle liste à partir des normes impératives les plus largement acceptées.

133. S'agissant de la question du *jus cogens* régional, le Rapporteur spécial a rappelé qu'il comptait étudier la question dans des rapports à venir. Cela étant, s'il n'était pas convaincu que la notion de norme régionale de

jus cogens soit fondée en droit international, il estimait néanmoins que l'universalité du *jus cogens*, qui était bien établie, n'excluait pas a priori la possibilité qu'il existe des normes impératives régionales.

134. Le Rapporteur spécial a réaffirmé qu'il n'entendait pas faire abstraction des implications du *jus cogens* au regard de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Comme indiqué dans le plan de travail, le sujet dépassait les limites du droit des traités. L'intention du Rapporteur spécial était de traiter ces questions dans des rapports ultérieurs sur les conséquences du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial a toutefois exprimé son désaccord avec l'idée que la nature et la définition du *jus cogens* pouvaient varier d'une branche à l'autre du droit international.

135. Concernant les travaux à venir, le Rapporteur spécial avait pris note des vues concernant la possibilité de l'existence d'un *jus cogens* conventionnel. Il a par ailleurs rappelé qu'il entendait examiner la relation entre les normes de *jus cogens* et les obligations *erga omnes*.

136. Concernant les projets de conclusion proposés, le Rapporteur spécial a pris note des différentes suggestions d'ordre rédactionnel émises au cours du débat. Il a également admis que le projet de conclusion 2 traitait de questions qui n'entraient pas dans le champ d'application du projet de conclusions. Il a expliqué qu'en proposant ce projet de conclusion, il avait cherché à exprimer l'idée que, de par leur nature même, les normes impératives étaient exceptionnelles par rapport aux autres règles du droit international. Il a néanmoins accepté que la Commission n'ait pas jugé opportun de renvoyer ce projet de conclusion au Comité de rédaction.

137. S'agissant du projet de conclusion 3, si le Rapporteur spécial était ouvert aux propositions d'amélioration du paragraphe 1, et notamment à l'idée de reformuler cette disposition sur le modèle de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, il ne partageait pas l'avis des membres de la Commission qui estimaient que la notion de valeurs fondamentales et celles de supériorité hiérarchique et d'applicabilité universelle du *jus cogens* n'étaient pas fondées dans la pratique des États ni dans la jurisprudence des tribunaux, du moins pas suffisamment pour que l'on y fasse référence. Outre les sources données en référence dans son premier rapport, il a donc cité de nouveaux documents et décisions, provenant principalement d'organes des Nations Unies et de tribunaux, pour illustrer les positions adoptées par les États au sujet du *jus cogens*.

138. Le Rapporteur spécial a par ailleurs dit qu'il serait judicieux d'examiner les propositions visant à modifier le titre du projet et que cela pourrait être fait à l'occasion d'un futur rapport.

Chapitre X

PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT EN RAPPORT AVEC LES CONFLITS ARMÉS

A. Introduction

139. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés » à son programme de travail et de nommer M^me^ Marie G. Jacobsson Rapporteuse spéciale pour le sujet[1267].

140. À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale[1268]. À sa soixante-septième session (2015), elle a examiné le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale[1269] et pris note des projets de disposition introductive et de principes I-(x) à II-5, provisoirement adoptés par le Comité de rédaction[1270].

B. Examen du sujet à la présente session

141. À la présente session, la Commission était saisie du troisième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/700), qu'elle a examiné de sa 3318^e^ à sa 3321^e^ séance et à sa 3324^e^ séance, du 12 au 15 juillet et le 20 juillet 2016.

142. Dans son troisième rapport, la Rapporteuse spéciale s'attachait à déterminer les règles particulièrement pertinentes applicables aux situations d'après-conflit, tout en traitant de certaines questions relatives aux mesures de prévention à prendre dans la phase précédant le conflit, ainsi que de la situation particulière des peuples autochtones (chap. II). La Rapporteuse spéciale proposait trois projets de principe sur les mesures de prévention[1271], cinq projets de principe concernant la phase suivant le conflit[1272], et un projet de principe sur les droits des

---

[1267] La décision a été prise à la 3171^e^ séance de la Commission, le 28 mai 2013 [voir *Annuaire… 2013*, vol. II (2^e^ partie), p. 83, par. 167]. Pour le plan d'étude du sujet, voir *Annuaire… 2011*, vol. II (2^e^ partie), annexe V, p. 217 et suiv.

[1268] *Annuaire… 2014*, vol. II (1^re^ partie), document A/CN.4/674 ; voir aussi ibid., vol. II (2^e^ partie), p. 164 et suiv., par. 187 à 222.

[1269] *Annuaire… 2015*, vol. II (1^re^ partie), document A/CN.4/685 ; voir aussi ibid., vol. II (2^e^ partie), p. 68 et suiv., par. 132 à 170.

[1270] A/CN.4/L.870 (disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-septième session) ; voir aussi *Annuaire… 2015*, vol. II (2^e^ partie), p. 68 et suiv., par. 134.

[1271] Le texte des projets de principes I-1, I-3 et I-4, tels que proposés par la Rapporteuse spéciale dans son troisième rapport, se lit comme suit :

« Projet de principe I-1

« *Mise en œuvre et exécution forcée*

« Les États devraient prendre toutes les dispositions nécessaires pour adopter des mesures de prévention efficaces d'ordre législatif, administratif, judiciaire ou autre, afin de renforcer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, en conformité avec le droit international.

« Projet de principe I-3

« *Accords sur le statut des forces et sur le statut de la mission*

« Les États et les organisations internationales sont invités à inclure dans leurs accords sur le statut des forces ou sur le statut de la mission des dispositions relatives à la réglementation et aux responsabilités en matière d'environnement. Ces dispositions peuvent inclure des mesures de prévention, des études d'impact et des mesures de restauration et de nettoyage.

« Projet de principe I-4

« *Opérations de paix*

« Les États et les organisations participant à des opérations de paix tiennent compte des effets de leurs activités sur l'environnement et prennent toutes les mesures nécessaires pour prévenir, atténuer et réparer leurs éventuelles conséquences préjudiciables à l'environnement. »

[1272] Le texte des projets de principes III-1 à III-5, tels que proposés par la Rapporteuse spéciale dans son troisième rapport, se lit comme suit :

« Projet de principe III-1

« *Accords de paix*

« Les parties à un conflit armé sont invitées à régler dans leurs accords de paix les questions relatives à la restauration et à la protection des environnements endommagés par ce conflit.

« Projet de principe III-2

« *Évaluations et études environnementales après un conflit*

« 1. Les États et les anciennes parties à un conflit armé sont invités à coopérer entre eux et avec les organisations internationales compétentes afin de procéder à des évaluations de l'environnement et de prendre des mesures de remise en état après le conflit.

« 2. Les études réalisées une fois une opération de paix terminée doivent déterminer, analyser et évaluer les éventuels dommages qu'elle a causés à l'environnement, pour tâcher de les atténuer ou d'y remédier dans les opérations futures.

« Projet de principe III-3

« *Restes de guerre*

« 1. Sans retard après la cessation des hostilités actives, tous les champs de mines, zones minées, mines, pièges, engins explosifs et autres dispositifs doivent être enlevés, retirés, détruits ou entretenus conformément aux obligations de droit international.

« 2. Chaque fois qu'il est nécessaire, les parties s'efforcent de conclure un accord, tant entre elles que, s'il y a lieu, avec d'autres États et avec des organisations internationales, sur l'octroi d'une assistance technique et matérielle, y compris, si les circonstances s'y prêtent, sur l'organisation d'opérations conjointes nécessaires pour s'acquitter de ces responsabilités.

« Projet de principe III-4

« *Restes de guerre immergés en mer*

« 1. Les États et les organisations internationales coopèrent pour s'assurer que les restes de guerre ne constituent pas un danger pour l'environnement, la santé publique ou la sécurité des gens de mer.

« 2. À cette fin, les États et les organisations s'efforcent de mener des recherches systématiques dans les espaces maritimes et donnent librement accès aux informations recueillies.

« Projet de principe III-5

« *Accès à l'information et échange d'informations*

« En vue de renforcer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, les États et les organisations internationales donnent accès à l'information et échangent des informations conformément à leurs obligations de droit international. »

peuples autochtones[1273], placé dans la quatrième partie du projet de principes. Dans son rapport, la Rapporteuse spéciale présentait aussi une analyse succincte des travaux déjà effectués ainsi que des suggestions concernant le programme de travail futur sur le sujet (chap. III).

143. À sa 3324e séance, le 20 juillet 2016, la Commission a renvoyé les projets de principes I-1, I-3, I-4, III-1 à III-5 et IV-1, tels qu'ils figuraient dans le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale, au Comité de rédaction.

144. À la même séance, la Commission a également décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de disposition introductive et de principe figurant dans le rapport du Comité de rédaction, dont la Commission avait pris note à sa session précédente[1274], afin que le Comité règle quelques questions de forme dans le texte comme l'utilisation de crochets et certaines disparités dans la terminologie employée.

145. À ses 3337e et 3342e séances, les 5 et 9 août 2016, le Président du Comité de rédaction a présenté[1275] deux rapports du Comité sur le thème « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés ». Le premier contenait les projets de disposition introductive et de principe dont la Commission avait pris note à sa soixante-septième session (2015), renumérotés et révisés pour des raisons de forme par le Comité de rédaction (A/CN.4/L.870/Rev.1). La Commission a provisoirement adopté les projets de principes 1, 2, 5 [I-x], 9 [II-1], 10 [II-2], 11 [II-3], 12 [II-4] et 13 [II-5] (voir *infra* la section C.1). À sa 3344e séance, le 10 août 2016, elle a adopté les commentaires des projets de principe provisoirement adoptés à la présente session (voir *infra* la section C.2).

146. Le second rapport contenait les projets de principes 4, 6, 7, 8, 14, 15, 16, 17 et 18 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la présente session (A/CN.4/L.876). La Commission a pris note des projets de principe présentés par le Comité de rédaction[1276]. Les commentaires des projets de principe devraient être examinés au cours d'une session future.

[1273] Le texte du projet de principe IV-1, tel que proposé par la Rapporteuse spéciale dans son troisième rapport, se lit comme suit :

« Projet de principe IV-1

« *Droits des peuples autochtones*

« 1. Les connaissances et pratiques traditionnelles des peuples autochtones en rapport avec leurs terres et leur milieu naturel doivent être respectées en toutes circonstances.

« 2. Les États sont tenus de coopérer avec les peuples autochtones et de les consulter, ainsi que de solliciter leur consentement préalable, libre et éclairé pour toute utilisation de leurs terres et de leurs territoires susceptible d'avoir un impact important sur ces terres et territoires. »

[1274] A/CN.4/L.870 (voir *supra* la note 1270).

[1275] Les déclarations du Président du Comité de rédaction sont disponibles sur le site Web de la Commission (https://legal.un.org/ilc).

[1276] Le texte des projets de principe provisoirement adoptés par le Comité de rédaction se lit comme suit :

« Introduction

« [...]

« Partie I

« Principes généraux

« Projet de principe 4

« *Mesures visant à améliorer la protection de l'environnement*

« 1. Les États prennent, conformément aux obligations que leur impose le droit international, des mesures efficaces d'ordre législatif, administratif, judiciaire ou autre pour améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.

« 2. En outre, les États devraient prendre, s'il y a lieu, d'autres mesures pour améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.

« [...]

« Projet de principe 6

« *Protection de l'environnement des peuples autochtones*

« 1. Les États devraient, en cas de conflit armé, prendre les mesures voulues pour protéger l'environnement des territoires habités par des peuples autochtones.

« 2. Après un conflit armé qui a eu des effets néfastes sur l'environnement de territoires habités par des peuples autochtones, les États devraient engager des consultations et une coopération effectives avec les peuples autochtones concernés, par le biais de procédures appropriées et, en particulier, par l'intermédiaire des institutions représentatives propres à ces peuples, en vue de prendre des mesures de remise en état.

« Projet de principe 7

« *Accords relatifs à la présence de forces militaires en rapport avec des conflits armés*

« Les États et les organisations internationales devraient, s'il y a lieu, faire figurer des dispositions sur la protection de l'environnement dans les accords relatifs à la présence de forces militaires en rapport avec des conflits armés. Ces dispositions peuvent inclure des mesures de prévention, des études d'impact et des mesures de restauration et de nettoyage.

« Projet de principe 8

« *Opérations de paix*

« Les États et les organisations internationales participant à des opérations de paix en rapport avec des conflits armés tiennent compte de l'impact de ces opérations sur l'environnement et prennent les mesures voulues pour prévenir, atténuer et réparer leurs conséquences dommageables à l'environnement.

« Partie II

« Principes applicables pendant un conflit armé

« [...]

« Partie III

« Principes applicables après un conflit armé

« Projet de principe 14

« *Processus de paix*

« 1. Les parties à un conflit armé devraient, dans le cadre du processus de paix, y compris, s'il y a lieu, dans les accords de paix, traiter des questions relatives à la restauration et la protection de l'environnement endommagé par ce conflit.

« 2. Les organisations internationales compétentes devraient, s'il y a lieu, jouer un rôle de facilitation à cet égard.

« Projet de principe 15

« *Évaluations de l'environnement et mesures de remise en état après un conflit armé*

« La coopération entre les acteurs concernés, y compris les organisations internationales, en matière d'évaluations de l'environnement et de mesures de remise en état après un conflit armé est encouragée.

« Projet de principe 16

« *Restes de guerre*

« 1. Après un conflit armé, les parties au conflit s'efforcent d'enlever ou de neutraliser les restes de guerre toxiques et dangereux se trouvant sous leur juridiction ou leur contrôle et causant ou risquant de causer un dommage à l'environnement. Ces mesures sont prises dans le respect des règles de droit international applicables.

« 2. Les parties s'efforcent également de conclure des accords, entre elles et, s'il y a lieu, avec d'autres États et des organisations internationales, en matière d'assistance technique et matérielle, y compris, si les circonstances s'y prêtent, en vue d'organiser des opérations conjointes pour enlever ou neutraliser ces restes de guerre toxiques et dangereux.

« 3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de tous droits ou obligations existant en droit international s'agissant d'enlever, de retirer, de détruire ou d'entretenir les champs de mines, zones minées, mines, pièges, engins explosifs et autres dispositifs.

1. Présentation par la Rapporteuse spéciale de son troisième rapport

147. La Rapporteuse spéciale a indiqué que l'objet principal du troisième rapport était de déterminer les règles particulièrement pertinentes en situation d'après-conflit et de traiter de certaines mesures de prévention qui n'avaient pas été examinées dans les rapports précédents. Elle a rappelé que le rapport préliminaire[1277] exposait les règles et principes applicables en cas de conflit armé potentiel (phase précédant le conflit) et que le deuxième rapport[1278] visait à déterminer quelles règles existantes relatives aux conflits armés intéressaient directement la protection de l'environnement durant un conflit armé. Les trois rapports visaient à donner un aperçu du droit applicable avant, pendant et après un conflit armé (phases I, II et III, respectivement) afin de passer en revue les trois phases temporelles. La Rapporteuse spéciale a souligné qu'il n'y avait pas de frontière nette entre les différentes phases et que, pour bien comprendre le sujet, il était important de lire les rapports conjointement.

148. Dans le troisième rapport, la Rapporteuse spéciale n'entendait pas procéder à un examen approfondi du droit international en général, mais plutôt étudier certaines conventions relatives à l'environnement et d'autres questions juridiques présentant un intérêt particulier pour le sujet. Le rapport mettait l'accent, notamment, sur les aspects pertinents au regard des conventions relatives à la responsabilité, des accords internationaux d'investissement, des droits des peuples autochtones et des restes de guerre, ainsi que sur la pratique des États sous la forme d'accords de paix et d'accords sur le statut des forces et sur le statut de la mission. Une section était également consacrée à la pratique des organisations internationales et mettait l'accent sur les activités du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE). Le rapport présentait en outre un bref résumé des débats de la Commission à la session précédente, ainsi que des renseignements sur les vues et la pratique des États, et comportait une section consacrée à la jurisprudence. La Rapporteuse spéciale a toutefois fait observer que, comme elle l'avait constaté lors de l'élaboration du deuxième rapport, la jurisprudence dans ce domaine concernait rarement les dommages environnementaux en tant que tels et visait presque toujours les dommages causés aux ressources naturelles ou aux biens. La Rapporteuse spéciale a mis l'accent sur la section du rapport consacrée à l'accès à l'information, à l'échange d'informations et à l'obligation de coopérer (par. 130 à 152), qui revêtaient selon elle une importance particulière pour les trois phases du sujet.

149. Neuf projets de principe étaient proposés dans le rapport. Trois d'entre eux l'étaient pour la première partie, qui concernait principalement les mesures de prévention (phase précédant le conflit). Le projet de principe I-1 énonçait l'obligation pour les États d'adopter des mesures de prévention d'ordre législatif, administratif, judiciaire ou autre au niveau interne afin de renforcer la protection de l'environnement. Le texte était bref et de nature générale. Le projet de principe I-3 reflétait le fait que les États et les organisations tendaient à présent à inclure des dispositions sur les questions environnementales dans les accords sur le statut des forces et le statut de la mission. Le projet de principe I-4 traitait des effets des opérations de paix sur l'environnement et des mesures à prendre pour prévenir, atténuer et réparer les conséquences préjudiciables éventuelles de ces opérations.

150. Cinq projets de principe étaient proposés pour la troisième partie, concernant principalement les mesures à prendre après un conflit armé. Le projet de principe III-1 traitait des accords de paix, dont on constatait qu'ils visaient de plus en plus à régler des questions relatives à l'environnement. Le projet de principe III-2, portant sur la nécessité de procéder à des évaluations et à des études environnementales après un conflit, comportait deux paragraphes. Tandis que le paragraphe 1 encourageait la coopération entre États et anciennes parties à un conflit armé à cette fin, y compris avec des États n'ayant pas pris part au conflit, le paragraphe 2 décrivait les mesures à prendre une fois une opération de paix terminée. L'objectif de ce projet de principe était non pas d'identifier des responsables, mais plutôt de garantir que les évaluations et les mesures de remise en état pouvaient être menées à bien. Les projets de principes III-3 et III-4 traitaient respectivement des restes de guerre et des restes de guerre immergés en mer. Le projet de principe III-3 avait un caractère général et reflétait principalement les obligations existant déjà en vertu du droit des conflits armés. Il mettait l'accent sur la nécessité d'agir sans délai et de coopérer afin d'éliminer les menaces résultant de la présence de restes de guerre. Le projet de principe III-4 traitait expressément des restes de guerre immergés en mer. La Rapporteuse spéciale a fait observer que la question de ces restes n'était pas expressément réglementée dans le contexte du droit des conflits armés et que leur présence posait des problèmes particulièrement complexes eu égard aux différents statuts juridiques des divers espaces maritimes. Les deux projets de principe visaient à couvrir tous les types de restes de guerre qui constituaient une menace pour l'environnement. Le projet de principe III-5 visait la nécessité pour les États et les organisations internationales de donner accès à l'information et d'échanger des informations en vue de renforcer la protection de l'environnement. L'accès à l'information et l'échange d'informations étaient déterminants pour que la coopération fonctionne.

151. Un seul projet de principe était proposé pour la quatrième partie. Le projet de principe IV-1 reflétait le statut juridique actuel des peuples autochtones et de leurs terres

« Projet de principe 17

« *Restes de guerre immergés en mer*

« Les États et les organisations internationales compétentes devraient coopérer pour faire en sorte que les restes de guerre immergés en mer ne constituent pas un danger pour l'environnement.

« Projet de principe 18

« *Échange et mise à disposition d'informations*

« 1. Pour faciliter les mesures de remise en état après un conflit armé, les États et les organisations internationales compétentes échangent les informations pertinentes et donnent accès à ces informations conformément aux obligations que leur impose le droit international.

« 2. Rien dans le présent projet de principe n'oblige un État ou une organisation internationale à échanger des informations ou à donner accès à des informations qui sont vitales pour sa défense ou sa sécurité nationales. Les États ou organisations internationales coopèrent néanmoins de bonne foi afin de fournir autant d'informations que les circonstances le permettent. »

[1277] A/CN.4/674 (voir *supra* la note 1268).

[1278] A/CN.4/685 (voir *supra* la note 1269).

et territoires, tel qu'il ressortait des traités internationaux pertinents et de la jurisprudence. D'autres projets de principe pourraient être ajoutés à cette partie.

152. La Rapporteuse spéciale a par ailleurs appelé l'attention des membres sur certaines questions non abordées dans le troisième rapport, notamment la clause de Martens et les questions liées à l'occupation, que la Commission pourrait souhaiter examiner dans le cadre de ses futurs travaux sur le sujet. La Rapporteuse spéciale a en outre signalé plusieurs autres questions qui pourraient présenter un intérêt pour le sujet, comme la responsabilité et l'obligation de réparer, ainsi que la responsabilité et la pratique d'acteurs non étatiques et de groupes armés organisés dans des conflits armés non internationaux. Elle a aussi envisagé l'opportunité de mentionner expressément dans un futur préambule le projet d'articles de la Commission sur les effets des conflits armés sur les traités[1279], qui était particulièrement pertinent pour le sujet à l'examen.

153. Enfin, la Rapporteuse spéciale a encouragé la poursuite des consultations avec les autres entités compétentes, comme le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), le PNUE, d'autres interlocuteurs pertinents du système des Nations Unies et des organisations régionales, et a souligné qu'il pourrait être utile à la Commission de continuer de recevoir des informations des États sur la législation et la jurisprudence internes intéressant le sujet.

2. Résumé du débat

a) *Observations d'ordre général*

154. L'importance du sujet a été réaffirmée par certains membres, qui ont insisté non seulement sur sa pertinence à l'époque contemporaine, mais aussi sur les questions qu'il soulevait, étant donné en particulier qu'il se trouvait à l'intersection de plusieurs régimes juridiques. En accordant une importance égale aux trois phases temporelles dans ses rapports, la Rapporteuse spéciale avait contribué à faire avancer le sujet. Certains membres ont bien compris l'objectif visé par le troisième rapport, mais ont néanmoins fait observer que, du fait de la structure de celui-ci, il était difficile de comprendre la pertinence des éléments présentés pour chaque phase temporelle. À cet égard, il a été dit qu'il était nécessaire de faire clairement la distinction entre les trois phases temporelles et de déterminer le droit applicable pour chacune d'elles. Il a été suggéré, afin de faciliter l'examen du sujet, de limiter les phases d'avant-conflit et d'après-conflit aux périodes précédant et suivant immédiatement les hostilités.

155. Si certains membres se sont félicités de ce que le rapport soit aussi riche en informations, d'autres membres ont fait observer que celui-ci était trop long et incluait des renseignements d'un intérêt limité. De ce fait, il était difficile de bien comprendre quelle était l'orientation du sujet. Il aurait été plus judicieux que le rapport présente une analyse approfondie des éléments sur lesquels les projets de principe étaient fondés et justifie ainsi le contenu de ceux-ci.

156. Certains membres ont approuvé la position de la Rapporteuse spéciale selon laquelle il n'était pas justifié d'examiner tous les traités en vigueur relatifs à l'environnement afin de déterminer leur applicabilité en situation de conflit armé. Il a été rappelé que la Commission avait déjà examiné la question de l'applicabilité des traités relatifs à l'environnement en général dans le contexte de ses travaux sur les articles relatifs aux effets des conflits armés sur les traités. Les traités relatifs à la protection de l'environnement figuraient dans la liste indicative des traités dont la matière implique qu'ils continuent de s'appliquer au cours d'un conflit armé. Les articles et les commentaires y relatifs présentaient incontestablement un intérêt pour le sujet à l'examen[1280].

157. Certains membres ont mis en garde contre toute tentative de simplement transposer les obligations en temps de paix au contexte de la protection de l'environnement en situation de conflit armé. Il n'était pas nécessaire d'examiner le point de savoir si chaque traité relatif au droit de l'environnement restait applicable durant un conflit armé, mais il fallait néanmoins déterminer si c'était le cas des règles jugées pertinentes en la matière. Dans ce contexte, le terme « applicable » soulevait deux questions sur lesquelles il convenait de se pencher : celle de savoir si telle ou telle règle était applicable ou non, au sens propre du terme ; et celle de savoir s'il était possible de la transposer aux situations de conflit armé ou s'il fallait l'adapter. D'aucuns ont relevé que plusieurs des projets de principe proposés n'avaient pas fait l'objet d'un examen de ce type.

158. S'agissant de la méthode suivie, il a été dit qu'il fallait établir une distinction dans les projets de principe entre conflits armés internationaux et conflits armés non internationaux car les règles applicables, comme les parties prenantes, étaient différentes selon la catégorie de conflit.

159. Concernant la portée des travaux sur le sujet, tandis que certains membres ont salué l'approche large proposée par la Rapporteuse spéciale, d'autres membres ont exprimé l'avis que le rapport et les projets de principe proposés s'écartaient trop de la protection de l'environnement proprement dite en ce qu'ils concernaient aussi l'environnement en tant que ressource naturelle et environnement humain, introduisant ainsi une perspective axée sur les droits de l'homme. En outre, si certains membres ont estimé que le sujet traité devait être limité à l'environnement naturel, d'autres membres se sont dits en faveur d'une démarche plus globale.

160. La nécessité d'assurer l'uniformité de la terminologie dans les projets de principe a aussi été évoquée. Cela valait particulièrement pour les termes « environnement » et « environnement naturel ».

161. À propos du résultat des travaux sur le sujet, si certains membres ont réaffirmé leur intérêt pour un projet de principes, d'autres se sont dits favorables à une approche éventuellement plus prescriptive, par exemple à l'adoption d'un projet d'articles. Plusieurs membres

[1279] Résolution 66/99 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011, annexe ; voir le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs dans l'*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 108 et suiv., par. 100 et 101.

[1280] *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 108 et suiv., par. 100 et 101 ; voir, en particulier, la liste indicative visée à l'article 7, qui figure à l'annexe du projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, ibid., p. 121 à 132.

ont souligné qu'il importait de veiller à ce que les termes employés dans les projets de principe correspondent au statut normatif que l'on entendait donner au résultat des travaux sur le sujet. Il a été signalé à cet égard le manque de cohérence dans l'emploi des formes verbales « doivent », « devraient » et « sont invités à ».

162. Certains membres ont salué le fait que le rapport présentait des renseignements détaillés sur la pratique des États et une analyse approfondie des règles applicables. Certaines contributions ont été jugées particulièrement intéressantes en ce qu'elles faisaient valoir les points de vue des victimes de dommages environnementaux résultant de conflits armés.

b) *Projet de principe I-1 – Mise en œuvre et exécution forcée*

163. Si plusieurs membres ont estimé que le contenu du projet de principe I-1 était pertinent, d'autres ont souligné qu'il n'était pas étayé par les éléments présentés dans le rapport, ce qui empêchait de l'apprécier comme il se devait. D'une manière générale, les membres ont fait observer que les termes du projet de principe étaient trop généraux et qu'il convenait de préciser davantage les mesures de prévention envisagées. Il a aussi été noté que le champ d'application temporel du projet de principe n'était pas clair. À ce sujet, certains membres ont estimé que le projet de principe concernait tout autant la phase d'après-conflit que celle d'avant-conflit. Il était par ailleurs nécessaire de clarifier les liens entre ce projet de principe et les projets de principe suivants de la première partie, et, en particulier, de préciser si ces derniers énonçaient différentes manières d'appliquer le premier. Il a aussi été proposé de revoir l'intitulé afin que celui-ci corresponde mieux au contenu du projet de principe.

c) *Projet de principe I-3 – Accords sur le statut des forces et sur le statut de la mission*

164. Plusieurs membres ont mis en doute la pertinence du projet de principe I-3 au regard du sujet. Selon eux, les accords sur le statut des forces et le statut de la mission ne concernaient pas la conduite des forces stationnées telle qu'elle était envisagée dans la disposition proposée et ne se rapportaient pas directement aux conflits armés. Il a été proposé que cette disposition, si elle était conservée, traite d'« accords spéciaux ». Il a cependant été souligné que les accords actuels sur le statut des forces et le statut de la mission semblaient inclure des dispositions sur la protection de l'environnement et qu'il était donc possible d'envisager de conserver la mention des mesures proposées dans le projet de principe. Tout en reconnaissant que les accords sur le statut des forces et le statut de la mission ne portaient pas sur les conflits armés, certains autres membres ont néanmoins considéré que le projet de principe constituait une mesure de prévention importante qui pouvait viser d'autres conséquences environnementales éventuelles, comme la contamination de bases militaires. Il a en outre été souligné que le principe du « pollueur-payeur » devrait être mentionné dans le projet de principe. Il a aussi été dit que la dernière phrase du projet de principe énumérant différents types de mesures créait une certaine confusion quant à la phase temporelle à laquelle se rapportait le projet.

d) *Projet de principe I-4 – Opérations de paix*

165. Considérant que les opérations de paix tenaient apparemment de plus en plus compte de préoccupations d'ordre environnemental, plusieurs membres ont exprimé leur appui à l'examen de cette question dans le contexte des travaux sur le sujet. Ces membres n'étaient cependant pas convaincus que le projet de principe soit à sa place dans la partie consacrée à la phase d'avant-conflit, car les mesures énoncées dans la disposition proposée étaient apparemment applicables non seulement durant la phase de prévention, mais aussi pendant la durée des activités (atténuation) et après la fin de celles-ci (réparation). Il fallait donc soit mentionner l'obligation de prendre ces mesures dans les principes correspondant à chaque phase, soit créer une rubrique consacrée aux principes généraux applicables pendant toutes les phases. Il a par ailleurs été souligné que les opérations de paix pouvaient jouer un rôle important dans le relèvement après un conflit et qu'en conséquence le projet de principe devrait être axé sur les mesures de restauration et de réparation. Afin de mieux délimiter la portée du projet de principe, il a été proposé de définir l'expression « opérations de paix » aux fins de celui-ci, ou au moins de l'expliquer dans le commentaire. Par ailleurs, il fallait libeller le projet de principe en des termes plus souples pour mieux refléter l'état actuel du droit – apparemment, aucune obligation correspondante n'existait encore en droit international. À ce propos, certains membres ont fait observer que le contenu de la disposition proposée n'était pas étayé, dans le rapport, par une étude et une analyse suffisantes de la pratique relative aux opérations de paix. Il a aussi été dit que les principes sur lesquels reposait une opération de maintien de la paix, en particulier le non-recours à la force et le consentement des parties, différenciaient une telle opération d'un conflit armé. En incluant les opérations de maintien de la paix dans le champ d'application des travaux, on risquait d'assimiler leur engagement à un conflit armé et ainsi de compromettre la viabilité et l'utilité de telles opérations dans leur ensemble.

e) *Projet de principe III-1 – Accords de paix*

166. Plusieurs membres ont appuyé le projet de principe III-1, convenant que les accords de paix devaient contenir des dispositions sur la réparation des dommages environnementaux causés par un conflit armé. On a néanmoins souligné que la gestion de la protection de l'environnement après un conflit et la répartition des responsabilités en la matière ne relevaient pas du sujet. Soulignant ce qu'ils considéraient comme une lacune du projet de principe, certains membres ont estimé que les accords de paix devaient également comprendre des dispositions sur les questions liées à l'incrimination, la responsabilité pour les dommages causés à l'environnement et l'indemnisation. Le rôle de facilitation joué par les organisations internationales et régionales, s'agissant de faire figurer de telles dispositions dans les accords de paix, devait également être mentionné.

167. D'autres membres ont relevé que le projet de principe visait les conflits armés sans préciser leur nature et sans distinguer entre les États et les acteurs non étatiques. Cette approche posait problème, car la dynamique entre les parties à un conflit armé était différente selon que celui-ci était international ou non international ; dans ce

dernier cas, une partie au conflit pouvait tout simplement disparaître. De plus, assigner aux acteurs non étatiques des obligations comparables à celles assignées aux États risquait de légitimer telle ou telle partie à un conflit. Dans ce contexte, certains ont proposé de limiter le champ d'application *ratione materiae* du projet de principe aux conflits armés internationaux, tout en faisant observer que la question méritait d'être étudiée plus avant car la Rapporteuse spéciale avait principalement examiné les accords de paix conclus à l'issue de conflits armés non internationaux. Toutefois, selon une autre opinion, les accords de paix entre États étaient rares de nos jours et ceux qui étaient conclus ne contenaient généralement pas de dispositions sur la protection de l'environnement. Le champ d'application du projet de principe devait donc être limité aux conflits armés non internationaux.

f) *Projet de principe III-2 – Évaluations et études environnementales après un conflit*

168. Les membres de la Commission ont dans l'ensemble reconnu l'importance des évaluations et des études environnementales effectuées après un conflit. On a fait observer que le projet de principe ne reflétait pas des obligations juridiques existant en droit international mais posait un principe général important. Des questions ont néanmoins été soulevées quant au champ d'application *ratione temporis* de son paragraphe 1, concernant tant le moment où les évaluations et études visées étaient censées être effectuées que la place de ce paragraphe parmi les dispositions concernant la phase de l'après-conflit. Pour ce qui est du moment où effectuer les études et évaluations, on a souligné qu'il était peu probable que les anciens belligérants coopèrent immédiatement après la cessation des hostilités et qu'il fallait combler une lacune temporelle importante. Quant à la place du paragraphe, les évaluations et les études étaient tout aussi importantes durant le conflit armé, en particulier lorsque les dommages appelaient des mesures d'atténuation immédiates. De plus, selon certains, le champ d'application du paragraphe 1 devait être limité aux États parce que la nécessité de coopérer avec des acteurs non étatiques ne pouvait être évaluée qu'au cas par cas. S'agissant du paragraphe 2, on a fait observer que, si l'intention était uniquement d'effectuer des évaluations en prévision d'opérations futures − démarche qui, en soit, était contestée −, il était préférable de faire figurer ce paragraphe dans la section consacrée à la prévention, ou de le supprimer purement et simplement puisque le cas de figure était déjà envisagé dans le projet de principe I-4. En outre, d'aucuns ont fait observer que ce projet de principe devait également refléter la nécessité de protéger le personnel effectuant les évaluations et études environnementales.

169. D'aucuns ont en outre fait observer que, pour évaluer la pertinence et l'applicabilité de la règle sous-tendant le projet de principe dans le contexte des conflits armés, il fallait déterminer si elle était impérative et, le cas échéant, dans quelle mesure.

g) *Projet de principe III-3 (Restes de guerre) et projet de principe III-4 (Restes de guerre immergés en mer)*

170. Plusieurs membres ont jugé les projets de principes III-3 et III-4 extrêmement pertinents. Certains ont toutefois fait observer que leur lien avec la protection de l'environnement devait être précisé. Cela était particulièrement vrai du projet de principe III-3, qui semblait viser davantage les dommages aux personnes et aux biens que les dommages à l'environnement. Pour cette raison également, les références à la santé publique et à la sécurité des gens de mer devaient être supprimées du projet de principe III-4.

171. Dans le projet de principe III-3, il fallait en outre préciser à qui incombaient au premier chef les obligations énoncées. Certains membres ont estimé que ces obligations devaient continuer d'être à la charge de l'État ayant juridiction et des organisations internationales concernées ; il n'était pas réaliste d'attendre des acteurs non étatiques impliqués dans le conflit armé qu'ils prennent les mesures énoncées. On a également proposé d'énoncer dans le projet de principe une obligation de notification comparable à celle figurant à l'article 5 de la Convention relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact.

172. Pour plusieurs membres, l'emploi de l'expression « [s]ans retard » au paragraphe 1 du projet de principe III-3 n'était pas réaliste et ne reflétait pas la pratique. L'enlèvement des restes de guerre ne constituait une priorité après la cessation des hostilités que s'il répondait à un besoin immédiat de la population. On a aussi fait observer que le paragraphe 2 du projet de principe semblait énoncer des obligations inconditionnelles qui allaient au-delà de la pratique des États.

173. Devaient également être examinés plus avant les types de restes de guerre relevant des projets de principe, dont le libellé semblait à la fois trop large et trop étroit. À cet égard, plusieurs membres ont estimé important d'adopter une approche large et non exhaustive, alors que d'autres ont fait observer que viser tous les restes de guerre nécessiterait une étude plus approfondie. On a aussi fait valoir que le type d'informations visées au paragraphe 2 du projet de principe III-4 devait être précisé, éventuellement dans les commentaires.

174. Pour certains membres, la relation entre les projets de principes III-3 et III-4 appelait des éclaircissements. On voyait mal, par exemple, si le projet de principe III-3 avait un caractère générique. Il a été proposé de réunir les deux dispositions. D'aucuns ont aussi fait observer que le projet de principes n'énonçait pas d'obligations correspondantes et ont demandé pourquoi le projet de principe III-4 n'énonçait pas l'obligation d'enlever les restes de guerre. Selon certains, il fallait y préciser à qui incombait la responsabilité d'enlever les restes de guerre immergés en mer.

h) *Projet de principe III-5 – Accès à l'information et échange d'informations*

175. Si l'accès à l'information et l'échange d'informations ont été généralement considérés comme importants, certains membres ont néanmoins estimé que le projet de principe III-5 était rédigé en termes excessivement larges. La portée de l'obligation devait être clarifiée et adaptée, en particulier pour tenir compte des situations dans lesquelles les États avaient des raisons valides, tenant par

exemple à la sécurité nationale, de ne pas communiquer certaines informations. Certains ont toutefois fait observer que, comme la disposition indiquait que les États procédaient à l'échange d'informations « conformément à leurs obligations de droit international », elle n'impliquait pas une obligation aussi étendue. Pour certains membres, l'accès à l'information et le partage d'informations reposaient sur le consentement de l'État et le libellé du projet de principe devait donc être moins prescriptif. Il a aussi été souligné que l'accès à l'information et le partage d'informations étaient deux obligations distinctes qui ne pouvaient être mises sur le même plan.

176. Pour plusieurs membres, il fallait préciser le champ d'application temporel du projet de principe, car celui-ci n'indiquait pas à quel moment le partage d'informations devait avoir lieu. Certains estimaient qu'étant donné son caractère général, le projet de principe concernait les trois phases et il était donc préférable de le faire figurer avec les « principes généraux ». Pour d'autres, par contre, l'obligation de donner accès à l'information et de partager des informations ne pouvait s'appliquer au cours de la phase II (durant le conflit armé). Le principe dont cette obligation découlait reposait sur des règles applicables en temps de paix, et ne pouvait pas être purement et simplement appliqué aux situations de conflit armé. Certains ont cependant fait observer que si le projet de principe devait être applicable durant le conflit armé, il fallait l'assortir de suffisamment de conditions pour qu'il soit clair que l'obligation ne s'appliquait pas aux informations touchant la sécurité ou la défense nationales. Il a aussi été proposé de préciser que le projet de principe ne concernait que les situations d'après-conflit. Des éclaircissements ont été demandés quant aux acteurs qui devaient avoir accès à l'information et au type des informations qui devaient être partagées durant chaque phase.

i) *Projet de principe IV-1 – Droits des peuples autochtones*

177. Plusieurs membres ont estimé que les questions touchant aux droits des peuples autochtones ne relevaient pas du sujet, et que le fait que ces peuples ont une relation particulière avec leurs terres et leur environnement ne justifiait pas que l'on traite cette question. De plus, le contenu du projet de principe était sans rapport avec le sujet car il ne traitait pas des dommages causés aux peuples autochtones par les conflits armés. La question avait été envisagée du point de vue des droits de l'homme et aucun argument n'avait été présenté pour justifier qu'on l'aborde. Pour plusieurs autres membres, cette question avait été analysée dans une perspective trop étroite pour lui faire justice. Si le projet de principe IV-1 ne traitait pas convenablement la question, ils jugeaient néanmoins important d'aborder la situation des peuples autochtones dans le projet de principes. Ces peuples étaient en effet particulièrement vulnérables aux interventions extérieures et la protection de leur environnement, en particulier dans le contexte des conflits armés, devait faire l'objet d'un traitement particulier. Référence a été faite à certaines dispositions de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones[1281] et de la Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones[1282]. Il ne fallait pas passer la question sous silence, mais remanier le projet de principe afin qu'il souligne la nécessité de protéger les terres et l'environnement des peuples autochtones. On a aussi avancé que les peuples autochtones étaient particulièrement touchés par les activités de remise en état suivant un conflit et avaient un rôle important à jouer dans celles-ci. Le projet de principe devait donc être axé sur cette phase et viser plus spécifiquement les obligations des États quant aux conséquences environnementales du conflit armé. Selon une autre opinion, la question pourrait être envisagée dans le cadre du projet de principe I-(x), relatif aux zones protégées, dont la Commission avait pris note à sa précédente session[1283]. Certains ont fait observer que le projet de principe relatif aux droits des peuples autochtones concernait les trois phases temporelles et devait donc figurer dans une partie consacrée à des « principes généraux ».

j) *Programme de travail futur*

178. Soulignant que la Rapporteuse spéciale était sur le point de quitter la Commission, certains membres ont rappelé l'importance qu'ils attachaient au sujet et dit souhaiter vivement que les travaux se poursuivent lors du quinquennat suivant. Concernant les questions restant à examiner, plusieurs membres ont estimé qu'il fallait, dans le projet de principes, envisager celles de la responsabilité, de l'obligation de réparer et de l'indemnisation. Toutefois, traiter ces questions risquait de rendre le projet de principes plus prescriptif. Certains membres étaient d'accord avec la Rapporteuse spéciale qu'il pouvait être pertinent d'examiner la question de l'occupation. D'aucuns ont de surcroît fait observer qu'il pourrait aussi être intéressant d'examiner certaines questions touchant la responsabilité des acteurs non étatiques et des groupes armés organisés dans le contexte des conflits armés non internationaux. On a toutefois signalé que le projet de principes semblait déjà couvrir ce type de conflits, ce qui soulevait la question des conséquences éventuelles d'un futur examen sur les travaux déjà menés. On a de plus proposé de rédiger un projet de principe posant que les États devraient soigneusement tester les nouvelles armes et élaborer des manuels militaires adéquats en prévision de futurs conflits. Selon certains, il pouvait être utile de déterminer la façon dont l'environnement était pris en compte dans les activités de diverses institutions s'occupant de finance et d'investissements, notamment le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et la Société financière internationale, et en particulier si les dommages à l'environnement pouvaient être assurés.

179. Certains membres s'accordaient avec la Rapporteuse spéciale pour dire qu'il serait utile que la Commission poursuive ses consultations avec d'autres entités, notamment le CICR, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) et le PNUE, ainsi qu'avec des organisations régionales, et que les États continuent de fournir des exemples pertinents issus de leur législation et de leur jurisprudence.

[1281] Résolution 61/295 de l'Assemblée générale, en date du 13 septembre 2007, annexe.

[1282] Organisation des États américains, résolution AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), en date du 15 juin 2016.

[1283] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 68 et suiv., par. 134.

3. Conclusions de la Rapporteuse spéciale

180. Étant donné les observations faites lors du débat en plénière sur la méthode à suivre et le sujet à l'examen dans son ensemble, la Rapporteuse spéciale a estimé utile d'expliquer que l'organisation des projets de principe en phases temporelles visait à faciliter la recherche et l'analyse car il s'agissait d'un sujet très large. Elle a reconnu que maintenir cette organisation, qui découlait des travaux du Comité de rédaction, posait des problèmes de fond du fait que, comme on l'avait relevé au cours du débat, plusieurs projets de principe concernaient plus d'une phase. Si la Commission décidait de structurer le projet de principes par phase, il pourrait être opportun d'insérer une partie distincte intitulée « Principes d'application générale » au tout début du projet. Cette partie remplacerait celle provisoirement intitulée « Quatrième partie – [Principes supplémentaires] ». La Rapporteuse spéciale était convaincue que les préoccupations exprimées au sujet de l'organisation en phases temporelles pouvaient être dissipées dans le cadre du Comité de rédaction.

181. S'agissant des observations concernant l'utilité et la pertinence de certains éléments de recherche contenus dans le rapport, la Rapporteuse spéciale a fait observer que la protection de l'environnement dans le contexte des conflits armés était un nouveau domaine juridique. Il était donc important de montrer que les préoccupations environnementales étaient de plus en plus prises en considération dans divers domaines juridiques, parfois d'une manière pouvant être perçue comme ne relevant qu'indirectement du sujet. Cela était particulièrement évident dans la jurisprudence relative aux dommages environnementaux, qui souvent abordait ces préoccupations sous un autre angle et donnait l'impression de se rapporter uniquement aux droits de propriété et aux droits de l'homme, domaines permettant de présenter des arguments juridiques plus solides. Une autre section du rapport qui avait suscité des critiques comparables était celle relative aux accords d'investissement. À propos des articles de la Commission sur les effets des conflits armés sur les traités, la Rapporteuse spéciale a rappelé que les accords d'investissement faisaient partie de la catégorie de traités[1284] dont la matière impliquait qu'ils continuaient de s'appliquer en temps de conflit armé. Ces accords contribuent donc à montrer que la protection de l'environnement est prévue dans des traités pouvant demeurer en vigueur durant un conflit armé. Pour la Rapporteuse spéciale, ces questions étaient à la fois importantes et utiles pour les travaux menés sur le sujet. Elle a en outre souligné que ce dernier n'était pas limité à la protection de l'environnement durant un conflit armé, car il visait également d'autres domaines du droit international que le droit des conflits armés, ainsi qu'il ressortait très clairement de son intitulé. La Rapporteuse spéciale a toutefois admis qu'il était vrai que, dans plusieurs des projets de principe, le lien avec la protection de l'environnement pouvait être davantage mis en évidence.

182. Répondant aux observations selon lesquelles la section relative aux travaux futurs n'était pas suffisamment développée, la Rapporteuse spéciale a indiqué qu'elle avait jugé plus approprié de se contenter d'y mettre en évidence certaines questions que la Commission pourrait vouloir examiner, car c'était au Rapporteur spécial qui lui succéderait de décider comment procéder.

183. La Rapporteuse spéciale a aussi répondu à certaines des observations touchant les projets de principe. Elle a reconnu avoir rédigé le projet de principe I-1 en termes généraux, sans préciser les diverses mesures envisagées. Il était possible de remédier à ce problème en donnant des exemples de ces mesures, soit dans le projet de principe, soit dans les commentaires.

184. En réponse aux préoccupations concernant la pertinence des accords sur le statut des forces et le statut de la mission, qui font l'objet du projet de principe I-3, la Rapporteuse spéciale a réaffirmé que le sujet ne se limitait pas à la phase du conflit armé proprement dit et fait observer que ces accords pouvaient traiter de questions éminemment importantes pour la protection de l'environnement, par exemple les mesures de marquage, de reconstruction et de prévention concernant les substances toxiques. S'agissant du projet de principe I-4, l'idée d'envisager les opérations de paix dans le projet de principes semblait être généralement approuvée. À propos toutefois de l'observation selon laquelle mentionner les missions de maintien de la paix dans le projet de principes risquait d'entraîner l'assimilation de ces missions à une forme d'engagement dans un conflit armé, elle a de nouveau souligné que le projet de principe ne se limitait pas aux situations de conflit armé, mais portait également sur les phases précédant et suivant un conflit. Elle a aussi rappelé que le droit international humanitaire s'appliquait à ces missions.

185. En ce qui concerne les projets de principes III-3 et III-4, relatifs aux restes de guerre, la Rapporteuse spéciale a constaté que les observations les concernant avaient porté sur l'exhaustivité de la liste des restes de guerre fournie, l'attribution de la responsabilité de leur enlèvement, l'aspect temporel des projets de disposition et les réalités politiques influant sur la mise en œuvre de celles-ci. La liste des types de restes de guerre donnée dans le projet de principe III-3 reflétait l'état actuel du droit des conflits armés. La Rapporteuse spéciale était néanmoins prête à accueillir les propositions visant à ce que d'autres restes de guerre toxiques et dangereux soient également couverts. Elle a précisé que la responsabilité de l'enlèvement des restes de guerre était réglementée par le droit des conflits armés et que c'était pour cette raison qu'elle n'en avait pas traité dans les projets de principe. De surcroît, il ressortait des dispositions juridiques applicables que cette responsabilité n'incombait pas seulement aux États et pouvait être interprétée comme concernant aussi d'autres acteurs du conflit. À propos de l'aspect temporel des projets de principe, la Rapporteuse spéciale a rappelé que ceux-ci figuraient parmi les principes relevant de la phase d'après-conflit et, de ce fait, étaient censés s'appliquer uniquement durant cette phase. Concernant la préoccupation selon laquelle l'expression « [s]ans retard » figurant dans le projet de principe III-3 risquait d'imposer une obligation déraisonnable aux États, la Rapporteuse spéciale a signalé que cette expression était utilisée à l'article 10 du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II) tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996, annexé à la

[1284] Traités d'amitié, de commerce et de navigation et accords concernant des droits privés [voir la liste indicative des traités visés à l'article 7, reproduite dans l'annexe du projet d'articles, *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 121 à 132, aux pages 125 à 128].

Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (Convention sur certaines armes classiques).

186. En ce qui concerne les observations sur la phase concernée par le projet de principe III-5, la Rapporteuse spéciale a estimé que, si la division temporelle était conservée dans le projet de principes, cette disposition était mieux adaptée aux situations d'après-conflit. Elle a en outre fait observer que, comme l'avaient suggéré certains membres, la disposition proposée pourrait prévoir des exceptions au principe de l'accès à l'information et du partage d'informations pour des raisons touchant la sécurité et la défense nationales. Elle a toutefois souligné que si plusieurs instruments juridiques existants prévoyaient de telles exceptions, les parties n'en demeuraient pas moins tenues de coopérer de bonne foi.

187. La Rapporteuse spéciale a rappelé que le projet de principe IV-1, relatif aux droits des peuples autochtones, avait suscité de nombreuses observations qui avaient révélé des divergences de vues entre les membres sur la question de savoir s'il fallait ou non aborder la question. Elle a dit demeurer convaincue que celle-ci se rapportait tout à fait au sujet à l'examen, mentionnant divers instruments dans lesquels le lien entre les peuples autochtones et leur environnement était souligné ou dont il ressortait que ce lien était particulièrement pertinent dans le contexte des conflits armés[1285]. Elle a toutefois reconnu que ce lien devait être précisé dans le projet de principe, qui devait non seulement être clairement axé sur la protection de l'environnement des peuples autochtones, mais aussi envisager directement les situations de conflit armé.

C. Texte des projets de principe sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés provisoirement adoptés par la Commission à ce jour

1. Texte des projets de principe

188. Le texte des projets de principe provisoirement adoptés par la Commission à ce jour est reproduit ci-après.

Projet de principe 1. Champ d'application

Les présents projets de principe s'appliquent à la protection de l'environnement[*] avant, pendant ou après un conflit armé.

Projet de principe 2. Objet

Les présents projets de principe visent à améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, notamment par le biais de mesures de prévention destinées à réduire au minimum les dommages infligés à l'environnement durant un conflit armé et par le biais de mesures réparatrices.

[…]

Première partie

PRINCIPES GÉNÉRAUX

[…]

Projet de principe 5 [I-(x)][**]. Déclaration de zones protégées

Les États devraient déclarer, par accord ou autrement, zones protégées les zones d'importance environnementale et culturelle majeure.

[…]

[…]

Deuxième partie

PRINCIPES APPLICABLES PENDANT UN CONFLIT ARMÉ

Projet de principe 9 [II-1]. Protection générale de l'environnement naturel pendant un conflit armé

1. L'environnement naturel doit être respecté et protégé conformément au droit international applicable et, en particulier, au droit des conflits armés.

2. Le conflit armé sera conduit en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves.

3. Aucune partie de l'environnement naturel ne saurait être attaquée, à moins qu'elle soit devenue un objectif militaire.

Projet de principe 10 [II-2]. Application du droit des conflits armés à l'environnement naturel

Le droit des conflits armés, notamment les principes et règles de distinction, de proportionnalité, de nécessité militaire et de précautions dans l'attaque s'appliquent à l'environnement naturel, en vue de sa protection.

Projet de principe 11 [II-3]. Considérations environnementales

Les considérations environnementales sont prises en compte dans l'application du principe de proportionnalité et des règles relatives à la nécessité militaire.

Projet de principe 12 [II-4]. Interdiction des représailles

Les attaques commises contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites.

Projet de principe 13 [II-5]. Zones protégées

Une zone d'importance environnementale et culturelle majeure déclarée zone protégée par accord est protégée contre toute attaque, aussi longtemps que ne s'y trouve aucun objectif militaire.

2. Texte des projets de principe et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-huitième session

189. Le texte des projets de principe et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-huitième session est reproduit ci-après.

PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT EN RAPPORT AVEC LES CONFLITS ARMÉS

Introduction

1) Du point de vue structurel, le projet de principes est composé d'une première section intitulée « Introduction », qui contient des projets de principe relatifs au champ

[1285] Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (voir *supra* la note 1281) et Convention de l'OIT (nº 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants.

[*] La question de savoir s'il est préférable d'employer le terme « environnement » ou l'expression « environnement naturel » pour tout ou partie des présents projets de principe sera réexaminée à un stade ultérieur.

[**] Les numéros des projets de principe provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la soixante-septième session et dont la Commission a pris note lors de la même session sont indiqués entre crochets.

d'application et à l'objet des projets de principe, suivie de trois parties. La première partie a trait à la protection de l'environnement *avant* l'éclatement d'un conflit armé, mais contient également des projets de principe de caractère plus général qui concernent les trois phases temporelles d'un conflit armé − avant, pendant et après. De nouveaux projets de principe y seront ajoutés ultérieurement. La deuxième partie concerne la protection de l'environnement *pendant* un conflit armé et la troisième partie, la protection de l'environnement *après* un conflit armé.

2) Les dispositions sont présentées comme des projets de « principe », étant entendu que leur forme finale sera examinée à un stade ultérieur. Le sujet à l'examen relevant d'une matière qui est à cheval entre le droit de l'environnement et le droit des conflits armés, les principes sont libellés de manière générale et abstraite[1286].

3) La Commission doit encore rédiger un préambule au projet de principes. Il est entendu qu'un préambule, formulé suivant l'usage habituel, sera élaboré le moment venu.

4) Dans son rapport préliminaire, la Rapporteuse spéciale a proposé des définitions des termes « conflit armé » et « environnement », qui pourraient être regroupées dans une disposition intitulée « Emploi des termes » si la Commission décidait de définir ces termes dans le projet de principes[1287]. La Rapporteuse spéciale a aussi clairement dit qu'elle n'était pas convaincue de la nécessité d'adopter une telle disposition, en particulier à un stade encore précoce des travaux. Sa proposition a toutefois permis de mettre en lumière certaines questions qui pourraient se poser si l'on cherchait à définir ces termes, et donné l'occasion de prendre l'avis des membres sur ce point[1288]. Dans son deuxième rapport, la Rapporteuse spéciale a inséré une disposition intitulée « Emploi des termes » dans le projet de principes proposé[1289], mais a demandé que celle-ci ne soit pas envoyée au Comité de rédaction[1290]. Certains membres, dont la Rapporteuse spéciale, demeuraient réticents à inclure des définitions dans le projet de principes, alors que d'autres étaient d'avis contraire. Par conséquent, il a été jugé prématuré de retirer les définitions du projet et la Rapporteuse spéciale a maintenu sa proposition en vue d'en évaluer l'utilité à la lumière des futurs débats de la Commission.

Projet de principe 1. Champ d'application

Les présents projets de principe s'appliquent à la protection de l'environnement[*] avant, pendant ou après un conflit armé.

Commentaire

1) Cette disposition délimite le champ d'application des projets de principe. Elle prévoit que ceux-ci couvrent trois phases temporelles − avant, pendant et après un conflit armé. Il a semblé important de signaler assez tôt que le champ d'application des projets de principe s'étendait à ces trois phases. La conjonction disjonctive « ou » vise à souligner que les projets de principe ne s'appliquent pas tous à chaque phase. Cela étant, il convient de noter que, parfois, ces trois phases se recoupent quelque peu. En outre, la formulation retenue est le fruit des débats qui ont eu lieu au sein de la Commission ainsi que de la Sixième Commission de l'Assemblée générale[1291].

2) Articuler les projets de principe autour des phases temporelles décrites plus haut permet de définir leur champ d'application *ratione temporis*. Il a semblé que le sujet serait plus facile à traiter et à délimiter s'il était envisagé dans une perspective temporelle, plutôt que du point de vue de diverses branches du droit international comme le droit international de l'environnement, le droit des conflits armés et le droit international des droits de l'homme. La répartition en phases permettrait de définir les mesures juridiques à prendre pour protéger l'environnement avant, pendant et après un conflit armé. Cette approche aiderait la Commission à recenser les problèmes juridiques concrets pouvant se présenter aux différents stades d'un conflit armé, ce qui facilitait l'élaboration des projets de principe[1292].

3) S'agissant du champ d'application *ratione materiae* des projets de principe, il est fait référence à la « protection de l'environnement » en rapport avec les « conflits armés ». Aucune distinction n'est faite entre les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux.

4) L'astérisque qui suit le terme « environnement » indique que la Commission n'a pas encore décidé s'il fallait que celui-ci soit défini dans le projet de principes, ni si, le cas échéant, la définition devait porter sur « environnement » ou sur « environnement naturel »[1293].

Projet de principe 2. Objet

Les présents projets de principe visent à améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, notamment par le biais de mesures de prévention destinées à réduire au minimum les dommages infligés à l'environnement durant un conflit armé et par le biais de mesures réparatrices.

Commentaire

1) Cette disposition expose l'objet fondamental des projets de principe. Elle indique clairement que ceux-ci visent à améliorer la protection de l'environnement en

[1286] La Commission a déjà choisi de donner aux résultats de certains travaux la forme de projet de principes ; voir, par exemple, les projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses [*Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 59 et suiv., par. 66 et 67].

[1287] A/CN.4/674 (voir *supra* la note 1268), p. 229 et 230, par. 78 et 86.

[1288] Exposé liminaire de la Rapporteuse spéciale à la 3227e séance de la Commission, le 18 juillet 2014 (non reflété dans le compte rendu de la séance).

[1289] A/CN.4/685 (voir *supra* la note 1269), annexe I.

[1290] Exposé liminaire présenté par la Rapporteuse spéciale à la 3264e séance de la Commission, le 6 juillet 2015 [en partie reproduit dans le compte rendu de la séance (voir *Annuaire… 2015*, vol. I)].

[*] La question de savoir s'il est préférable d'employer le terme « environnement » ou l'expression « environnement naturel » pour tout ou partie des présents projets de principe sera réexaminée à un stade ultérieur.

[1291] Le sujet a été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission en 2011, puis au programme de travail en cours en 2013 [*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 180, par. 365 ; et *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 77, par. 131].

[1292] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 77, par. 135 ; voir aussi *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 164 et suiv., par. 192 à 213.

[1293] À la demande de la Rapporteuse spéciale, la disposition concernant l'emploi des termes proposée a été transmise au Comité de rédaction, mais uniquement dans l'objectif de faciliter les débats.

rapport avec les conflits armés, notamment au moyen de mesures de prévention (destinées à réduire au minimum les dommages infligés à l'environnement pendant un conflit armé) et de mesures réparatrices (visant à remettre en état l'environnement lorsqu'il a subi des dommages du fait d'un conflit armé). Il est à noter que le but de la disposition est exprimé par le verbe « améliorer », qui, dans ce cas, ne saurait être interprété comme participant d'un effort de développement progressif du droit.

2) La disposition énonce le but des projets de principe, qui sera défini plus avant dans les principes suivants. Le membre de phrase « notamment par le biais de mesures de prévention destinées à réduire au minimum les dommages infligés à l'environnement durant un conflit armé et par le biais de mesures réparatrices » vise à indiquer les catégories générales de mesures requises pour fournir la protection nécessaire.

3) Tout comme celle relative au champ d'application, la présente disposition couvre les trois phases temporelles. Si la Commission[1294] et la Sixième Commission[1295] ont toutes deux convenu que ces trois phases étaient étroitement liées[1296], les « mesures de prévention destinées à réduire au minimum les dommages » visent principalement la situation avant et pendant un conflit armé, tandis que les « mesures réparatrices » concernent principalement la phase postérieure au conflit. Il est à noter qu'un État peut prendre des mesures réparatrices destinées à remettre l'environnement en état avant même qu'un conflit ait pris fin.

4) L'expression *remedial measures* a été préférée, en anglais, à l'expression *restorative measures*, car elle a été jugée plus claire et plus large en ce qu'elle couvre toute mesure réparatrice susceptible d'être prise pour remettre l'environnement en état. Il peut s'agir, par exemple, des mesures prises eu égard à des pertes et dommages dus à la détérioration de l'environnement, ou de l'engagement de dépenses liées à des mesures raisonnables de remise en l'état ou de dépenses de nettoyage raisonnables associées aux dépenses liées à des mesures d'intervention raisonnables.

Première partie

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Projet de principe 5 [I-(x)]. Déclaration de zones protégées

Les États devraient déclarer, par accord ou autrement, zones protégées les zones d'importance environnementale et culturelle majeure.

Commentaire

1) Le projet de principe 5 [I-(x)] est intitulé « Déclaration de zones protégées » et prévoit que les États devraient déclarer, par accord ou autrement, zones protégées les zones d'importance environnementale et culturelle majeure. L'expression « zones protégées » a été préférée à l'expression « zones démilitarisées », qui peut avoir plusieurs significations. Si la première partie (« Principes généraux »), dans laquelle se trouve cette disposition, traite principalement de la période antérieure au conflit, durant laquelle la paix règne, on y trouve également des principes plus généraux applicables aux trois phases temporelles. Le projet de principe 5 [I-(x)] n'exclut donc pas les situations dans lesquelles une zone est déclarée protégée pendant un conflit armé ou peu après la fin d'un conflit armé. Il a été admis que certains projets de principe pourraient concerner différentes phases temporelles, et c'est le cas du projet de principe 5 [I-(x)]. En outre, celui-ci est assorti d'une disposition correspondante (le projet de principe 13 [II-5]), qui figure dans la deuxième partie (« Principes applicables pendant un conflit armé »).

2) Il se peut qu'un État prenne déjà les mesures nécessaires pour protéger l'environnement en général, notamment des mesures préventives au cas où un conflit armé surviendrait. Il n'est pas rare d'accorder un statut juridique spécial à certaines zones afin de les protéger et de les préserver, que ce soit dans le cadre d'accords internationaux ou par l'adoption de lois internes. Dans certains cas, ces zones sont non seulement préservées en temps de paix, mais aussi protégées contre les attaques en temps de conflit armé[1297]. C'est le cas, en général, des zones démilitarisées et neutralisées. Il convient de noter que l'expression « zones démilitarisées » a un sens particulier dans le contexte du droit des conflits armés. Les zones démilitarisées sont des zones établies par les parties à un conflit dans lesquelles celles-ci ont interdiction d'étendre leurs opérations militaires si cela est contraire aux dispositions de leur accord[1298]. Des zones démilitarisées peuvent également être établies en temps de paix[1299]. Il existe divers degrés de démilitarisation ; certaines zones sont totalement démilitarisées et d'autres, comme les zones exemptes d'armes nucléaires, le sont partiellement.

3) Lorsqu'il s'agit de déclarer une zone protégée en vertu du présent projet de principe, les États devraient accorder une importance particulière à la protection des zones d'importance majeure sur le plan écologique qui sont vulnérables aux conséquences néfastes des

---

[1294] *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 165, par. 193.

[1295] Norvège (au nom des pays nordiques) [A/C.6/69/SR.25, par. 133], Portugal (A/C.6/69/SR.26, par. 6), Singapour (ibid., par. 66), Nouvelle-Zélande (A/C.6/69/SR.27, par. 3) et Indonésie (ibid., par. 67).

[1296] Par exemple, des mesures réparatrices peuvent être exigées pendant une occupation.

[1297] Voir le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/685) [note 1269 *supra*], par. 210.

[1298] Voir Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 60. Voir aussi J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles*, Bruxelles, CICR et Bruylant, 2006, p. 120. Les auteurs de l'étude du droit coutumier réalisée par le CICR ont estimé qu'il s'agissait d'une règle de droit international coutumier qui s'appliquait aussi bien aux conflits armés internationaux qu'aux conflits armés non internationaux.

[1299] Voir, par exemple, Traité sur l'Antarctique, de 1959, art. I. Voir aussi la définition figurant dans M. Björkholm et A. Rosas, *Ålandsöarnas Demilitarisering och Neutralisering*, Åbo, Åbo Akademi University Press, 1990. Les îles Åland sont à la fois démilitarisées et neutralisées. Björkholm et Rosas donnent comme autres exemples de zones démilitarisées et neutralisées Spitzberg, l'Antarctique et le détroit de Magellan (p. 17). Voir également L. Hannikainen, « The continued validity of the demilitarised and neutralised status of the Åland Islands », Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, vol. 54 (1994), p. 614, à la page 616.

hostilités[1300]. L'idée d'accorder une protection spéciale à ces zones a été suggérée au moment de l'élaboration des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949[1301]. La proposition n'a pas été adoptée, mais il faut reconnaître qu'elle a été formulée alors que le droit international de l'environnement se trouvait encore à un stade embryonnaire. D'autres types de zones présentent également un intérêt dans ce contexte ; il en sera question plus loin.

4) Conformément à ce projet de principe, une zone peut être déclarée protégée « par accord ou autrement », cette expression visant à introduire une certaine souplesse. Une zone peut ainsi être déclarée protégée, notamment, au moyen d'un accord conclu verbalement ou par écrit ou de déclarations réciproques et concordantes, ou encore unilatéralement ou par l'intermédiaire d'une organisation internationale. Il est à noter que la référence aux « États » n'empêche pas qu'un accord soit conclu avec des acteurs non étatiques. La zone déclarée protégée doit être « d'importance environnementale et culturelle majeure ». C'est volontairement que le sens de cette prescription n'est pas précisé, afin de laisser une marge d'interprétation. Bien qu'elle puisse avoir lieu à n'importe quel moment, la déclaration d'une zone protégée devrait de préférence se faire avant un conflit armé, ou du moins au début du conflit.

5) Il va sans dire qu'en droit international un accord ne peut pas lier un tiers sans son consentement[1302]. Deux États ne peuvent donc pas déclarer zone protégée une zone située sur le territoire d'un État tiers. Dans son deuxième rapport, la Rapporteuse spéciale a également souligné que les États ne pouvaient, ni par accord ni autrement, réglementer de façon contraignante pour un État tiers une zone ne relevant pas de leur souveraineté ou de leur juridiction[1303].

6) À l'origine, les avis étaient partagés quant à l'opportunité d'ajouter l'adjectif « culturelle ». En définitive, la Commission a choisi d'introduire cette précision. Certains ont fait observer qu'il était parfois difficile d'établir une distinction claire entre les zones d'importance environnementale et les zones d'importance culturelle, ce que les auteurs de la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel avaient également constaté. Le fait que les sites inscrits sur la liste du patrimoine mondial en application de cette convention sont sélectionnés sur la base de 10 critères comprenant à la fois des critères culturels et des critères naturels (sans qu'il soit fait de distinction entre les deux) illustre bien cette difficulté[1304].

7) Il convient de rappeler qu'avant un conflit armé les États parties à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1954 (Convention de La Haye de 1954) et à ses protocoles sont tenus de dresser une liste des biens culturels qu'ils souhaitent voir bénéficier d'une protection en cas de conflit armé, conformément au paragraphe 1 de l'article 11 du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, de 1999. En temps de paix, conformément à l'article 3 de la Convention, les États parties sont tenus de prendre toutes autres mesures qu'ils jugent appropriées pour protéger leurs biens culturels contre les effets prévisibles d'un conflit armé.

8) Le présent projet de principe n'est pas destiné à avoir une incidence sur le régime de la Convention de La Haye de 1954, dont le champ d'application et l'objet sont distincts. La Commission souligne que ce sont la Convention de La Haye de 1954 et ses protocoles additionnels qui régissent la protection des biens culturels tant en temps de paix qu'en temps de conflit armé. Le présent projet de principe n'a pas pour objet de faire double emploi avec ces textes, mais de protéger les zones « d'importance environnementale » majeure. L'adjectif « culturelle » vise à mettre en relief l'existence d'un lien étroit avec l'environnement. Dans ce contexte, il est à noter que le projet de principe ne s'applique pas aux biens qui sont culturels par nature. Seront toutefois considérées comme étant d'importance culturelle les terres ancestrales des peuples autochtones, dont les moyens de subsistance et la survie dépendent de l'environnement.

9) La déclaration de zones protégées visée dans ce projet de principe peut intéresser les droits des peuples autochtones, en particulier si la zone protégée est aussi un site sacré nécessitant une protection spéciale. Dans certains cas, la zone protégée peut aussi servir à préserver la culture, le savoir et le mode de vie particuliers des populations autochtones qui l'habitent. La nécessité de préserver la culture et les savoirs autochtones est à présent reconnue en droit international, l'article 8 *j* de la Convention sur la diversité biologique disposant que « [c]haque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra[,] […] [s]ous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation

[1300] Voir le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/685) [note 1269 *supra*], par. 225. Voir aussi C. Droege et M.-L. Tougas, « The protection of the natural environment in armed conflict − existing rules and need for further legal protection », *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), p. 21 à 52, aux pages 43 et suiv.

[1301] Le groupe de travail de la Commission III de la Conférence diplomatique de Genève a proposé un projet d'article 48 *ter* ainsi rédigé : « Les réserves naturelles reconnues publiquement qui sont suffisamment signalées, délimitées et déclarées comme telles à l'adversaire seront protégées et respectées, sauf quand ces réserves sont utilisées spécifiquement à des fins militaires » [C. Pilloud et J. Pictet, « Article 55 – Protection de l'environnement naturel », dans Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (dir. publ.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR et Martinus Nijhoff, 1986, p. 679 à 682, à la page 682, par. 2138 et 2139].

[1302] Ce principe a été reconnu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'*Affaire relative à l'usine de Chorzów (demande en indemnité, fond)*, arrêt n° 13 du 13 septembre 1928, *C.P.J.I. série A, n° 17*, p. 45, et est également reflété à l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969.

[1303] A/CN.4/685 (voir *supra* la note 1269), par. 218.

[1304] Voir UNESCO, Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial, document WHC.15/01, par. 77. Actuellement, 197 sites naturels à travers le monde sont inscrits sur la Liste du patrimoine mondial. Un certain nombre de ces sites figurent aussi sur la Liste du patrimoine mondial en péril, conformément au paragraphe 4 de l'article 11 de la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel.

de ces connaissances, innovations et pratiques […] ». En outre, bien qu'elle ne soit pas contraignante, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones[1305] fait référence au droit de gérer et de protéger les sites religieux et culturels, et d'y avoir accès.

10) La protection de l'environnement naturel en tant que tel et la protection des sites d'importance culturelle et naturelle se recoupent parfois. L'emploi de l'expression « importance […] culturelle », qui figure également au projet de principe 13 [II-5], découle du fait que des instruments de protection de l'environnement tels que la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement de 1993 (adoptée sous l'égide du Conseil de l'Europe)[1306] établissent des liens étroits entre l'environnement naturel, les biens culturels et le paysage. Le paragraphe 10 de l'article 2 de la Convention définit l'« environnement » aux fins de la Convention comme comprenant « les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs ; les biens qui composent l'héritage culturel ; et les aspects caractéristiques du paysage ». En outre, le paragraphe 2 de l'article premier de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux dispose que l'« effet sur l'environnement peut prendre plusieurs formes : atteinte à la santé et à la sécurité de l'homme, à la flore, à la faune, au sol, à l'air, à l'eau, au climat, au paysage et aux monuments historiques ou autres constructions, ou interaction de plusieurs de ces facteurs ; il peut s'agir aussi d'une atteinte au patrimoine culturel ou aux conditions socioéconomiques résultant de modifications de ces facteurs ».

11) De surcroît, la Convention sur la diversité biologique souligne la valeur culturelle de la diversité biologique. Dans son préambule, il est rappelé que les parties sont « [c]onscientes de la valeur intrinsèque de la diversité biologique et de la valeur de la diversité et de ses éléments constitutifs sur les plans environnemental, génétique, social, économique, scientifique, éducatif, culturel, récréatif et esthétique ». De même, le premier paragraphe de l'annexe I de la Convention souligne la nécessité d'assurer la protection des écosystèmes et des habitats « comportant une forte diversité, de nombreuses espèces endémiques ou menacées, ou des étendues sauvages ; nécessaires pour les espèces migratrices ; ayant une importance sociale, économique, culturelle ou scientifique ; ou qui sont représentatifs, uniques ou associés à des processus d'évolution ou d'autres processus biologiques essentiels ».

12) En plus de ces instruments contraignants, un certain nombre d'instruments non contraignants définissent les zones protégées comme des zones ayant une importance et une valeur culturelles importantes. Par exemple, le projet de convention sur l'interdiction des activités militaires hostiles dans les aires protégées (élaboré par la Commission du droit de l'environnement de l'Union internationale pour la conservation de la nature et le Conseil international du droit de l'environnement) définit l'expression « zones protégées » de la manière suivante : « zones naturelles ou culturelles d'importance majeure, au niveau international, du point de vue de l'écologie, de l'histoire, de l'art, de la science, de l'ethnologie, de l'anthropologie ou de la beauté du paysage naturel, qui peuvent comprendre, entre autres, les zones déclarées protégées en vertu d'un accord international ou d'un programme intergouvernemental qui répondent à ces critères[1307] ».

13) Dans ce contexte, on peut citer quelques exemples de lois nationales relatives à la protection des zones d'importance culturelle et des zones d'importance environnementale. Ainsi, la loi japonaise du 30 mai 1950 sur la protection des biens culturels prévoit que les animaux et les plantes présentant une grande valeur scientifique sont répertoriés en tant que « biens culturels protégés »[1308]. La loi australienne de 1974 sur les parcs nationaux et la vie sauvage de Nouvelle-Galles du Sud peut s'appliquer à toute zone d'importance naturelle, scientifique ou culturelle[1309]. Enfin, la loi italienne du 6 décembre 1991 sur les zones protégées définit les « parcs naturels » comme des zones ayant une valeur naturelle et environnementale et constituant des systèmes homogènes caractérisés par leurs composantes naturelles, leurs paysages et leur valeur esthétique, ainsi que par les traditions culturelles des populations locales[1310].

Deuxième partie

PRINCIPES APPLICABLES PENDANT UN CONFLIT ARMÉ

Projet de principe 9 [II-1]. Protection générale de l'environnement naturel pendant un conflit armé

1. L'environnement naturel doit être respecté et protégé conformément au droit international applicable et, en particulier, au droit des conflits armés.

2. Le conflit armé sera conduit en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves.

3. Aucune partie de l'environnement naturel ne saurait être attaquée, à moins qu'elle soit devenue un objectif militaire.

Commentaire

1) Le projet de principe 9 [II-1] comprend trois paragraphes qui ont pour but général de garantir la protection de l'environnement naturel pendant un conflit armé. Il

[1305] Résolution 61/295 de l'Assemblée générale, annexe, art. 12.

[1306] Pour en savoir plus concernant l'applicabilité des accords multilatéraux sur l'environnement en rapport avec les zones d'intérêt écologique particulier, voir B. Sjöstedt, « Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict: The Role of Multilateral Environmental Agreements », thèse de doctorat, Université de Lund, 2016.

[1307] Union internationale pour la conservation de la nature, projet de convention sur l'interdiction des activités militaires hostiles dans les aires protégées (1996), art. 1.

[1308] Japon, loi nº 214 du 30 mai 1950 sur la protection des biens culturels, disponible à l'adresse suivante : https://en.unesco.org/cultnatlaws.

[1309] Australie, Nouvelle-Galles du Sud, loi nº 80 de 1974 sur les parcs nationaux et la vie sauvage, disponible à l'adresse suivante : www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/npawa1974247/.

[1310] Italie, loi nº 394 du 6 décembre 1991 établissant le cadre juridique applicable aux zones protégées, disponible à l'adresse suivante : http://faolex.fao.org.

reflète l'obligation de respecter et de protéger l'environnement naturel, le devoir de précaution et l'interdiction de mener des attaques contre toute partie de l'environnement, sauf si celle-ci est devenue un objectif militaire.

2) Le paragraphe 1 énonce la position générale selon laquelle, dans le contexte des conflits armés, l'environnement naturel doit être respecté et protégé conformément au droit international applicable, et, en particulier, au droit des conflits armés. On retiendra que la Commission n'a pas encore décidé s'il fallait faire figurer une définition du terme « environnement » dans le texte des projets de principes et, dans l'affirmative, si le terme à définir devait être « environnement naturel » ou simplement « environnement ». Il convient de noter que la deuxième partie, dans laquelle figure le projet de principe 9 [II-1], traite des situations en période de conflit armé et que les traités relatifs au droit des conflits armés se réfèrent souvent à l'« environnement naturel » plutôt qu'à l'« environnement »[1311].

3) Les termes « respecté » et « protégé » ont été jugés appropriés aux fins du présent projet de principe, car ils ont été employés dans plusieurs instruments relatifs au droit international de l'environnement et au droit international des droits de l'homme[1312]. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a conclu que « [l]e respect de l'environnement est l'un des éléments qui permettent de juger si une action est conforme a[u] princip[e] de nécessité » et que les États ont le devoir de « tenir compte des considérations écologiques lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires légitimes »[1313].

4) En ce qui concerne l'emploi de l'expression « droit des conflits armés », il convient de noter que, traditionnellement, il existe une distinction entre le « droit des conflits armés » et le « droit international humanitaire »[1314]. Le droit international humanitaire peut être considéré, au sens strict, comme étant la seule partie du droit des conflits armés visant à protéger les victimes de ces conflits, alors que le droit des conflits armés serait une matière plus large couvrant à la fois la protection des victimes des conflits armés et la réglementation des moyens et des méthodes de guerre[1315]. Ces expressions sont néanmoins de plus en plus souvent considérées comme synonymes en droit international[1316]. Toutefois, la Commission a préféré parler de « droit des conflits armés », non seulement parce que cette expression a un sens plus large, mais aussi par souci de cohérence avec ses travaux antérieurs concernant le projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, dans le cadre desquels il a été souligné que le droit des conflits armés comprenait aussi clairement le droit de l'occupation et le droit de la neutralité[1317]. La relation entre la question à l'examen et la question des effets des conflits armés sur les traités devrait être dûment mise en avant.

5) En ce qui concerne l'expression « droit international applicable », il convient de noter qu'en période de conflit armé, si le droit des conflits armés est la *lex specialis* en vigueur, d'autres règles de droit international visant à protéger l'environnement restent néanmoins pertinentes[1318]. Le paragraphe 1 du projet de principe 9 [II-1] est donc pertinent durant les trois phases (avant, pendant et après le conflit armé) dans la mesure où le droit des conflits armés est applicable. Ce paragraphe met en évidence le fait que le projet de principes s'inspire des références à la protection de l'environnement en droit des conflits armés, ainsi que d'autres règles du droit international, l'objectif étant de renforcer la protection de l'environnement dans le contexte des conflits armés en général.

6) Le paragraphe 2 s'inspire de l'article 55 du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, qui dispose que les conflits armés internationaux doivent être conduits en veillant à protéger l'environnement contre des dommages étendus, durables et graves[1319]. Le libellé de cet article devrait être interprété comme indiquant que les parties à un conflit armé sont tenues de prêter attention à l'incidence que peuvent avoir les activités militaires sur l'environnement naturel[1320].

[1311] Voir Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, art. 35 et 55. Dans le commentaire du CICR sur l'article 55 du Protocole I, il est dit que la notion d'environnement naturel doit recevoir l'acception la plus large et se comprendre comme couvrant le milieu biologique dans lequel vit une population. Voir Pilloud et Pictet, « Article 55 – Protection de l'environnement naturel » (note 1301 *supra*), à la page 680, par. 2126 : « Il ne s'agit plus seulement ici des "biens indispensables à la survie" […] mais également des forêts et autres couvertures végétales […], et aussi de la faune, de la flore et autres éléments biologiques, voire climatiques. »

[1312] Un nombre considérable d'instruments relatifs au droit des conflits armés, au droit de l'environnement et au droit des droits de l'homme contiennent les termes « respecter » et « protéger ». Les plus importants sont la Charte mondiale de la nature (résolution 37/7 de l'Assemblée générale, en date du 28 octobre 1982, annexe, en particulier le préambule et le paragraphe 1 des principes généraux) et le Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, en particulier l'article 48, qui prévoit que soient assurés « le respect et la protection […] des biens de caractère civil ». Voir aussi, par exemple, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 2 ; Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, art. 55 ; et Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992,* vol. I : *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution I, annexe I.

[1313] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 242, par. 30.

[1314] Pour une description sémantique, voir Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, par. 35 à 37 et 41 à 43.

[1315] Voir, par exemple, R. Kolb et R. Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 16 et 17.

[1316] Ibid.

[1317] *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 111 et suiv., commentaire de l'article 2.

[1318] Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 1313 *supra*), aux pages 240 à 242, par. 25 et 27 à 30.

[1319] L'article 55 (Protection de l'environnement naturel) du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949 se lit comme suit :

« 1. La guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves. Cette protection inclut l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant, de ce fait, la santé ou la survie de la population.

« 2. Les attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites. »

[1320] Voir Pilloud et Pictet, « Article 55 – Protection de l'environnement naturel » (note 1301 *supra*), à la page 681, par. 2133. Voir aussi K. Hulme, « Taking care to protect the environment against damage: a meaningless obligation? », *International Review of the Red Cross*, vol. 92, no 879 (2010), p. 675 à 691.

7) Comme l'article 55, le projet de principe 9 [II-1] contient le mot « et », qui implique le cumul des trois critères. Toutefois, le projet de principe 9 [II-1] n'a pas la même applicabilité, ni le même caractère général que l'article 55. Premièrement, le projet de principe 9 [II-1] n'établit pas de distinction entre les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux, les projets de principe devant s'appliquer à tous les conflits armés[1321]. Le projet de principes s'applique donc aux conflits armés internationaux, c'est-à-dire, au sens traditionnel du terme, les conflits armés entre deux États ou plus, et ceux dans lesquels un peuple lutte contre la domination coloniale, l'occupation étrangère ou un régime raciste dans l'exercice de son droit à l'autodétermination ; ainsi qu'aux conflits armés non internationaux, qui opposent soit un État et un ou plusieurs groupes armés organisés, soit des groupes armés organisés à l'intérieur du territoire d'un État (sans la participation de l'État)[1322].

8) Les termes « étendus », « durables » et « graves » ne sont pas définis dans le Protocole I. Ces termes sont aussi employés dans la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles[1323]. Il faut néanmoins garder à l'esprit que, contrairement au Protocole I, la Convention ne prescrit pas le cumul des trois critères, la conjonction « ou » y étant employée au lieu de « et », et que le contexte dans lequel elle s'inscrit est beaucoup plus restreint que celui du Protocole I.

9) De surcroît, le projet de principe 9 [II-1] diffère de l'article 55 du Protocole I en ce qu'il revêt un caractère plus général. À la différence de l'article 55, le projet de principe 9 [II-1] n'interdit pas expressément d'utiliser des méthodes ou des moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut s'attendre à ce qu'ils causent des dommages à l'environnement naturel, compromettant de ce fait la santé ou la survie de la population. Au moment de la rédaction, certains ont dit craindre que l'absence de pareille interdiction n'affaiblisse le texte des projets de principe. Il convient toutefois de souligner la nature générale des projets de principe, qui n'ont pas pour but de reformuler les règles et principes existants reconnus par le droit des conflits armés. En outre, le paragraphe 2 doit être lu en parallèle avec le projet de principe 10 [II-2], qui a trait à l'application des principes et des règles du droit des conflits armés à l'environnement naturel en vue d'assurer la protection de l'environnement.

10) Il convient aussi de souligner que l'article 36 du Protocole I énonce l'obligation pour les États d'examiner les nouvelles armes et les nouveaux moyens et méthodes de guerre pour veiller à ce qu'ils ne soient pas contraires aux règles existantes du droit international, et que cette disposition s'applique à toutes les armes[1324]. Cette obligation pourrait faire l'objet d'un prochain projet de principe.

11) Le paragraphe 3 du projet de principe 9 [II-1] vise à ce que, pendant un conflit armé, l'environnement naturel soit traité de la même manière qu'un objet civil. Il est fondé sur la règle fondamentale selon laquelle une distinction doit être faite entre les objectifs militaires et les biens de caractère civil[1325].

12) Le paragraphe 3 du projet de principe 9 [II-1] peut être rapproché du paragraphe 2 de l'article 52 du Protocole I, qui définit le terme « objectifs militaires » comme suit :

> [B]iens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis[1326].

Le terme « objet civil » est défini comme désignant « tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires[1327] ». Conformément au droit des conflits armés, les attaques peuvent être dirigées uniquement contre des objectifs militaires, et non contre des biens de caractère civil[1328]. Plusieurs ins-

---

[1321] Voir le rapport préliminaire sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (A/CN.4/674) [note 1268 *supra*], p. 228 et 229, par. 69 à 78.

[1322] Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, art. 49 ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, art. 50 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, art. 129 ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, art. 146 ; articles 2 et 3 communs aux Convention de Genève de 1949 ; Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, art. 1er ; et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), art. 1er.

[1323] Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, art. 1er. Aux fins de l'interprétation de l'article premier, les termes « étendus », « durables » et « graves » se comprennent comme suit : « Il faut entendre par "étendus" les effets qui s'étendent à une superficie de plusieurs centaines de kilomètres carrés » ; « "durables" s'entend d'une période de plusieurs mois, ou environ une saison » ; « "graves" signifie qui provoque une perturbation ou un dommage sérieux ou marqué pour la vie humaine, les ressources naturelles et économiques ou d'autres richesses » (*Rapport de la Conférence du Comité du désarmement, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément nº 27* [A/31/27 (Vol. I)], p. 101).

[1324] Voir, par exemple, K. Lawand, « Reviewing the legality of new weapons, means and methods of warfare », *International Review of the Red Cross*, vol. 88, nº 864 (2006), p. 925 à 930 ; J. McClelland, « The review of weapons in accordance with article 36 of Additional Protocol I », ibid., vol. 85, nº 850 (2003), p. 397 à 415 ; PNUE, *Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law*, p. 16.

[1325] Voir, de manière générale, Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles* (note 1298 *supra*), p. 34 à 40 et 190.

[1326] Une définition similaire est donnée dans les protocoles à la Convention sur certaines armes classiques suivants : Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II à la Convention sur certaines armes classiques), art. 2, par. 4 ; Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996 (Protocole II modifié à la Convention sur certaines armes classiques), art. 2, par. 6 ; Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires (Protocole III à la Convention sur certaines armes classiques), art. 1er, par. 3 ; et Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, art. 1er, al. *f*.

[1327] Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, art. 52, par. 1 ; Protocole II à la Convention sur certaines armes classiques, art. 2, par. 5 ; Protocole II modifié à la Convention sur certaines armes classiques, art. 2, par. 7 ; et Protocole III à la Convention sur certaines armes classiques, art. 1er, par. 4.

[1328] Voir, de manière générale, Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles* (note 1298 *supra*), règle 7, p. 34 à 40. Le principe de distinction est consacré, entre autres, à l'article 48 et à l'article 52, paragraphe 2, du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, ainsi que dans le Protocole II modifié et le Protocole III à la Convention sur certaines armes classiques. Ce principe est reconnu comme une règle de droit international humanitaire coutumier applicable dans les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux.

truments contraignants et non contraignants indiquent que cette règle est applicable à l'environnement naturel[1329].

13) Le paragraphe 3 pose toutefois une condition temporelle avec l'emploi de l'expression « soit devenue », qui indique que la règle énoncée n'est pas absolue : l'environnement peut devenir un objectif militaire dans certains cas, et constituer alors une cible légitime[1330].

14) Le paragraphe 3 se fonde sur le premier paragraphe de la règle 43 figurant dans l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier[1331]. Les autres parties de la règle 43 ne sont pas reproduites dans le libellé actuel du paragraphe, ce qui a suscité certaines préoccupations. À cet égard, il est utile de rappeler que les projets de principe ont un caractère général et ne visent pas à reformuler les règles et principes déjà reconnus par le droit des conflits armés. En conséquence, les paragraphes 2 et 3 doivent être lus en parallèle avec le projet de principe 10 [II-2], qui fait expressément référence à l'application du droit des conflits armés et des principes de distinction, de proportionnalité, de nécessité militaire et de précautions dans l'attaque.

15) Manifestement, le projet de principe 9 [II-1] tend à trouver un équilibre consistant à définir des principes directeurs relatifs à la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés sans pour autant reformuler les règles et principes déjà reconnus par le droit des conflits armés.

Projet de principe 10 [II-2]. Application du droit des conflits armés à l'environnement naturel

Le droit des conflits armés, notamment les principes et règles de distinction, de proportionnalité, de nécessité militaire et de précautions dans l'attaque s'appliquent à l'environnement naturel, en vue de sa protection.

Commentaire

1) Le projet de principe 10 [II-2], intitulé « Application du droit des conflits armés à l'environnement naturel », traite de l'application des principes et des règles du droit des conflits armés à l'environnement naturel en vue de sa protection. Il figure dans la deuxième partie du projet de principes (Principes applicables pendant un conflit armé), ce qui montre qu'il est destiné à s'appliquer pendant les conflits armés. L'objectif général du projet de principe est de renforcer la protection de l'environnement dans le contexte des conflits armés, et non de réaffirmer le droit des conflits armés.

2) L'expression « droit des conflits armés » a été préférée à « droit international humanitaire » pour les raisons exposées dans le commentaire du projet de principe 9 [II-1]. Elle permet en outre de souligner que le projet de principe 10 [II-2] traite exclusivement du droit des conflits armés en tant que *lex specialis*, et non d'autres branches du droit international.

3) Le projet de principe 10 [II-2] énumère quelques-uns des principes et des règles du droit des conflits armés, à savoir la distinction, la proportionnalité, la nécessité militaire et les précautions dans l'attaque[1332]. Il est de caractère général et ne contient pas d'instructions relatives à l'interprétation de ces principes et règles, qui sont bien établis en droit des conflits armés et qu'il n'a pas pour objet d'interpréter. Les principes et règles énoncés dans le projet de principe 10 [II-2] y sont expressément mentionnés parce qu'ils ont été jugés comme étant les plus pertinents aux fins de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés[1333]. On ne saurait toutefois considérer qu'ils constituent une liste exhaustive, toutes les autres règles du droit des conflits armés qui ont trait à la protection de l'environnement dans le contexte des conflits armés restant applicables et ne pouvant être ignorées[1334].

4) L'une des pierres angulaires du droit des conflits armés[1335] est le principe de distinction, qui oblige les parties à un conflit armé à faire la distinction entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires à tout moment

---

[1329] Ont été cités, parmi ces instruments, le Protocole III à la Convention sur certaines armes classiques (art. 2, par. 4) ; les Directives pour les manuels d'instruction militaire sur la protection de l'environnement en période de conflit armé (A/49/323, annexe) ; la Déclaration finale de la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre, tenue à Genève du 30 août au 1er septembre 1993 [*Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 75, nº 803 (octobre 1993), p. 401 à 405] ; les résolutions 49/50 et 51/157 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1994 et du 16 décembre 1996 respectivement ; les manuels militaires de l'Australie et des États-Unis ; et les législations nationales de l'Espagne et du Nicaragua. Voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles* (note 1298 *supra*), p. 190 à 192.

[1330] Voir, par exemple, M. Bothe *et al.*, « Droit international protégeant l'environnement en période de conflit armé : lacunes et opportunités », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 92 (2010), p. 282 ; R. Rayfuse, « Rethinking international law and the protection of the environment in relation to armed conflict », dans R. Rayfuse (dir. publ.), *War and the Environment: New Approaches to Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict*, Leyde, Brill Nijhoff, 2014, p. 1 à 10, à la page 6 ; voir aussi C. Droege et M.-L. Tougas, « The protection of the natural environment in armed conflict – existing rules and need for further legal protection », ibid., p. 11 à 44, aux pages 17 à 19 ; D. Fleck, « The protection of the environment in armed conflict: legal obligations in the absence of specific rules », ibid., p. 45 à 58, aux pages 47 à 52 ; E. V. Koppe, « The principle of Ambituity and the prohibition against excessive collateral damage to the environment during armed conflict », ibid., p. 59 à 90, aux pages 76 à 82 ; et M. Bothe, « The ethics, principles and objectives of protection of the environment in times of armed conflict », ibid., p. 91 à 108, à la page 99.

[1331] Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles* (note 1298 *supra*), p. 190.

[1332] La référence à la règle de la nécessité militaire plutôt qu'au principe de nécessité reflète le point de vue de certains États selon lequel la nécessité militaire n'entraîne pas une exemption générale et doit être fondée dans les dispositions d'un instrument international.

[1333] Voir Rayfuse, « Rethinking international law… » (note 1330 *supra*), à la page 6 ; et PNUE, *Protecting the Environment During Armed Conflict…* (note 1324 *supra*), p. 12 et 13.

[1334] Il s'agit, entre autres, des articles 35 et 55 du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949. D'autres dispositions du Protocole I et du Protocole II, ainsi que d'autres instruments du droit des conflits armés, peuvent contribuer indirectement à protéger l'environnement, comme celles qui interdisent les attaques contre des ouvrages et des installations contenant des forces dangereuses (Protocole I, art. 56 ; et Protocole II, art. 15), les attaques contre des biens indispensables à la survie de la population civile (Protocole I, art. 54 ; et Protocole II, art. 14), le pillage (Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, art. 28 ; et Protocole II, art. 4, par. 2 *g*) et les déplacements forcés de civils (Protocole II, art. 17). Voir aussi PNUE, *Environmental Considerations of Human Displacement in Liberia: A Guide for Decision-Makers and Practitioners*.

[1335] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 1313), à la page 257, par. 78 ; et M. N. Schmitt, « Military necessity and humanity in international humanitarian law: preserving the delicate balance », *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, nº 4 (2010), p. 795 à 839, à la page 803.

et exige que les attaques soient dirigées uniquement contre des objectifs militaires[1336]. Ce principe est considéré comme une règle du droit international coutumier applicable tant dans les conflits armés internationaux que dans les conflits armés non internationaux[1337]. Comme cela est expliqué dans le commentaire du projet de principe 9 [II-1], l'environnement naturel n'a pas un caractère intrinsèquement militaire et devrait donc être traité comme un objet civil. Toutefois, il existe des circonstances dans lesquelles des parties de l'environnement peuvent devenir un objectif militaire, auquel cas elles peuvent légitimement être prises pour cible.

5) Le principe de proportionnalité établit qu'une attaque contre un objectif militaire légitime est interdite si l'on peut attendre qu'elle cause incidemment des dommages aux personnes civiles ou aux biens de caractère civil qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu[1338].

6) Le principe de proportionnalité est aussi une règle importante du droit des conflits armés parce qu'il est lié à la règle de la nécessité militaire[1339]. Il est consacré dans plusieurs instruments du droit des conflits armés[1340] et la Cour internationale de Justice a reconnu son applicabilité dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*[1341]. Ce principe est considéré comme une règle du droit international coutumier applicable dans les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux[1342].

7) L'environnement étant souvent touché indirectement plutôt que directement par les conflits armés, les règles relatives à la proportionnalité revêtent une importance particulière en ce qui concerne la protection de l'environnement naturel en période de conflit armé[1343]. Le CICR l'a souligné dans son étude sur le droit international humanitaire coutumier, dans laquelle il a conclu que les effets potentiels d'une attaque sur l'environnement devaient être évalués[1344].

8) L'application des règles de proportionnalité à la protection de l'environnement naturel suppose que toute attaque contre un objectif militaire légitime doit être évitée si ses effets sur l'environnement sont excessifs par rapport à la valeur de l'objectif militaire en question[1345]. Toutefois, elle signifie également que, « si la cible est suffisamment importante, exposer l'environnement à un niveau de risque élevé peut être justifié[1346] ». Il s'ensuit donc que, dans certains cas, il peut être licite d'infliger des « dommages collatéraux » à l'environnement naturel.

9) Conformément au droit des conflits armés, la nécessité militaire permet de prendre « toutes mesures effectivement nécessaires pour atteindre un but militaire légitime qui ne sont pas interdites par ailleurs[1347] ». Cela signifie qu'une attaque contre un objectif militaire légitime qui peut avoir des effets négatifs sur l'environnement n'est autorisée que si elle est réellement nécessaire pour atteindre un but militaire spécifique et n'est pas visée par l'interdiction d'employer des méthodes ou des moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causent, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel[1348] ou ne satisfait pas aux critères du principe de proportionnalité[1349].

10) La règle des précautions dans l'attaque veut que des précautions soient prises pour épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil pendant les opérations militaires, et que toutes les précautions pratiquement possibles soient prises pour éviter ou réduire au minimum les pertes accidentelles en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient se produire. Cette règle est consacrée dans plusieurs instruments relatifs au droit des conflits armés[1350] et est en outre considérée comme une règle

---

[1336] Le principe de distinction est à présent consacré par l'article 48, l'article 51, paragraphe 2, et l'article 52, paragraphe 2, du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, et par l'article 13, paragraphe 2, du Protocole II aux Conventions de Genève de 1949 ; voir aussi le Protocole II modifié à la Convention sur certaines armes classiques ; le Protocole III à la Convention sur certaines armes classiques ; et la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction.

[1337] Voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles* (note 1298 *supra*), p. 34.

[1338] Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, art. 51, par. 5 *b*. Voir aussi Y. Dinstein, « Protection of the environment in international armed conflict », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5 (2001), p. 523 à 549, aux pages 524 et 525. Voir également L. Doswald-Beck, « Le droit international humanitaire et l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 79, nº 823 (janvier-février 1997), p. 37 à 59, à la page 55.

[1339] Schmitt (voir *supra* la note 1335), à la page 804.

[1340] Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, art. 51 et 57 ; Protocole II aux Conventions de Genève de 1949 ; Protocole II modifié à la Convention sur certaines armes classiques ; et Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 8, par. 2 *b* iv).

[1341] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 1313), à la page 242, par. 30.

[1342] Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles* (voir *supra* la note 1298), p. 62.

[1343] Ibid., p. 199 et 200 ; et Droege et Tougas, « The protection of the natural environment in armed conflict… » (voir *supra* la note 1330), à la page 19. Voir aussi PNUE, *Desk Study on the Environment in Liberia* ; et PNUE, *Environmental Considerations of Human Displacement in Liberia…* (note 1334 *supra*).

[1344] Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles* (voir *supra* la note 1298), règle 44, p. 199 et 200.

[1345] Voir Dinstein, « Protection of the environment… » (note 1338 *supra*), aux pages 524 et 525 ; Doswald-Beck, « Le droit international humanitaire et l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice… » (note 1338 *supra*) ; PNUE, *Protecting the Environment During Armed Conflict…* (note 1324 *supra*), p. 13 ; Rayfuse, « Rethinking international law… » (note 1330 *supra*), à la page 6 ; et Droege et Tougas, « The protection of the natural environment in armed conflict… » (note 1330 *supra*), aux pages 19 à 23.

[1346] Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, par. 19, disponible à l'adresse suivante : www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf. Voir aussi Dinstein, « Protection of the environment… » (note 1338 *supra*), aux pages 524 et 525.

[1347] M. Sassòli, A. Bouvier et A. Quintin, « How does law protect in war? Online glossary » (« Military necessity »), disponible à l'adresse suivante : https://casebook.icrc.org/.

[1348] Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, art. 35, par. 3.

[1349] Ibid., art. 51, par. 5 *b*.

[1350] Le principe de précautions dans l'attaque est consacré au troisième paragraphe de l'article 2 de la Convention IX concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre, de 1907 ; au paragraphe 1 de l'article 57 du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949 ; dans le Protocole II modifié à la Convention sur certaines armes classiques ; et dans le Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

du droit international coutumier applicable tant dans les conflits armés internationaux que dans les conflits armés non internationaux[1351].

11) La règle fondamentale relative aux précautions dans l'attaque fait obligation aux parties à un conflit armé de prendre toutes précautions nécessaires lorsqu'elles préparent et décident une attaque. En ce qui concerne la protection de l'environnement, cela signifie donc que les parties à un conflit armé sont tenues de prendre toutes les précautions possibles pour éviter ou réduire au minimum les dommages collatéraux à l'environnement[1352].

12) Enfin, le membre de phrase « s'appliquent à l'environnement naturel, en vue de sa protection » énonce un objectif que les participants à un conflit armé ou à une opération militaire devraient s'efforcer d'atteindre ; partant, il va au-delà d'une simple affirmation que les règles régissant les conflits armés s'appliquent à l'environnement.

Projet de principe 11 [II-3]. Considérations environnementales

Les considérations environnementales sont prises en compte dans l'application du principe de proportionnalité et des règles relatives à la nécessité militaire.

Commentaire

1) Le projet de principe 11 [II-3] est intitulé « Considérations environnementales » et dispose que les considérations environnementales sont prises en compte dans l'application du principe de proportionnalité et des règles relatives à la nécessité militaire.

2) Le texte provient et s'inspire de l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dans lequel la Cour internationale de Justice constate que « les États doivent aujourd'hui tenir compte des considérations écologiques lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires légitimes. Le respect de l'environnement est l'un des éléments qui permettent de juger si une action est conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité[1353] ».

3) Le projet de principe 11 [II-3] est étroitement lié au projet de principe 10 [II-2]. L'intérêt supplémentaire qu'il présente par rapport à ce dernier est qu'il donne des précisions sur l'application du principe de proportionnalité et des règles relatives à la nécessité militaire. Il a donc une importance opérationnelle. Certains membres ont pourtant estimé qu'il devrait être supprimé.

4) Le projet de principe 11 [II-3] ne porte que sur la conduite des opérations militaires et ne traite pas du processus destiné à déterminer ce qui constitue un objectif militaire en tant que tel. Cette question est déjà régie par le droit des conflits armés et est souvent abordée dans les manuels militaires et le droit interne des États[1354]. L'expression « *dans l'application* du principe » vise expressément à clarifier ce point. En outre, dans un souci de clarté et afin de mettre l'accent sur le lien entre les projets de principes 10 [II-2] et 11 [II-3], il a été décidé de faire explicitement référence au principe de proportionnalité et aux règles relatives à la nécessité militaire. Ces principes ont été examinés plus haut, dans le commentaire du projet de principe 10 [II-2].

5) Le projet de principe 11 [II-3] devient pertinent une fois que l'objectif militaire légitime a été défini. Étant donné que l'on connaît et comprend de mieux en mieux l'environnement et ses écosystèmes, et que les connaissances dans ce domaine sont de plus en plus largement accessibles, les considérations environnementales ne peuvent pas demeurer statiques ; elles doivent évoluer au fur et à mesure que la compréhension de l'environnement par l'être humain progresse.

Projet de principe 12 [II-4]. Interdiction des représailles

Les attaques commises contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites.

Commentaire

1) Le projet de principe 12 [II-4], intitulé « Interdiction des représailles », reprend les termes du paragraphe 2 de l'article 55 du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949.

2) Si le projet de principe concernant l'interdiction des représailles contre l'environnement naturel a été accueilli favorablement et appuyé par certains membres, d'autres ont soulevé plusieurs questions au sujet de sa formulation et se sont dits d'avis qu'il n'aurait pas dû être incorporé du tout dans le projet de principes. Les divergences de vues étaient axées sur trois grandes questions : *a*) le lien entre le projet de principe 12 [II-4] et l'article 51 du Protocole I ; *b*) la question de savoir si l'interdiction des représailles contre l'environnement constituait ou non une règle de droit coutumier ; et *c*) la question de savoir si, le cas échéant, cette règle coutumière couvrait les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux.

3) Les partisans du projet de principe 12 [II-4] ont insisté sur le lien existant entre celui-ci et l'article 51 du Protocole I. Ils ont fait valoir que l'article 51 (qui figure dans la section intitulée « Protection générale contre les

[1351] Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles* (voir *supra* la note 1298), règle 15, p. 69.

[1352] Ibid., règle 44, p. 195.

[1353] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 1313), à la page 242, par. 30.

[1354] Voir Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, art. 48, 50, 51 (en particulier le paragraphe 4), 52 (en particulier le paragraphe 2) et 57, par. 2 ; et Protocole II aux Conventions de Genève de 1949, art. 13, par. 2. Voir également Y. Dinstein, « Legitimate military objectives under the current *jus in bello* », *International Law Studies*, vol. 78 (2002), p. 139 à 172 ; et L. R. Blank, « Extending positive identification from persons to places: terrorism, armed conflict, and the identification of military objectives », *Utah Law Review*, nº 5 (2013), p. 1227 à 1261. Voir aussi, par exemple, Royaume-Uni, Ministère de la défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2004, par. 5.4 ; Canada, Ministère de la défense nationale, *Le droit des conflits armés aux niveaux opérationnel et tactique*, document B-GJ-005-104/FP-021, 2001, par. 405 à 427 ; et États-Unis, Département de la défense, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Washington, juin 2015.

effets des hostilités») était une des dispositions fondamentales du Protocole I. Il consacrait la règle coutumière selon laquelle les civils doivent être protégés contre les dangers résultant des hostilités, disposant notamment que «[s]ont interdites les attaques dirigées à titre de représailles contre la population civile ou des personnes civiles[1355]». Il fallait donc absolument conserver le projet de principe 12 [II-4]. De l'avis de ces membres, diriger des représailles contre l'environnement naturel, ou une partie de celui-ci, équivaudrait à mener une attaque contre la population civile, des personnes civiles ou des biens de caractère civil, et constituerait de ce fait une violation du droit des conflits armés.

4) Dans ce contexte, certains membres ont estimé que l'interdiction des représailles était une règle de droit international coutumier. D'autres ont toutefois contesté cet argument, avançant que cette interdiction participait en fait uniquement d'une obligation conventionnelle prévue par le Protocole I[1356].

5) D'aucuns ont dit craindre qu'adopter pour le projet de principe 12 [II-4] un libellé identique au paragraphe 2 de l'article 55 du Protocole I n'aille à l'encontre de l'objectif principal du projet de principes, qui est d'être d'application générale. Si le Protocole I avait été ratifié par un grand nombre d'États, qui avaient ainsi souscrit à l'interdiction des représailles contre l'environnement, il n'avait néanmoins pas été ratifié universellement[1357]. Certains membres ont constaté avec préoccupation que reproduire mot pour mot le libellé du paragraphe 2 de l'article 55 dans le projet de principe 12 [II-4] risquait d'être interprété à tort comme une tentative pour imposer une règle contraignante aux États non parties. Il a aussi été souligné que certains États parties avaient formulé des réserves et des déclarations relatives au paragraphe 2 de l'article 55[1358].

6) Le statut du paragraphe 2 de l'article 55 (en tant que disposition conventionnelle) peut donc être résumé comme suit : l'interdiction des attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles est une règle contraignante pour les 174 États parties au Protocole I. La mesure dans laquelle les déclarations et réserves formulées par les États se rapportent à son application doit être évaluée au cas par cas, étant donné que seuls quelques États se sont expressément référés au paragraphe 2 de l'article 55[1359].

7) Une autre question épineuse a été soulevée et mérite d'être examinée, à savoir l'absence − tant dans l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 que dans le Protocole II − de règle correspondant à celle énoncée au paragraphe 2 de l'article 55 et interdisant expressément les représailles dans les conflits armés non internationaux (y compris contre la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil). L'historique de l'adoption du Protocole II montre que, au moment de la rédaction de cette disposition, certains États estimaient que les représailles de toute nature étaient interdites en toutes circonstances dans les conflits

[1355] Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, art. 51, par. 6. Voir également C. Pilloud et J. Pictet, «Article 51 – Protection de la population civile», dans Sandoz, Swinarski et Zimmermann (dir. publ.), *Commentaire des Protocoles additionnels…* (note 1301 *supra*), p. 627 à 643, à la page 629, par. 1923.

[1356] Pour un examen de la question de savoir si l'interdiction des représailles est une règle de droit international coutumier, voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles* (note 1298 *supra*), p. 689 à 698 ; Y. Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law and its Interaction with International Human Rights Law*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, p. 285 à 289 ; M. A. Newton, «Reconsidering reprisals», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 20 (2010), p. 361 à 388 ; et S. Darcy, *Collective Responsibility and Accountability under International Law*, Leyde, Brill, 2007, p. 154 à 156.

[1357] À l'heure actuelle, 174 États sont parties au Protocole I aux Conventions de Genève de 1949. Voir la page Web du CICR à l'adresse suivante : www.icrc.org/dih-traites/INTRO/470.

[1358] Pour une description des déclarations, des observations et des réserves formulées par les États concernant notamment l'article 55 du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, voir le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/685) [note 1269 *supra*], par. 129 et 130. On retiendra aussi que le Royaume-Uni a déclaré ce qui suit : «Les obligations découlant des articles 51 et 55 sont acceptées à condition que toute partie adverse contre laquelle le Royaume-Uni est engagé les observe elle-même scrupuleusement. Si une partie adverse lance des attaques sérieuses et délibérées, en violation de l'article 51 ou de l'article 52, contre la population civile, des civils ou des biens civils ou, en violation des articles 53, 54 et 55, contre des biens protégés par lesdits articles, le Royaume-Uni estime être en droit de prendre des mesures par ailleurs interdites par les articles en question, dans la mesure où il les juge nécessaires aux seules fins de contraindre la partie adverse à cesser de violer ces articles. Lesdites mesures ne seront prises qu'après qu'un avertissement officiel demandant à la partie adverse de mettre fin aux violations aura été ignoré, et seulement après qu'une décision aura été prise au plus haut niveau du Gouvernement. Les mesures ainsi prises par le Royaume-Uni ne seront pas disproportionnées au regard des violations les ayant provoquées, ne comprendront pas d'action interdite par les Conventions de Genève de 1949 et ne seront pas poursuivies une fois que les violations auront cessé. Le Royaume-Uni avisera les puissances protectrices de tout avertissement officiel donné à une partie adverse et, si cet avertissement a été ignoré, de toutes mesures prises en conséquence.» Le texte de la réserve peut être consulté sur le site Web du CICR, à l'adresse suivante : https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/NOTIF/470-GB?OpenDocument& (par. *m*). Pour une description partielle des conditions dans lesquelles des mesures contre l'environnement sont susceptibles d'être prises à titre de représailles par une partie belligérante, voir Royaume-Uni, Ministère de la défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (note 1354 *supra*), par. 16.18 à 16.19.1. Pour les déclarations portant sur la question de savoir si le Protocole I s'applique aux armes classiques seulement et non aux armes nucléaires, voir le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/685) [note 1269 *supra*], par. 130. Voir les déclarations et réserves de l'Irlande : «Article 55 : S'agissant de veiller à ce que, dans le cadre de la guerre, l'environnement naturel soit protégé contre des dommages étendus, durables et graves et compte tenu de l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut s'attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant de ce fait la santé ou la survie de la population, l'Irlande déclare que les armes nucléaires, même si elles ne sont pas régies directement par le Protocole I, demeurent soumises aux règles existantes du droit international telles qu'elles ont été confirmées en 1996 par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. L'Irlande interprétera et appliquera cet article de manière à assurer la meilleure protection possible de la population civile.» Cette déclaration est disponible sur le site Web du CICR, à l'adresse suivante : https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=27BBCD34A4918BFBC1256402003FB43A (par. 11). Il convient aussi de noter que dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 1313), à la page 246, paragraphe 46, la Cour internationale de Justice a dit ce qui suit : «Certains États ont soutenu que l'emploi d'armes nucléaires à titre de représailles serait licite. La Cour n'a pas à se pencher, dans ce contexte, sur la question des représailles armées en temps de paix, qui sont considérées comme illicites. Elle n'a pas davantage à se prononcer sur la question des représailles en temps de conflit armé, sinon pour observer qu'en tout état de cause tout droit de recourir à de telles représailles serait, comme le droit de légitime défense, régi, notamment, par le principe de proportionnalité.»

[1359] France, Irlande et Royaume-Uni.

armés non internationaux[1360]. Cela étant, il existe toutefois aussi des arguments valables venant appuyer la thèse selon laquelle, dans certaines situations, les représailles peuvent être autorisées dans les conflits armés non internationaux[1361].

8) Compte tenu de cette incertitude, certains membres se sont déclarés préoccupés par le fait qu'en ne faisant pas de différence entre les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux, le projet de principe 12 pourrait tendre à créer une nouvelle règle de droit international. Il a donc été proposé que l'on reformule le projet de principe en y introduisant les mises en garde de rigueur ou qu'on le supprime entièrement.

9) Au sujet des représailles contre l'environnement naturel en particulier, il convient de signaler que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé que l'interdiction des représailles contre des populations civiles constituait une règle de droit international coutumier « dans le cadre d'un conflit armé quel qu'il soit »[1362]. Étant donné que l'environnement doit être considéré comme un objet civil, sauf lorsque des parties de celui-ci deviennent un objectif militaire, certains membres ont estimé que les représailles dirigées contre l'environnement naturel dans les conflits armés non internationaux étaient interdites.

10) Devant la controverse suscitée par le libellé de ce projet de principe, diverses propositions de reformulation ont été avancées. En fin de compte, la Commission a toutefois jugé que tous les libellés autres que celui retenu étaient trop risqués en ce qu'ils pourraient être interprétés comme affaiblissant la règle établie en droit des conflits armés. Ce résultat serait peu souhaitable, étant donné que cette règle est fondamentale pour le droit des conflits armés. En dépit des préoccupations exprimées lors de la rédaction, l'adoption d'un projet de principe sur l'interdiction des représailles contre l'environnement a été jugée particulièrement nécessaire et judicieuse, l'objectif global du projet de principes étant d'améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés. Compte tenu des observations formulées plus haut, l'adoption de ce projet de principe pourrait être considérée comme favorisant le développement progressif du droit international, qui est l'une des missions de la Commission.

[1360] Voir *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits amés* (Genève, 1974-1977) vol. IX, particulièrement les déclarations faites par le Canada (p. 444), la République islamique d'Iran (p. 445), l'Iraq (p. 332), le Mexique (p. 337) et la Grèce (p. 445) ; disponible à l'adresse suivante : www.legal-tools.org/doc/846e0c/pdf/. Voir aussi Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles* (note 1298 *supra*), p. 696.

[1361] Voir V. Bílková, « Belligerent reprisals in non-international armed conflicts », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63 (2014), p. 31 à 65 ; et S. Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 449 à 457.

[1362] *Le Procureur c. Duško Tadić alias « Dule »*, affaire nº IT-94-1-AR72, arrêt du 2 octobre 1995 relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. I, p. 352 et suiv., aux pages 474 et 476, par. 111 et 112. Voir aussi Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles* (note 1298 *supra*), p. 693 à 697.

Projet de principe 13 [II-5]. Zones protégées

Une zone d'importance environnementale et culturelle majeure déclarée zone protégée par accord est protégée contre toute attaque, aussi longtemps que ne s'y trouve aucun objectif militaire.

Commentaire

1) Ce projet de principe est en lien avec le projet de principe 5 [I-(x)]. Il dispose qu'une zone d'importance environnementale et culturelle majeure déclarée zone protégée par accord est protégée contre toute attaque, aussi longtemps que ne s'y trouve aucun objectif militaire. Contrairement à sa version antérieure, il ne couvre que les zones déclarées protégées par un accord exprès. Un tel accord peut avoir été conclu en temps de paix ou en temps de conflit armé. Le terme « accord » doit s'entendre au sens le plus large, qui englobe les déclarations réciproques et les déclarations unilatérales acceptées par l'autre partie, les traités et les autres types d'accords, ainsi que les accords conclus avec des acteurs non étatiques. Les zones visées par le projet de principe sont protégées contre les attaques pendant les conflits armés. L'emploi des termes « s'y trouve » dans l'expression « aussi longtemps que ne s'y trouve aucun objectif militaire » sert à indiquer que peuvent bénéficier d'une protection la zone entière ou certaines parties de celle-ci seulement. En outre, la protection conférée à une zone cesse si l'une des parties commet une violation substantielle de l'accord par lequel elle a été désignée protégée.

2) Comme mentionné plus haut, une zone déclarée protégée conformément au projet de principe 5 [I-(x)] peut cesser d'être protégée si une partie à un conflit armé y a des objectifs militaires ou l'utilise pour y mener une quelconque activité militaire pendant un conflit armé. Employée dans le membre de phrase « aussi longtemps que ne s'y trouve aucun objectif militaire », l'expression « objectif militaire » est envisagée sous un angle différent que dans le paragraphe 3 du projet de principe 9 [II-1], où il est dit « à moins qu'elle soit devenue un objectif militaire ». Les projets de principe 13 [II-5] et 9 [II-1], paragraphe 3, sont liés en ce que le premier vise à renforcer la protection prévue dans le deuxième.

3) La protection conditionnelle prévue vise à établir un équilibre entre les considérations militaires, humanitaires et environnementales, comme le fait l'article 60 du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949 à l'égard des zones démilitarisées. Conformément à l'article 60, si une partie à un conflit armé utilise une zone protégée spécifiquement à des fins militaires, cette zone cesse de bénéficier de la protection qui lui était conférée.

4) En outre, conformément à l'article 4 de la Convention de La Haye de 1954, mentionnée plus haut, les États parties ont l'obligation de ne pas détruire les biens considérés comme des biens culturels au sens de la Convention. La protection ne peut cependant être accordée que tant que ces biens culturels ne sont pas utilisés à des fins militaires.

5) Les effets juridiques de l'accord par lequel une zone est déclarée protégée dépendent de l'origine et du

contenu de cet accord, ainsi que de la forme qu'il prend. En application de la règle *pacta tertiis*, par exemple, un traité ne fait droit qu'entre ses parties. Au minimum, déclarer une zone protégée pourrait servir à rappeler aux parties à un conflit armé qu'elles devraient tenir compte du statut de cette zone aux fins de l'application du principe de proportionnalité ou du principe de précautions dans l'attaque. En outre, il peut être nécessaire d'adapter les mesures préventives et réparatrices prévues au statut spécial de la zone.

Chapitre XI

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

A. Introduction

190. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » et a nommé M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet[1363]. À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet, qui a été communiquée à la Commission à sa soixantième session[1364].

191. Le Rapporteur spécial a présenté trois rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire à sa soixantième session (2008), et les deuxième et troisième rapports à sa soixante-troisième session (2011)[1365]. Elle n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session (2009) ni à sa soixante-deuxième session (2010)[1366].

192. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a nommé M^me^ Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission[1367]. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale à la même session (2012), son deuxième rapport à la soixante-cinquième session (2013), son troisième rapport à la soixante-sixième session (2014) et son quatrième rapport à la soixante-septième session (2015)[1368]. Sur la base des projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale dans les deuxième, troisième et quatrième rapports, la Commission a adopté provisoirement six projets d'article et les commentaires y relatifs. Le projet d'article 2, relatif aux définitions, est encore en cours d'élaboration[1369].

B. Examen du sujet à la présente session

193. La Commission était saisie du cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, qui traite de la question des limites et des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/701). Elle a débattu de ce rapport de sa 3328^e^ à sa 3331^e^ séance, du 26 au 29 juillet 2016. Au moment de son examen, ce document n'était disponible que dans deux des six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. En conséquence, la Commission a tenu un débat à caractère préliminaire auquel ont participé les membres qui souhaitaient s'exprimer sur le sujet ; ce débat se poursuivra à la soixante-neuvième session. Il a été entendu que les circonstances de l'examen de ce rapport à la session en cours constituaient un cas exceptionnel et ne devaient pas créer un précédent. La Commission a souligné que le débat tenu à cette session n'en était qu'à ses prémices et qu'elle ne soumettrait à l'Assemblée générale le résultat de ses travaux qu'une fois qu'elle aurait mené ce débat à terme à sa soixante-neuvième session.

194. À sa 3329^e^ séance, le 27 juillet 2016, la Commission a provisoirement adopté les projets d'articles 2 *f* et 6, qui avaient été provisoirement adoptés par le Comité de rédaction et dont elle avait pris note à sa soixante-septième session (voir *infra* la section C.1).

195. À ses 3345^e^ et 3346^e^ séances, le 11 août 2016, la Commission a adopté les commentaires des projets d'article provisoirement adoptés à la présente session (voir *infra* la section C.2).

1. Présentation par la Rapporteuse spéciale de son cinquième rapport

196. Le cinquième rapport était consacré à l'analyse des limites et des exceptions à l'immunité de juridiction

[1363] À sa 2940^e^ séance, le 20 juillet 2007 [voir *Annuaire… 2007*, vol. II (2^e^ partie), p. 101, par. 376]. L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 62/66 du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. La Commission avait décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe I de son rapport [voir *Annuaire… 2006*, vol. II (2^e^ partie), p. 194, par. 257, et p. 199 à 209].

[1364] *Annuaire… 2007*, vol. II (2^e^ partie), p. 105, par. 386. L'étude préparée par le Secrétariat sur le sujet figure dans le document A/CN.4/596 et Corr.1 [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session (2008) ; le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire… 2008*, vol. II (1^re^ partie)].

[1365] *Annuaire… 2008*, vol. II (1^re^ partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire) ; *Annuaire… 2010*, vol. II (1^re^ partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport) ; et *Annuaire… 2011*, vol. II (1^re^ partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

[1366] Voir *Annuaire… 2009*, vol. II (2^e^ partie), p. 151, par. 207 ; et *Annuaire… 2010*, vol. II (2^e^ partie), p. 201, par. 343.

[1367] *Annuaire… 2012*, vol. II (2^e^ partie), p. 86, par. 266.

[1368] Ibid., vol. II (1^re^ partie), document A/CN.4/654 (rapport préliminaire) ; *Annuaire… 2013*, vol. II (1^re^ partie), document A/CN.4/661 (deuxième rapport) ; *Annuaire… 2014*, vol. II (1^re^ partie), document A/CN.4/673 (troisième rapport) ; et *Annuaire… 2015*, vol. II (1^re^ partie), document A/CN.4/686 (quatrième rapport).

[1369] À sa 3174^e^ séance, le 7 juin 2013, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire les projets d'articles 1, 3 et 4, et de sa 3193^e^ à sa 3196^e^ séance, les 6 et 7 août 2013, elle a adopté les commentaires y relatifs [voir *Annuaire… 2013*, vol. II (2^e^ partie), p. 42 et suiv., par. 48 et 49]. À sa 3231^e^ séance, le 25 juillet 2014, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 *e* et 5, et de sa 3240^e^ à sa 3242^e^ séance, les 6 et 7 août 2014, elle a adopté les commentaires y relatifs [voir *Annuaire… 2014*, vol. II (2^e^ partie), p. 152 et suiv., par. 131 et 132]. À sa 3284^e^ séance, le 4 août 2015, le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport du Comité sur le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », qui contient les projets d'articles 2 *f* et 6 adoptés provisoirement par le Comité de rédaction à la soixante-septième session, dont la Commission a pris note [*Annuaire… 2015*, vol. II (2^e^ partie), p. 75 et suiv., par. 176].

pénale étrangère des représentants de l'État. Il exposait, en particulier, les travaux antérieurs de la Commission sur la question des limites et des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, présentait une analyse de la pratique pertinente, traitait de quelques questions méthodologiques et conceptuelles relatives aux limites et aux exceptions, et envisageait les cas dans lesquels l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne s'appliquerait pas. Il indiquait en guise de conclusion qu'il n'avait pas été possible de déterminer, sur la base de la pratique, l'existence d'une règle coutumière autorisant l'application de limites ou d'exceptions à l'immunité *ratione personae*, ni de déceler une tendance en faveur d'une telle règle. En revanche, le rapport parvenait à la conclusion que les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère s'appliquaient effectivement aux représentants de l'État dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*. Au terme de l'analyse, le rapport contenait un projet d'article 7 proposé par la Rapporteuse spéciale, concernant les « Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas »[1370]. Il était également indiqué dans le rapport que les aspects procéduraux de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État seraient traités dans le sixième rapport de la Rapporteuse spéciale en 2017.

197. En présentant le rapport, la Rapporteuse spéciale a rappelé que le sujet avait fait l'objet de débats récurrents au fil des ans au sein de la Commission et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, suscitant des opinions très diverses et souvent opposées. Le cinquième rapport était consacré à l'étude des limites et des exceptions aux immunités après l'achèvement par la Commission de l'étude de tous les éléments normatifs de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*.

198. La Rapporteuse spéciale a indiqué avoir suivi pour l'élaboration de son rapport la même méthodologie que pour les rapports précédents, à savoir l'analyse de la pratique judiciaire (interne et internationale) et conventionnelle, la prise en considération des travaux antérieurs de la Commission, en y ajoutant une analyse de la législation interne des États, ainsi que des informations communiquées par les gouvernements en réponse aux questions formulées par la Commission. La Rapporteuse spéciale a souligné que le cinquième rapport, tout comme ceux qui l'avaient précédé, devait être lu conjointement avec les rapports antérieurs sur le sujet, avec lesquels il formait un tout.

199. Passant aux principales questions de fond et d'ordre méthodologique mises en évidence dans le cinquième rapport, la Rapporteuse spéciale a indiqué que l'objet de celui-ci était le suivant : *a*) rechercher s'il existait des situations dans lesquelles l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État était privée d'effet, même lorsque cette immunité était potentiellement applicable parce que tous ses éléments normatifs tels que définis dans les projets d'article provisoirement adoptés étaient réunis ; et *b*) déterminer, en cas de réponse positive à l'alinéa *a*, les cas où cette immunité était effectivement privée d'effet, en traitant en particulier : i) les limites et exceptions à l'immunité ; et ii) les crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'appliquait pas.

200. La Rapporteuse spéciale a fait observer que l'expression « limites et exceptions » correspondait à son avis à une distinction théorique selon laquelle une « limite » était un élément intrinsèque au régime de l'immunité lui-même, tandis qu'une « exception » était un élément extérieur à celui-ci. La distinction avait des implications normatives, car elle emportait des conséquences pour l'interprétation systémique de l'immunité, comme le laissait entendre le rapport. La Rapporteuse spéciale a néanmoins souligné que la distinction entre limites et exceptions n'avait aucune incidence pratique puisque l'une et l'autre avaient le même effet, à savoir la non-application du régime juridique de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. En conséquence, aux fins du présent projet d'articles, l'expression « l'immunité ne s'applique pas » couvrait à la fois les limites et les exceptions.

201. En outre, la levée de l'immunité n'était pas envisagée dans le rapport comme « une limite ou une exception ». La levée de l'immunité produisait les mêmes effets qu'une limite ou une exception ; cependant, cela était dû non pas à l'existence de règles générales autonomes, mais à la volonté de l'État du représentant. La levée de l'immunité ayant un caractère essentiellement procédural, elle serait examinée dans le sixième rapport, qui serait consacré aux aspects procéduraux de l'immunité.

202. Le rapport ne se bornait pas à traiter des crimes internationaux. Il comportait aussi une analyse de certains autres types d'infractions, comme la corruption, qui était un sujet important de préoccupation pour la communauté internationale. La pratique étatique offrait en outre des exemples de non-application de l'immunité qui étaient fondés sur la primauté du principe de souveraineté territoriale dans l'exercice de la juridiction pénale de l'État du for (du même ordre que l'« exception territoriale » dans le contexte de l'immunité juridictionnelle de l'État).

203. La Rapporteuse spéciale a aussi insisté sur un certain nombre d'éléments qu'il convenait de prendre en considération pour l'analyse du régime de l'application des limites et des exceptions à l'immunité :

a) Les notions d'immunité et de juridiction étaient indissolublement liées. L'immunité était une exception à l'exercice de la juridiction des tribunaux de l'État du for.

[1370] Le texte du projet d'article 7, tel que proposé par la Rapporteuse spéciale dans le cinquième rapport, se lit ainsi :

« Projet d'article 7

« *Crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'applique pas*

« 1. L'immunité ne s'applique pas à l'égard des crimes suivants :

« *a*) le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture et les disparitions forcées ;

« *b*) les crimes liés à la corruption ;

« *c*) les crimes qui portent atteinte aux personnes, notamment en entraînant leur mort ou en leur causant des blessures graves, ou aux biens, s'ils sont commis sur le territoire de l'État du for et que le représentant de l'État est présent sur ce territoire au moment où ces crimes sont commis.

« 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae* pendant leur mandat.

« 3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice :

« *a*) de toute disposition d'un traité ayant force obligatoire pour l'État du for et l'État du représentant et en vertu de laquelle l'immunité ne serait pas applicable ;

« *b*) de l'obligation de coopérer avec une cour ou un tribunal international, qui, dans chaque cas, peut être exigée de l'État du for. »

Même si l'immunité et la juridiction étaient toutes deux fondées sur l'égalité souveraine des États, il fallait tenir compte du caractère exceptionnel de l'immunité pour établir l'existence éventuelle de limites et d'exceptions.

b) En raison de sa nature procédurale, l'immunité n'exonérait pas le représentant de l'État de sa responsabilité pénale individuelle. En conséquence, au sens formel, l'immunité ne pouvait équivaloir à l'impunité. Il fallait néanmoins souligner que, dans certaines circonstances, l'immunité pouvait entraîner, de fait, une impossibilité de conclure à la responsabilité pénale individuelle d'un représentant de l'État. Cet effet devait être pris en considération dans le cadre de l'analyse des limites et des exceptions à l'immunité.

c) L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État avait une incidence sur les actions pénales visant à établir, le cas échéant, la responsabilité pénale individuelle de l'auteur de certaines infractions. Cette immunité était différente et distincte de l'immunité de l'État, et était soumise à un régime juridique propre, y compris quant aux limites et aux exceptions à l'immunité.

d) L'application horizontale de l'immunité entre États, traitée dans le cadre du présent sujet, était distincte et indépendante de l'application verticale de l'immunité devant les juridictions pénales internationales. Toutefois, en même temps, la simple existence de juridictions pénales internationales ne pouvait pas toujours être considérée comme un autre mécanisme permettant d'engager la responsabilité pénale des représentants de l'État. En conséquence, l'existence de juridictions pénales internationales ne pouvait être considérée comme une justification de l'absence d'exceptions.

204. À propos de l'analyse de la pratique pertinente dans le rapport, la Rapporteuse spéciale a insisté sur l'importance de cette pratique pour déterminer les limites et les exceptions à l'immunité. Cette analyse était complétée par une interprétation systémique de l'immunité ainsi que des limites et des exceptions à celle-ci. En conséquence, en dépit de la diversité de la pratique, il en ressortait clairement une tendance à considérer la perpétration de crimes internationaux comme un obstacle à l'application de l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, et cela pour deux motifs : *a*) les crimes en question n'étaient pas considérés comme des actes accomplis à titre officiel, ou étaient considérés comme constituant une exception à l'immunité justifiée par la gravité des actes commis ; ou *b*) ces crimes portaient atteinte aux valeurs et aux principes reconnus par la communauté internationale dans son ensemble.

205. Sur le premier point, on constatait que, même si les tribunaux nationaux avaient parfois reconnu l'immunité de juridiction pénale étrangère pour des crimes internationaux, ils l'avaient toujours fait dans le contexte de l'immunité *ratione personae*, mais seulement très exceptionnellement à l'égard de l'immunité *ratione materiae*. Cette pratique, associée à l'*opinio juris*, permettait d'arriver à la conclusion que le droit international contemporain autorisait des limites ou des exceptions à l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère en cas de perpétration de crimes internationaux. En outre, quand bien même on pouvait douter de l'existence d'une pratique générale suffisante pour constituer une coutume, on percevait une tendance manifeste attestant l'émergence d'une coutume.

206. S'agissant de la question des « valeurs et principes juridiques », le rapport tentait d'envisager les limites et les exceptions à l'immunité sous l'angle du droit international en tant que système normatif dont le régime juridique de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État faisait partie intégrante. Afin d'éviter que l'application d'un régime d'immunité n'entraîne des effets négatifs ou ne rende sans objet d'autres éléments du système contemporain de droit international, une telle approche systémique était nécessaire. Cette approche influait aussi sur la manière dont le rapport traitait la relation entre l'immunité et d'autres catégories essentielles du droit international contemporain, comme l'interdiction d'actes contraires aux normes impératives du droit international (*jus cogens*), ainsi que l'inscription dans le droit des notions d'impunité et d'obligation de rendre compte, et la lutte contre l'impunité, le droit d'accès à la justice, le droit des victimes à réparation ou, dans le même sens, l'obligation incombant aux États de juger les auteurs de certains crimes internationaux.

207. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, une telle approche, qui répondait mieux aux préoccupations exprimées par certains États et membres de la Commission dans les débats au fil des années, était conforme au droit international contemporain. Elle n'altérait pas les éléments fondamentaux du droit pénal international tel qu'il s'était progressivement développé depuis le siècle dernier, notamment quant au principe de responsabilité pénale individuelle pour des crimes internationaux et à la nécessité de garantir l'existence de mécanismes permettant de lutter efficacement contre l'impunité à l'égard de tels crimes. Parallèlement, elle tenait compte d'autres éléments importants du droit international, en particulier du principe d'égalité souveraine des États.

208. La Rapporteuse spéciale a aussi exposé les différents éléments du projet d'article 7 qu'elle proposait. Elle a appelé l'attention sur les trois catégories de crimes à l'égard desquels l'immunité ne s'appliquait pas, sur le fait que les limites et exceptions s'appliquaient uniquement à l'égard de l'immunité *ratione materiae*, et sur l'existence de deux régimes particuliers considérés comme *lex specialis*.

2. Résumé du débat

a) *Observations d'ordre général*

209. Le débat à la présente session n'en est qu'à ses prémices et se poursuivra à la soixante-neuvième session de la Commission, ce dont il convient de tenir compte pour bien comprendre le résumé ci-après. Un exposé de l'intégralité du débat, y compris le résumé du débat par la Rapporteuse spéciale, sera établi après la conclusion du débat en 2017.

210. Les membres qui se sont exprimés ont généralement accueilli favorablement le cinquième rapport de la Rapporteuse spéciale, qui présentait de façon systématique

un grand nombre d'exemples bien documentés de pratique étatique telle qu'elle ressortait des traités et de la législation interne, ainsi que de la jurisprudence internationale et nationale. Il a été admis d'emblée que le sujet, notamment la question des limites et des exceptions, était juridiquement complexe et soulevait des questions politiquement très délicates et importantes pour les États. Il a aussi été rappelé qu'il existait des désaccords au sein de la Commission et des divergences de vue entre États, certains membres en déduisant qu'il convenait de procéder avec prudence sur le sujet. Certains membres ont estimé que la Commission devait se concentrer sur la codification plutôt que sur l'élaboration de nouvelles normes se rapportant au traitement des limites et des exceptions. D'autres membres ont affirmé que le traitement de cette question devait tenir compte aussi bien de la codification que du développement progressif du droit international.

b) *Observations sur les questions d'ordre méthodologique et conceptuel soulevées dans le cinquième rapport*

211. Dans leurs observations, les membres qui se sont exprimés ont abordé les différents aspects du rapport. Ils ont rappelé les précédents travaux de la Commission sur la question des limites et des exceptions, ont présenté des commentaires sur le traitement de la pratique pertinente, ont soulevé certaines questions d'ordre méthodologique et conceptuel relatives aux limites et aux exceptions, sont revenus sur la question de la nature juridique du régime de l'immunité, et ont examiné les cas dans lesquels l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne s'appliquait pas, dans le contexte du projet d'article 7 tel que proposé par la Rapporteuse spéciale. Tandis que certains membres ont approuvé les approches adoptées, d'autres ont exprimé des objections à cet égard.

Travaux antérieurs de la Commission concernant les limites et exceptions

212. Certains membres ont salué l'approche claire et équilibrée adoptée par la Rapporteuse spéciale pour étudier les limites et exceptions, et l'en ont remerciée. Pour cela, la Rapporteuse spéciale avait passé en revue la pratique et la jurisprudence pertinente et s'était efforcée de maintenir un équilibre délicat entre l'adhésion à l'immunité des représentants de l'État en droit international coutumier et un examen prudent des possibilités de développement progressif, conformément à l'approche qu'elle avait décidé d'appliquer dès le début de ses travaux.

213. Certains autres membres ont rappelé avec satisfaction l'étude élaborée par le Secrétariat[1371], ainsi que les travaux précédemment menés par le précédent Rapporteur spécial[1372]. Il a été dit que l'examen des limites et des exceptions aurait dû prendre pour point de départ les conclusions du précédent Rapporteur spécial[1373], pour déterminer si ses conclusions, dégagées en 2008[1374], pouvaient encore être justifiées et maintenues compte tenu de l'évolution ultérieure du droit international. Ces membres ont aussi estimé que la Rapporteuse spéciale s'était peu à peu écartée de l'approche qu'elle avait elle-même proposée pour le traitement du sujet, privilégiant le développement progressif au détriment de la codification, et causant ainsi un déséquilibre.

Étude de la pratique

214. Certains membres ont critiqué le rapport du fait qu'il ne suivait pas fidèlement le processus analytique de détermination du droit international coutumier auquel il se référait. De plus, certaines conclusions étaient souvent inconciliables avec d'autres affirmations figurant dans le rapport. Des préoccupations ont été notamment exprimées concernant le traitement de la jurisprudence, qui était d'origine diverse et dont le choix paraissait sélectif, et qui s'appuyait dans certains cas sur des opinions individuelles ou dissidentes, ainsi que sur la citation d'extraits limités de lois nationales dont certains étaient relativement dépourvus de pertinence pour l'examen du sujet. Il a été en outre noté qu'une tendance à admettre une exception devant les juridictions internes, même si elle existait, ne constituait pas une pratique générale susceptible de constituer une règle de droit international coutumier.

215. En conséquence, certains membres ont estimé qu'il n'apparaissait pas clairement si cette démarche analytique étayait suffisamment les conclusions tirées dans le rapport et que, dans certains cas, la jurisprudence relative à l'exercice de la juridiction pénale internationale n'aidait pas à déterminer si le droit international coutumier reconnaissait l'existence d'une exception à l'immunité *ratione materiae* devant une juridiction pénale étrangère. L'approche adoptée par la Rapporteuse spéciale aboutissait à étendre les limites et exceptions à l'immunité à des crimes de droit international incluant même des crimes de droit commun.

216. Il a été en outre affirmé dans le même contexte que, plutôt que de fonder le rapport sur les « valeurs et principes juridiques » de la communauté internationale, il eût été préférable de suivre strictement le processus de détermination du droit international coutumier, en s'appuyant sur des sources normatives. Il aurait dû être précisé que les propositions qui étaient faites relevaient du développement progressif du droit international.

217. En revanche, les membres de la Commission ayant pris part au débat ont généralement considéré que le rapport comportait une analyse abondante et approfondie de la pratique. Certains membres ont en outre estimé que cette analyse faisait ressortir l'existence d'une nette tendance à admettre certaines limites et exceptions à l'immunité, et étayait suffisamment les propositions faites par la Rapporteuse spéciale.

218. En outre, de l'avis de certains membres, même si des divergences de vue étaient inévitables quant au régime juridique et à la nature de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, le rapport aurait un impact important sur la compréhension et le traitement de cette immunité et aiderait les États et autres acteurs concernés à élaborer un régime de l'immunité tenant compte des divers intérêts juridiques en jeu. Ils ont donc

[1371] A/CN.4/596 et Corr.1 (voir *supra* la note 1364).

[1372] Voir, en particulier, le deuxième rapport du Rapporteur spécial Roman A. Kolodkin, *Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/631, p. 31 à 61, par. 54 à 93.

[1373] Ibid, p. 60 et 61, par. 90 à 93.

[1374] *Annuaire… 2008*, vol. II (2e partie), p. 149 et suiv., par. 294 à 311.

appuyé l'approche suivie par la Rapporteuse spéciale et noté que l'analyse et les conclusions sur la doctrine étaient intrinsèquement liées à la pratique et aux prononcés judiciaires, ce qui assurerait une base concrète aux propositions relatives aux limites et aux exceptions. Le lecteur du rapport aurait une compréhension globale et intégrale du contexte et des diverses positions sur les questions abordées, des variations dans le traitement de l'immunité aux niveaux international et national, et des considérations de principe en cause. Ces membres souscrivaient à la conclusion selon laquelle la pratique analysée dans le rapport faisait ressortir une tendance à reconnaître que l'immunité ne s'appliquait pas lorsque des crimes internationaux avaient été commis.

219. Il a été en outre considéré par ces membres qu'apporter une preuve irréfutable de l'existence d'une norme de droit international coutumier n'était pas nécessairement le seul moyen de traiter la question des limites et des exceptions. Dès lors, la référence aux « valeurs et principes juridiques » était à leur avis très utile.

220. Il a aussi été observé que la Rapporteuse spéciale avait fait des efforts louables pour réduire les divergences au sein de la Commission sur la question des limites et des exceptions à l'immunité, tout en adoptant une approche avisée, mais stimulante pour présenter la question à l'examen de la Commission. En mettant en évidence une tendance, la Rapporteuse spéciale avait offert une voie moyenne entre ceux qui souhaitaient faire concorder le régime de l'immunité tel qu'il était appliqué verticalement et horizontalement, et ceux qui estimaient que la Commission ne devait pas établir de limites ni d'exceptions parce que le droit international coutumier ne prévoyait pas de telles exceptions.

Nature juridique de l'immunité

Relations entre immunité et juridiction

221. Certains membres ont souligné, en renvoyant à la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*[1375], que l'immunité et la juridiction, bien que liées, relevaient de régimes différents. Le fait que des instruments internationaux visant à prévenir et à réprimer certains crimes internationaux graves exigeaient des États parties qu'ils établissent leur compétence, ou mettaient à leur charge des obligations en matière d'enquête, d'arrestation, de poursuites, d'extradition et d'autres formes de coopération, était sans effet sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État en droit international coutumier. De telles immunités, ainsi que cela était noté dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, demeuraient opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exerçaient leur compétence sur la base de ces instruments[1376].

222. En revanche, il a été observé que la quête de responsabilisation n'était pas et ne devait pas être considérée comme un mécanisme destiné à troubler la paix, à permettre une ingérence dans les affaires intérieures des États, ou à porter atteinte à la souveraineté des États ou à la volonté de leurs peuples. Au contraire, l'absence de justice et l'impunité contribuaient à créer des tensions dans les relations internationales et compromettaient les principes juridiques essentiels des relations interétatiques. Il a été dès lors affirmé qu'il fallait trouver un équilibre entre les différents intérêts légitimes en cause, en tenant compte du droit de l'État d'assurer la protection de sa souveraineté, y compris de sa population, et de l'égalité souveraine des États dans les limites du droit international.

223. Il a été de même souligné qu'il ne fallait pas sous-estimer l'incidence du Statut de Rome de la Cour pénale internationale sur le projet d'articles en cours d'élaboration. Il a été noté en particulier, par rapport à l'article 27 du Statut de Rome, que l'immunité et la responsabilité pénale individuelle étaient intrinsèquement liées, et que le fait de considérer l'immunité comme un simple obstacle d'ordre procédural, en termes absolus, détachait celle-ci de la question de la responsabilité individuelle, sans permettre une réparation effective.

Relations entre immunité et responsabilité

224. Certains membres ont rappelé que la jurisprudence, notamment celle de la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et des *Immunités juridictionnelles de l'État*[1377], montrait que l'immunité n'exonérait pas un représentant de l'État de toute responsabilité pénale individuelle sur le fond et n'avait pas pour but de favoriser l'impunité, vu que, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, il existait d'autres mesures possibles pour empêcher l'impunité, sous la forme de poursuites devant les juridictions internes, de la levée de l'immunité, de poursuites après la cessation des fonctions, et de la saisine d'un système de justice pénale internationale. En conséquence, il était inexact de dire que l'impunité résultait de l'immunité, puisque la première reposait sur des considérations matérielles, impliquant des questions de responsabilité pénale individuelle, tandis que la seconde concernait des questions procédurales.

225. Cependant, d'autres membres ont approuvé l'approche adoptée par la Rapporteuse spéciale dans son cinquième rapport. Il a été noté que l'immunité *ratione personae* étant distincte de l'immunité *ratione materiae*, il était nécessaire d'avoir une position plus nuancée afin de progresser sur le sujet. L'établissement par un État de sa compétence pénale sur des personnes bénéficiant d'une immunité *ratione personae*, fondée sur leur qualité, porterait atteinte à la capacité de fonctionnement de l'État dont ces personnes sont les agents et à l'exercice de sa souveraineté, mais il n'en allait pas toujours de même de l'immunité *ratione materiae*, qui était fondée sur le comportement. Le fait que l'immunité *ratione materiae* accordée aux agents de l'État, telle qu'elle était visée dans le projet d'article 6 provisoirement adopté à la présente session, s'étendait uniquement aux actes accomplis à titre officiel par ces agents signifiait qu'il n'y avait aucune automaticité dans son application en tant qu'obstacle procédural.

[1375] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3.

[1376] Ibid., à la page 25, par. 59.

[1377] *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99.

Relations entre immunité de l'État et immunité d'un agent de l'État

226. Certains membres ont affirmé que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État trouvait son origine dans l'immunité de l'État, qui reposait sur le principe *par in parem non habet imperium*. Laisser penser que les normes de *jus cogens* ou les règles réprimant des crimes internationaux graves entraient en contradiction avec les droits fondamentaux des États revenait à subordonner le principe de l'égalité souveraine des États, pierre angulaire des relations interétatiques, à d'autres règles et risquait d'éroder progressivement ce principe. De plus, l'établissement d'exceptions à l'immunité était susceptible de porter atteinte au principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des États, ouvrant la voie à l'engagement par des États de poursuites à des fins politiques contre un chef d'État ou d'autres représentants étatiques de haut rang, et conduirait à l'exercice abusif de la compétence universelle. Au lieu de contribuer à la répression des crimes et à la protection des droits de l'homme, une telle évolution risquait de compromettre la stabilité des relations internationales et la justice internationale.

227. À l'inverse, certains membres ont fait remarquer que l'évolution en matière de juridiction civile au cours du siècle dernier avait été marquée par l'abandon du concept d'immunité absolue de l'État. Par ailleurs, l'immunité souveraine (de l'État) était différente de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. De plus, si un État était responsable pour des faits internationalement illicites, y compris pour des actes commis par ses représentants, un État en tant que tel ne pouvait commettre un crime au regard du droit de la responsabilité de l'État. La responsabilité de l'État n'était pas de nature pénale, tandis que ses représentants, compte tenu aussi des développements du siècle dernier, étaient susceptibles d'encourir une responsabilité pénale. Il convenait de ne pas perdre de vue ces distinctions lorsque l'on envisageait l'immunité des représentants de l'État, ses limites et exceptions éventuelles et le projet général de parvenir à un équilibre entre des intérêts juridiques légitimes.

Relations entre juridiction nationale et juridiction internationale

228. Il a été souligné que, pour analyser les questions soumises à l'examen dans le cinquième rapport au regard des principes contemporains du droit international, il fallait établir un équilibre entre différents intérêts, à commencer par le régime de la Charte des Nations Unies, qui consacrait certaines aspirations pour l'humanité, notamment la protection des droits de l'homme, la recherche de la justice et le respect des obligations conformes au droit international, sur la base de certains principes fondamentaux, tout particulièrement de l'égalité souveraine des États.

229. Partant de ce constat, il a été soutenu que la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne revêtait pas une importance secondaire par rapport à l'égalité souveraine, et que la justice n'était pas incompatible avec le respect des obligations résultant du droit international. Le rapport, tel qu'il se présentait, lu conjointement avec les rapports précédents, visait à démontrer que les principes n'étaient pas censés s'exclure mutuellement, car ils étaient complémentaires les uns des autres et il convenait de les appliquer en veillant à ce qu'aucun intérêt ne porte atteinte à un autre.

230. De plus, même si l'immunité de juridiction pénale internationale des représentants de l'État ne relevait pas du présent sujet, il fallait tenir compte de certaines considérations juridiques de principe pour réaliser un équilibre entre les intérêts en présence, notamment, d'une part, l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble à se protéger contre la perpétration de crimes internationaux, ainsi que contre des violations des normes de *jus cogens* et, d'autre part, l'intérêt de préserver l'intégrité des obligations de coopération entre juridictions nationales et internationales.

231. L'existence d'une relation étroite entre l'invocation de l'immunité devant les juridictions *nationales* et l'invocation de l'immunité devant les juridictions *internationales* a été affirmée, rendant nécessaire une interprétation systémique des deux cas de figure. Dans ce contexte, il a été fait référence au système de complémentarité mis en place par le Statut de Rome, dont l'efficacité ne devait pas être entravée par les règles relatives à l'immunité.

232. En revanche, il a été rappelé que la relation entre un État et une juridiction pénale internationale, comme celle de la Cour pénale internationale, était différente de la relation horizontale entre États envisagée dans le sujet à l'examen. Si, en vertu de l'article 27 du Statut de Rome qui établissait le défaut de pertinence de la qualité officielle, les représentants d'un État partie ne bénéficiaient pas d'une immunité procédurale devant la Cour pénale internationale, cette disposition ne pouvait servir à démontrer l'existence d'une exception dans le contexte de la relation horizontale entre États, qui était préservée en vertu de l'article 98 du Statut de Rome.

233. Il a été en outre rappelé par certains membres qu'un traité ne créait pas d'obligations ni de droits pour un État tiers sans le consentement de celui-ci. En conséquence, l'inapplicabilité de l'immunité convenue entre États dans le cadre de traités ne s'appliquait qu'aux États parties ou aux cas prévus par les traités en question et, si elles se présentaient dans une relation verticale avec une juridiction pénale internationale, de telles exceptions ne pourraient pas être invoquées comme preuve d'une règle coutumière dans une relation horizontale entre États.

234. Il a cependant été dit qu'au lieu de faire abstraction de la pratique des juridictions pénales internationales comme n'ayant aucun impact sur les relations horizontales, il convenait d'étudier soigneusement les développements dans le contexte de chaque affaire. Par exemple, dans certains cas, la question soumise à la juridiction interne n'était pas celle de l'immunité en droit international, mais celle de l'immunité en droit interne.

c) *Observations relatives au projet d'article 7*

235. Plusieurs membres ont appuyé la proposition de recenser les crimes auxquels l'immunité *ratione materiae* ne s'appliquait pas. Dans ce contexte, certains membres

ont appuyé l'approche méthodologique de la Rapporteuse spéciale consistant à envisager l'immunité sur la base d'une conception du droit international en tant que système normatif global pour faire en sorte que le régime de l'immunité ne nuise pas à d'autres éléments du système contemporain de droit international dans son ensemble ni ne les neutralise. De plus, des membres ont souscrit à la distinction faite par la Rapporteuse spéciale entre les actes *ultra vires* des représentants de l'État attribuables à celui-ci aux fins de la responsabilité internationale et les actes *ultra vires* à raison desquels les représentants concernés ne pouvaient invoquer l'immunité *ratione materiae*.

236. De plus, selon une opinion, la conclusion à laquelle la Cour internationale de Justice était parvenue dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, à savoir qu'il n'existait pas en droit coutumier d'exception à la règle conférant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité aux ministres des affaires étrangères en exercice soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité[1378], devait être interprétée de manière étroite, car elle ne concernait que l'immunité *ratione personae*.

237. On a également fait observer que la pratique des États attestait que l'immunité *ratione materiae* était dénuée de pertinence lorsque l'État du for exerçait légitimement sa juridiction pénale sur son territoire. Une infraction commise dans l'État du for touchait cet État, qui avait donc un intérêt légitime à engager des poursuites. De plus, la pratique indiquait qu'il n'existait pas de règle coutumière accordant l'immunité aux représentants de l'État pour *tous* les actes accomplis à titre officiel.

238. D'autres membres n'étaient pas d'accord avec la conclusion de la Rapporteuse spéciale selon laquelle il existait une exception à l'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne certains crimes, rappelant que le précédent Rapporteur spécial avait conclu que, hormis le cas où un État sur le territoire duquel une infraction avait été commise et où certaines conditions étaient remplies exerçait sa juridiction pénale, il n'y avait pas d'exception à l'immunité. Ces membres ont rappelé que l'immunité avait un caractère procédural et ne visait pas à résoudre la question matérielle de la légalité ou de l'illégalité d'une conduite particulière, même si tel ou tel acte était interdit par une norme du *jus cogens*. On a rappelé que, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice avait jugé que l'immunité de l'État et les normes du *jus cogens* relevaient de catégories différentes du droit international. En conséquence, la violation d'une norme du *jus cogens* ne faisait pas obstacle à l'invocation de l'immunité de l'État. On a de plus noté qu'une différenciation en fonction de la gravité de l'infraction n'était pas défendable, car l'immunité s'appliquait de la même manière aux crimes graves et aux infractions de droit commun. L'immunité de juridiction pénale étrangère ayant un caractère préliminaire et étant accordée ou refusée *in limine litis*, il était anormal de considérer que son application dépendait d'une décision sur le point de savoir si l'infraction était grave ou avait effectivement été commise.

[1378] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 1375), à la page 24, par. 58.

239. En ce qui concerne le *paragraphe 1*, certains membres ont félicité la Rapporteuse spéciale d'avoir eu le courage de proposer un projet d'article sur les limitations et exceptions, trouvant sa proposition équilibrée et dénuée d'ambiguïté ; d'autres membres l'ont cependant jugée peu convaincante.

240. En ce qui concerne l'*alinéa* a *du paragraphe 1*, des membres ont appuyé la mention spécifique du génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, de la torture et des disparitions forcées en tant que crimes internationaux à raison desquels l'immunité ne pouvait être invoquée. La mention expresse de la « torture » et des « disparitions forcées », bien qu'il s'agisse de crimes contre l'humanité, a été jugée utile. La mention du crime d'apartheid, figurant dans le rapport parmi les autres crimes visés dans la proposition, a également été approuvée.

241. Certains membres ont jugé que les raisons avancées par la Rapporteuse spéciale pour exclure le crime d'agression de la liste n'étaient pas convaincantes, estimant qu'il serait irréfléchi pour la Commission de ne pas faire figurer ce crime parmi les exceptions à l'immunité dans le projet d'article 7. Ils auraient préféré qu'il y figure, car certains États ayant ratifié les amendements de Kampala au Statut de Rome[1379], incriminant l'agression, étaient déjà en train de se doter d'une législation d'application. De plus, le crime d'agression, qui était considéré comme la forme la plus grave et la plus dangereuse de l'emploi illicite de la force, était commis par des représentants de l'État agissant à titre officiel.

242. D'autres membres ont toutefois approuvé l'omission du crime d'agression, l'estimant étroitement lié aux actes de l'État agresseur et dépendant de ces actes, ce qui avait des implications pour la souveraineté et l'immunité des États. Ils ont aussi relevé que les amendements de Kampala relatifs à la définition du crime d'agression n'étaient pas encore entrés en vigueur.

243. S'agissant des « crimes liés à la corruption », visés à l'*alinéa* b *du paragraphe 1*, certains membres ont appuyé leur inclusion mais d'autres ont exprimé des réserves, estimant que les crimes entrant dans cette catégorie n'étaient pas de même nature que les crimes internationaux graves. On a estimé qu'il fallait d'abord, pour décider si des actes de corruption constituaient des exceptions à l'immunité, déterminer si ces actes étaient « des actes accomplis à titre officiel » et on a dit douter que ces actes relèvent en tant que tels de l'immunité *ratione materiae*. On a aussi souligné l'absence de pratique indiquant que l'immunité *ratione materiae* ne s'appliquait pas aux actes de corruption.

244. Des réserves ont été exprimées au sujet des crimes visés à l'*alinéa* c, et des membres ont estimé que l'expression « exception territoriale » n'était pas très heureuse s'agissant de situations touchant la juridiction pénale. Bien que cette exception fût pertinente en ce qui concerne les immunités juridictionnelles de l'État, la pratique étatique justifiant son inclusion aux fins de l'immunité de

[1379] Voir Cour pénale internationale, *Documents officiels de la Conférence de révision du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Kampala, 31 mai-11 juin 2010*, publication RC/9/11, résolution 6 « Le crime d'agression » (RC/Res.6).

juridiction pénale étrangère des représentants de l'État était limitée. On a aussi fait observer que cet alinéa était rédigé en des termes absolus et risquait donc d'englober tous les types d'activités menées par des représentants de l'État dans l'État du for, y compris, éventuellement, les actes des forces militaires de l'État. Des membres ont toutefois jugé intéressant d'examiner cette proposition. D'autres ont dit qu'ils n'acceptaient que l'exception plus limitée envisagée par le précédent Rapporteur spécial dans son deuxième rapport[1380].

245. Plusieurs membres ont appuyé le libellé du *paragraphe 2*, estimant que la proposition qu'il énonçait n'était pas controversée et reflétait la pratique des États. Des réserves ont toutefois été exprimées, car il a été perçu comme une « exception aux limitations et aux exceptions » du paragraphe 1, et on a proposé de le supprimer. On a dit que le texte éventuellement adopté devrait être conforme à l'article 27 du Statut de Rome, et qu'il fallait établir un lien clair entre le projet d'article 7 et les projets d'articles 4 et 6 déjà provisoirement adoptés. On a en outre proposé de revenir sur la limitation du champ d'application de l'immunité *ratione personae* prévue au projet d'article 4 provisoirement adopté par la Commission.

246. Certains membres ont estimé que la clause « sans préjudice » reflétant l'obligation de coopérer découlant d'autres régimes prévue au *paragraphe 3* était acceptable.

d) *Travaux futurs*

247. En ce qui concerne les travaux futurs, on a insisté sur le lien entre les limitations et exceptions et les aspects procéduraux de l'immunité. À cet égard, plusieurs membres ont souligné, en ce qui concerne les garanties procédurales, qu'il importerait de tenir compte, l'année suivante, de la nécessité de prévenir les procédures politiquement motivées ou l'exercice illégitime de la juridiction.

248. À sa prochaine session, en 2017, la Commission poursuivra et achèvera le débat sur le cinquième rapport.

C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés par la Commission à ce jour

1. Texte des projets d'article

249. Le texte des projets d'article provisoirement adoptés par la Commission à ce jour est reproduit ci-après.

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

Première partie

INTRODUCTION

Article 1. Champ d'application du présent projet d'articles

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants de l'État au regard de la juridiction pénale d'un autre État.

2. Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international, dont jouissent en particulier des personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un État.

Article 2. Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

[…]

***e*) on entend par « représentant de l'État » tout individu qui représente l'État ou qui exerce des fonctions étatiques ;**

***f*) « Acte accompli à titre officiel » s'entend de tout acte accompli par un représentant de l'État dans l'exercice de l'autorité étatique.**

Deuxième partie

IMMUNITÉ *RATIONE PERSONAE*

Article 3. Bénéficiaires de l'immunité ratione personae

Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Article 4. Portée de l'immunité ratione personae

1. Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* uniquement durant leur mandat.

2. Cette immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes qui sont accomplis, tant à titre privé qu'à titre officiel, par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci.

3. L'extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*.

Troisième partie

IMMUNITÉ *RATIONE MATERIAE*

Article 5. Bénéficiaires de l'immunité ratione materiae

Les représentants de l'État agissant à ce titre bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Article 6. Portée de l'immunité ratione materiae

1. Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* uniquement en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel.

2. L'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État.

3. Les individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* conformément au projet d'article 4, dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat.

2. Texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-huitième session

250. Le texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-huitième session est reproduit ci-après.

[1380] A/CN.4/631 (voir *supra* la note 1372).

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

Article 2. Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

[…]

***f*) «Acte accompli à titre officiel» s'entend de tout acte accompli par un représentant de l'État dans l'exercice de l'autorité étatique.**

Commentaire

1) Le projet d'article 2 *f* définit la notion d'« acte accompli à titre officiel » aux fins du projet d'articles à l'examen. Malgré les doutes exprimés par certains de ses membres quant à l'utilité d'une telle disposition, la Commission a jugé bon d'inclure cette définition dans le projet d'articles compte tenu de l'importance fondamentale de la notion d'« acte accompli à titre officiel » à l'égard de l'immunité *ratione materiae*.

2) Dans la définition donnée au projet d'article 2 *f*, la Commission a énoncé les éléments permettant de déterminer qu'un acte a été « accompli à titre officiel » aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Ce faisant, elle s'est largement inspirée de ses précédents travaux sur le sujet. Ainsi, la définition contient le terme « acte », qui figure également dans les projets d'articles 4 et 6. Comme on l'a vu, ce terme a précédemment été employé par la Commission pour désigner les comportements consistant tant en des actions qu'en des omissions. C'est également le terme habituellement retenu en droit pénal international pour désigner les comportements individuels[1381].

3) En employant l'expression « dans l'exercice de l'autorité étatique », la Commission a souhaité exprimer le fait qu'un lien doit unir l'acte à l'État. En d'autres termes, elle a voulu souligner qu'il ne suffit pas qu'un acte ait été accompli par un représentant de l'État pour qu'il soit considéré comme ayant été « accompli à titre officiel ». Pour qu'il soit considéré comme tel, il faut aussi que l'acte en question ait un lien direct avec l'exercice de fonctions et de prérogatives de l'État, car c'est ce lien même qui justifie la reconnaissance de l'immunité aux fins du respect du principe de l'égalité souveraine des États.

4) La Commission estime ainsi que, pour qu'un acte soit considéré comme un « acte accompli à titre officiel », il faut avant tout qu'il soit attribuable à l'État. Toutefois, cela ne signifie pas nécessairement que seul l'État peut en être tenu responsable. De fait, si l'acte doit nécessairement être attribué à l'État pour pouvoir être qualifié d'acte accompli à titre officiel, rien n'empêche de l'attribuer aussi à une personne, conformément au principe « un acte, deux responsabilités » (double attribution) reconnu par la Commission dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996) (art. 4)[1382], les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (art. 58)[1383] et les articles sur la responsabilité des organisations internationales (art. 66)[1384]. Selon ce principe, un même acte peut engager aussi bien la responsabilité de l'État que celle, individuelle, de l'auteur, en particulier en matière pénale.

5) Aux fins de l'attribution d'un acte à l'État, on s'appuiera sur les règles énoncées dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission à sa cinquante-troisième session. Il convient cependant de garder à l'esprit le fait que ces règles ont été établies par la Commission dans le contexte et aux fins de l'établissement de la responsabilité de l'État. On fera donc preuve de prudence avant de décider s'il y a lieu de les appliquer aux fins de l'attribution d'un acte d'un représentant à un État dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Ainsi, on ne saurait considérer que les critères d'attribution énoncés aux articles 7, 8, 9, 10 et 11 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite sont nécessairement pertinents aux fins de l'immunité. La Commission estime notamment qu'en principe les actes accomplis par un représentant de l'État exclusivement à son bénéfice ou dans son intérêt ne sauraient être considérés comme des actes accomplis à titre officiel, même s'ils en revêtent l'apparence. En effet, étant donné qu'on ne peut conclure qu'ils ont servi un intérêt propre de l'État, pareils actes ne justifient pas la reconnaissance de l'immunité, dont l'objectif fondamental est de protéger le principe de l'égalité souveraine des États[1385]. Cela ne signifie pas pour autant que l'immunité *ratione materiae* ne peut pas jouer à l'égard d'un acte illicite en tant que tel. Plusieurs tribunaux ont jugé que la seule illicéité d'un acte n'entraînait pas la perte de l'immunité[1386], et ce, même si l'acte en

[1381] Voir le paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 4 provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-cinquième session, *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 52 et suiv.

[1382] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 23 et suiv.

[1383] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 153. On trouvera le texte des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission à sa cinquante-troisième session dans l'annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001.

[1384] *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 106. On trouvera le texte des articles sur la responsabilité des organisations internationales adoptés par la Commission à sa soixante-troisième session dans la résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011.

[1385] Un tribunal des États-Unis d'Amérique a clairement justifié l'exclusion des actes *ultra vires* de la manière suivante : « Lorsqu'un représentant de l'État accomplit un acte outrepassant les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, cet acte doit être considéré comme un acte personnel et non comme un acte relevant de la souveraineté de l'État. Le représentant ne s'acquitte pas des tâches qui lui ont été confiées par l'État. » Selon ce tribunal, « la loi sur l'immunité souveraine étrangère n'a pas pour effet d'étendre l'immunité au comportement illicite des représentants de l'État » et, par conséquent, « un représentant de l'État agissant sous l'apparence de l'autorité mais non en vertu d'un mandat officiel peut enfreindre le droit international et ne pas avoir droit à l'immunité prévue par cette loi » [cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, *Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation; Hilao and Others v. Estate of Marcos*, arrêt du 16 juin 1994, 25 F.3d 1467, *International Law Reports*, vol. 104 (1997), p. 119 et suiv., aux pages 123 et 125]. Dans le même ordre d'idées, un autre tribunal a conclu que les actes *ultra vires* ne pouvaient déclencher l'immunité souveraine parce que leurs auteurs avaient outrepassé leurs pouvoirs en portant atteinte aux droits de l'homme des requérants et que, lorsque les fonctionnaires accomplissaient des actes non officiellement autorisés par l'État, ils n'agissaient pas « à titre officiel dans les limites de leurs pouvoirs » et ne pouvaient donc pas bénéficier de l'immunité (tribunal de district des États-Unis pour le nord de la Californie, *Jane Doe I* et al. *v. Liu Qi* et al.*; Plaintiff A* et al. *v. Xia Deren*, et al., C 02-0672 CW, C 02-0695 CW).

[1386] Cour d'appel de l'Ontario (Canada), *Jaffe v. Miller and Others*, arrêt du 17 juin 1993, *International Law Reports*, vol. 95 (1994),

question était contraire au droit international[1387]. La question de savoir si les actes *ultra vires* peuvent ou non être considérés comme des actes accomplis à titre officiel aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère sera examinée ultérieurement, dans le cadre de l'examen des limitations et des exceptions à l'immunité.

6) Pour pouvoir considérer qu'un acte a été « accompli à titre officiel », il faut en outre qu'il existe un lien particulier entre cet acte et l'État. Ce lien est exprimé au projet d'article 2 *f* par la formule « autorité étatique », dont la Commission a estimé que le sens était suffisamment large pour désigner de manière générale les actes accomplis par les représentants de l'État dans l'exercice de leurs fonctions et dans l'intérêt de l'État, et qui doit être entendue comme recouvrant les fonctions énoncées au projet d'article 2 *e*, dans lequel il est fait référence aux personnes qui « représente[nt] l'État ou qui exerce[nt] des fonctions étatiques ».

7) Cette formule a été préférée à celle qui avait initialement été proposée (« dans l'exercice de prérogatives de puissance publique »), ainsi qu'à d'autres successivement envisagées par la Commission, notamment « autorité gouvernementale » (en anglais, *governmental authority*) et « autorité souveraine ». En effet, si toutes ces expressions traduisent bien le fait qu'il doit exister un lien particulier entre l'acte et l'État, elles présentent l'inconvénient de pouvoir être interprétées comme se référant exclusivement à un type d'activité étatique (à savoir l'activité du gouvernement ou de l'exécutif), voire de nécessiter la définition des prérogatives de puissance publique et de la souveraineté, définition dont l'établissement serait extrêmement difficile et ne relève pas du mandat de la Commission. Il a aussi été jugé préférable de ne pas reprendre l'expression « fonctions étatiques » retenue au projet d'article 2 *e* afin d'éviter toute confusion entre les définitions figurant aux alinéas *e* et *f* du projet d'article. On retiendra à ce propos que la formule « fonctions étatiques » employée au projet d'article 2 *e* en relation avec le « représentant de l'État » vise à définir le lien entre le représentant et l'État de manière neutre, et ne préjuge aucunement du type d'actes couverts par l'immunité[1388]. De surcroît, employer « autorité » plutôt que « fonctions » évite d'avoir à examiner la question de savoir si les crimes internationaux peuvent ou non procéder de l'exercice des « fonctions étatiques ». Un membre de la Commission a toutefois estimé qu'il aurait été plus judicieux de conserver l'expression « fonctions étatiques ».

8) La Commission n'a pas jugé approprié de préciser que l'« acte accompli à titre officiel » devait avoir un caractère pénal. Elle a ainsi voulu éviter de porter à croire que tout acte accompli à titre officiel était, par définition, un acte à caractère pénal. En tout état de cause, la notion d'« acte accompli à titre officiel » doit être entendue dans le contexte du présent projet d'articles, qui est consacré à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

9) Enfin, si le projet d'article 2 *f*) est consacré à la définition de l'« acte accompli à titre officiel », la Commission a néanmoins jugé nécessaire d'y faire expressément référence à l'auteur de l'acte, à savoir le représentant de l'État. Cette référence permet d'appeler l'attention sur le fait que seul un représentant de l'État peut accomplir un acte à titre officiel et, donc, qu'il doit exister un lien entre l'auteur de l'acte et l'État. En outre, elle crée une continuité logique avec l'expression « représentant de l'État », définie au projet d'article 2 *e*.

10) La Commission est d'avis qu'il est impossible de dresser une liste exhaustive des actes accomplis à titre officiel. C'est au cas par cas qu'il faut déterminer si un acte peut ou non être considéré comme tel, compte tenu des critères définis précédemment, à savoir que l'acte doit avoir été accompli par un représentant de l'État et « dans l'exercice de l'autorité étatique », et pouvoir, de manière générale, être attribué à l'État. Se dégagent toutefois de la jurisprudence des exemples d'actes, ou de catégories d'actes, pouvant être considérés comme ayant été accomplis à titre officiel, indépendamment de la terminologie employée par les tribunaux pour les qualifier. Ces exemples peuvent aider le juge et les autres magistrats nationaux à déterminer si un acte a été accompli à titre officiel ou non.

11) De manière générale, les juridictions internes ont considéré qu'entraient dans la catégorie des actes accomplis à titre officiel les actes suivants : les activités militaires ou liées aux forces armées[1389] ; les actes liés à l'exercice des pouvoirs de police[1390] ; les actes liés à la diplomatie et à la politique étrangère[1391] ; les actes législatifs (y compris

p. 446 ; Cour suprême des États-Unis, *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation and Others*, 23 janvier 1989, *International Law Reports*, vol. 81 (1990), p. 658 ; et Cour suprême d'Irlande, *McElhinney v. Williams and Her Majesty's Secretary of State for Northern Ireland*, 15 décembre 1995, *International Law Reports*, vol. 104 (1997), p. 691.

[1387] Chambre des lords du Royaume-Uni, *I° Congreso del Partido*, 16 juillet 1981, [1983] A.C. 244, *International Law Reports*, vol. 64 (1983), p. 307. Dans l'opinion rendue dans l'affaire *Jones v. Saudi Arabia* (Chambre des lords du Royaume-Uni, 14 juin 2006, [2006] UKHL 26), Lord Hoffmann a rejeté l'argument selon lequel un acte contraire au *jus cogens* ne pouvait être un acte officiel [voir *International Law Reports*, vol. 129 (2007), p. 744].

[1388] Voir le paragraphe 11 du commentaire du projet d'article 2 *e* provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-sixième session, *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 154. Dans ce contexte, la Commission a dit que les fonctions étatiques « recouvrent les fonctions législatives, judiciaires, exécutives ou autres qui sont propres à l'État » (ibid.).

[1389] Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, *Empire of Iran*, 30 avril 1963, *International Law Reports*, vol. 45 (1972), p. 57 ; cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes*, arrêt du 9 septembre 1964, US 336 F.2d 354, *International Law Reports*, vol. 35 (1967), p. 110 ; tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia, *Saltany and Others v. Reagan and Others*, jugement du 23 décembre 1988, *International Law Reports*, vol. 80 (1989), p. 19 ; Chambre des lords du Royaume-Uni, *Holland v. Lampen-Wolfe*, [2000] 1 WLR 1573 ; et Cour de cassation d'Italie, *Lozano v. Italy*, affaire n° 31171/2008, arrêt du 24 juillet 2008 (disponible à l'adresse suivante : http://opil.ouplaw.com [ILDC 1085 (IT 2008)]).

[1390] *Empire of Iran* (voir *supra* la note 1389) ; Cour fédérale de justice d'Allemagne, *Église de scientologie*, affaire VI ZR 267/76, arrêt du 26 septembre 1978, *International Law Reports*, vol. 65 (1984), p. 193 ; Cour suprême des États-Unis, *Saudi Arabia and Others v. Nelson*, *International Law Reports*, vol. 100 (1995), p. 544 ; Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, *Propend Finance Pty Limited and Others v. Sing and Others*, *International Law Reports*, vol. 111 (1999), p. 611 ; Cour suprême d'Irlande, *Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom, The Commissioner of the Metropolitan Police and David Jones*, arrêt du 24 avril 1997, [1997] 2IR 121 ; et tribunal de district des États-Unis pour le sud de la Floride, *First Merchants Collection Corp. v. Republic of Argentina*, 31 janvier 2002, 190 F. Supp. 2d 1336.

[1391] *Empire of Iran* (voir *supra* la note 1389) ; *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (voir *supra* la note 1389).

les nationalisations)[1392]; les actes d'administration de la justice[1393]; certains types d'actes administratifs (par exemple, l'expulsion d'un étranger ou l'attribution du pavillon à un navire)[1394]; les prêts publics[1395]; et certains actes de nature politique[1396].

12) De plus, l'immunité des représentants de l'État a été invoquée devant des juridictions pénales à l'égard des actes suivants qui auraient été accomplis à titre officiel : torture, extermination, génocide, exécutions extrajudiciaires, disparitions forcées, grossesses forcées, déportation, privation du statut de prisonnier de guerre, réduction en esclavage et travail forcé, et actes de terrorisme[1397]. Si ces crimes sont parfois mentionnés *eo nomine*, il arrive aussi que la juridiction compétente se réfère de manière générale aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre et aux violations graves et systématiques des droits de l'homme[1398]. Des juridictions internes ont en outre eu à connaître d'autres actes, commis par des membres de forces armées ou de services de sécurité, que l'on ne saurait classer dans les catégories susmentionnées, tels que les mauvais traitements, les sévices, la détention illicite, l'enlèvement, l'entrave à l'administration de la justice ainsi que des actes liés au maintien de l'ordre public et à l'application de la loi[1399].

13) *A contrario*, dans un certain nombre d'affaires, les juridictions internes ont conclu que l'acte en cause n'entrait pas dans l'exercice des fonctions officielles ou des fonctions étatiques et ne pouvait donc pas être considéré comme un acte accompli à titre officiel. Ainsi, les juridictions internes ont conclu que ni l'assassinat d'un opposant politique[1400] ni les agissements liés au trafic de stupéfiants ne constituaient des actes officiels[1401]. Pareillement, et en général, les juridictions internes ont rejeté la demande d'immunité dans des affaires de corruption, sous forme de détournement et d'appropriation de fonds publics, sous forme de blanchiment de capitaux ou sous toute autre forme, au motif que de tels actes « sont détachables de l'exercice des fonctions étatiques protégées par la coutume internationale au nom des principes de souveraineté et d'immunité diplomatique[1402] » et qu'ils « ne participent pas de par leur nature à l'exercice de la souveraineté, ni de ceux de la puissance publique, ni de l'intérêt général[1403] ». Dans la même logique, les juridictions internes n'ont pas jugé couverts par l'immunité les actes accomplis par un représentant de l'État qui sont étroitement liés à une activité privée et ont pour fin l'enrichissement personnel du représentant et non celui de l'État souverain[1404]. Le rappel

---

[1392] *Empire of Iran* (voir *supra* la note 1389) ; *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (voir *supra* la note 1389).

[1393] *Empire of Iran* (voir *supra* la note 1389) ; Cour de cassation de France, affaire nº 12-81.676, arrêt du 19 mars 2013, chambre criminelle ; et Cour de cassation de France, affaire nº 13-80.158, arrêt du 17 juin 2014, chambre criminelle (voir www.legifrance.gouv.fr). Les tribunaux suisses se sont prononcés dans le même sens dans l'affaire ATF 130 III 136, concernant un mandat d'arrêt international délivré par un juge espagnol.

[1394] *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (voir *supra* la note 1389) ; tribunal de district des États-Unis pour le sud de New York, *Kline and Others v. Kaneko and Others*, 685 F. Supp. 386, *International Law Reports*, vol. 101 (1996), p. 497 ; et Cour de cassation de France, *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority*, affaire nº 04-84.265, arrêt du 23 novembre 2004, chambre criminelle, *Bulletin criminel 2004*, nº 292, p. 1096.

[1395] *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (voir *supra* la note 1389).

[1396] Tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia, *John Doe I* et al. *v. State of Israel* et al., 400 F. Supp. 2d 86 (établissement de colonies israéliennes dans les territoires occupés) ; et tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia, *Youming Jin* et al. *v. Ministry of State Security* et al., 557 F. Supp. 2d 131 (recours à des assassins pour menacer les membres d'un groupe religieux).

[1397] Cour spéciale de cassation des Pays-Bas, *Rauter*, arrêt du 12 janvier 1949, *International Law Reports*, vol. 16 (1955), p. 526 (crimes commis par les forces d'occupation allemandes au Danemark) ; tribunal de district de Jérusalem, *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, affaire nº 40/61, jugement du 12 décembre 1961, et Cour suprême d'Israël, arrêt du 29 mai 1962, *International Law Reports*, vol. 36 (1961), p. 18 et 277 (crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale, notamment crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide) ; Cour de cassation d'Italie, *Arafat e Salah*, arrêt du 28 juin 1985, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 69, nº 4 (1986), p. 884 (vente d'armes et collaboration avec les Brigades rouges en relation avec des actes de terrorisme) ; Haute Cour de Nouvelle-Zélande, *R. v. Mafart and Prieur/Rainbow Warrior (New Zealand v. France)*, 22 novembre 1985, *International Law Reports*, vol. 74 (1987), p. 241 (attentat à l'explosif commis par des membres des forces armées et des services de sécurité français contre le *Rainbow Warrior*, ayant causé la perte du navire et la mort de plusieurs personnes, et qualifié d'acte terroriste) ; Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, *Ancien ambassadeur syrien en République démocratique allemande*, 2 BvR 1516/96, arrêt du 10 juin 1997, *International Law Reports*, vol. 115 (1999), p. 595 (poursuites contre un ancien ambassadeur présumé avoir stocké dans les locaux diplomatiques des armes utilisées ultérieurement pour commettre des actes terroristes) ; cour d'appel d'Amsterdam, *Bouterse*, R 97/163/12 Sv et R 97/176/12 Sv, 20 novembre 2000, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), p. 266 à 282 (torture et crimes contre l'humanité) ; cour d'appel de Paris, *Khadafi*, arrêt du 20 octobre 2000, et Cour de cassation de France, arrêt du 13 mars 2001, *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), p. 473 et 475 (ordre de faire exploser un avion, ayant causé la mort de 170 personnes, considéré comme un acte de terrorisme) ; cour d'appel de Dakar, *Habré*, arrêt du 4 juillet 2000, et Cour de cassation du Sénégal, arrêt du 20 mars 2001, *International Law Reports*, vol. 125 (2004), p. 571 et 577 (actes de torture et crimes contre l'humanité) ; cour d'appel de Bruxelles, *Sharon et Yaron*, arrêt du 26 juin 2002, *International Law Reports*, vol. 127 (2005), p. 110 (crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide) ; et Tribunal pénal fédéral suisse, *A. c. ministère public de la Confédération*, arrêt BB.2011.140 du 25 juillet 2012 (torture et autres crimes contre l'humanité).

[1398] Cour d'appel des États-Unis pour le septième circuit, *Ye v. Zemin*, arrêt du 8 septembre 2004, 383 F.3d 620 (à la différence des affaires citées dans la note 1397 *supra* et la note 1399 *infra*, il s'agissait d'un recours civil).

[1399] Cour fédérale de justice d'Allemagne, *Border Guards Prosecution*, affaire nº 5 StR 370/92, arrêt du 3 novembre 1992, *International Law Reports*, vol. 100 (1995), p. 364 (décès d'un jeune Allemand touché par les tirs des gardes-frontières de la République démocratique allemande alors qu'il tentait de franchir le mur de Berlin) ; *Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom, The Commissioner of the Metropolitan Police and David Jones* [voir *supra* la note 1390] (irrégularité dans la détention du requérant par des représentants de l'État) ; et Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles, *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, [2011] EWHC 2029 (Admin), *International Law Reports*, vol. 147 (2012), p. 633 (enlèvement et détention illégale).

[1400] Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, *Letelier and Others v. The Republic of Chile and Linea Aerea Nacional-Chile*, arrêt du 20 novembre 1984, 748 F.2d 790, *International Law Reports*, vol. 79 (1989), p. 561.

[1401] Cour d'appel des États-Unis pour le onzième circuit, *United States of America v. Noriega*, arrêt du 7 juillet 1997, *International Law Reports*, vol. 121 (2002), p. 591.

[1402] Cour d'appel de Paris, *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, arrêt du 13 juin 2013, pôle 7, deuxième chambre de l'instruction.

[1403] Cour d'appel de Paris, *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, demande d'annulation de la décision du 16 avril 2015, pôle 7, deuxième chambre de l'instruction.

[1404] *United States of America v. Noriega* (voir *supra* la note 1401) ; tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia, *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, jugement du 20 septembre 1996, *International Law Reports*, vol. 113 (1999), p. 522 ; *Mellerio c. Isabel de Bourbon, Recueil général des lois et des arrêts 1872*,

à titre factuel de ces différents exemples est sans préjudice de la position que la Commission adoptera sur la question des exceptions aux immunités.

14) En relation avec les exemples d'actes pouvant être accomplis à titre officiel, il convient de porter une attention spéciale à la manière dont les juridictions internes ont traité les affaires relatives à des crimes internationaux, en particulier la torture. Dans certaines affaires, ces actes ont été considérés comme ayant été accomplis à titre officiel (bien qu'illégaux et aberrants)[1405], tandis que, dans d'autres, ils ont été qualifiés d'actes *ultra vires* ou d'actes ne correspondant pas à la nature intrinsèque des fonctions de l'État[1406], si bien qu'ils devraient être exclus de la catégorie des actes définis dans le présent paragraphe. En outre, il faut appeler l'attention sur le fait que les crimes internationaux ont fait l'objet d'un traitement distinct aussi bien dans des affaires où les juridictions internes ont reconnu l'immunité que dans des affaires où elles ont estimé que l'immunité ne s'appliquait pas.

15) En tout état de cause, il convient de noter que la définition de l'« acte accompli à titre officiel » qui figure au projet d'article 2 *f* renvoie aux éléments distinctifs de cette catégorie d'actes sans préjudice de la question des limitations et des exceptions à l'immunité, qui sera traitée ailleurs dans le présent projet d'articles.

Article 6. Portée de l'immunité ratione materiae

1. Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* uniquement en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel.

2. L'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État.

3. Les individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* conformément au projet d'article 4, dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat.

Commentaire

1) Le projet d'article 6 est consacré à la définition de la portée de l'immunité *ratione materiae*, incluant l'élément matériel et l'élément temporel de ce type d'immunité de la juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Ce projet complète le projet d'article 5, qui porte sur les bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*. Les deux projets d'article définissent les règles générales applicables à cette catégorie d'immunité.

2) Le contenu du projet d'article 6 est parallèle à celui retenu par la Commission pour le projet d'article 4, relatif à la portée de l'immunité *ratione personae*. Dans le projet d'article 6, l'ordre des deux premiers paragraphes a été interverti de manière à faire référence d'abord à l'élément matériel (actes qui restent couverts par l'immunité), puis à l'élément temporel (durée de l'immunité). Il s'agit de mettre ainsi l'accent sur l'élément matériel et la dimension fonctionnelle de l'immunité *ratione materiae*, étant donné que les actes accomplis à titre officiel sont au cœur de cette catégorie de l'immunité. Cela étant, il convient de tenir compte du fait que la portée de cette immunité doit se comprendre en se fondant sur une lecture conjointe et cumulative des disposions relatives à l'élément matériel (paragraphe 1) et à l'élément temporel (paragraphe 2). En outre, le projet d'article 6 contient un paragraphe sur les liens existant entre l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae*, à l'instar de ce qui a été fait dans le projet d'article 4, qu'il vient compléter.

3) Le paragraphe 1 a pour objet de souligner que l'immunité *ratione materiae* ne concerne que les actes accomplis à titre officiel, tels qu'ils sont définis dans le projet d'article 2 *f*[1407]. Les actes accomplis à titre privé n'entrent donc pas dans le champ de cette catégorie d'immunité, ce en quoi elle se distingue de l'immunité *ratione personae* – qui couvre ces deux catégories d'actes.

4) Ce paragraphe a pour objet d'insister sur l'élément matériel de l'immunité *ratione materiae*, mais la Commission a décidé d'y inclure une référence aux représentants

p. 293; tribunal civil de la Seine (France), *Seyyid Ali Ben Hamond, prince Raschid, c. Wiercinski*, jugement du 25 juillet 1916, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 15 (1919), p. 505 ; cour d'appel de Paris, *Ex-roi d'Égypte Farouk c. S.A.R.L. Christian Dior*, arrêt du 11 avril 1957, *Journal du droit international*, vol. 84, n° 1 (1957), p. 716 à 718 ; cour d'appel de Paris, *Ali Ali Reza c. consorts Grimpel*, arrêt du 28 avril 1961, *Revue générale de droit international public*, vol. 66, n° 2 (1962), p. 418 ; cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, *Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation Trajano v. Marcos and Another*, arrêt du 21 octobre 1992, 978 F.2d 493, *International Law Reports*, vol. 103 (1996), p. 521 ; *Doe v. Zedillo Ponce de León* ; cour d'appel des États-Unis pour le cinquième circuit, *Jimenez v. Aristeguieta* et al., arrêt du 12 décembre 1962, 311 F.2d 547, *International Law Reports*, vol. 33 (1969), p. 353 ; tribunal de district des États-Unis pour le sud de la Floride, *Jean-Juste v. Duvalier*, n° 86-0459 Civ., 8 janvier 1988, *American Journal of International Law*, vol. 82, n° 3 (1988), p. 594 ; Tribunal fédéral suisse, *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, ATF 132 II 81, décision du 22 décembre 2005 [1A 288/2005] (disponible à l'adresse suivante : http://opil.ouplaw.com [ILDC 339 (CH 2005)]) ; cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, *Republic of the Philippines v. Marcos and Others*, arrêt du 26 novembre 1986, *International Law Reports*, vol. 81 (1990), p. 581 ; cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, *Republic of the Philippines v. Marcos and Others* (n° 2), arrêts du 4 juin 1987 et du 1er décembre 1988, *International Law Reports*, vol. 81 (1990), p. 608 ; et Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, *Republic of Haiti and Others v. Duvalier and Others*, [1990] 1 QB 2002, *International Law Reports*, vol. 107 (1998), p. 491.

[1405] Chambre des lords du Royaume-Uni, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (n° 3), 24 mars 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147. Seul Lord Goff a estimé qu'il s'agissait d'actes officiels qui restaient couverts par l'immunité. Lord Browne-Wilkinson et Lord Hutton ont estimé que la torture ne pouvait être « une fonction publique » ou « une fonction gouvernementale ». En revanche, Lord Goff, qui a voté contre l'arrêt, a conclu qu'il s'agissait d'une « fonction gouvernementale ». Ont également exprimé une position semblable Lord Hope (acte criminel mais gouvernemental), Lord Saville (qui a parlé de « torture officielle »), Lord Millett (« actes publics et officiels ») et Lord Phillips (acte criminel et officiel). Voir aussi *Jones v. Saudi Arabia* (note 1387 *supra*) et Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles, *FF v. Director of Public Prosecutions* (affaire *Prince Nasser*), arrêt du 7 octobre 2014, [2014] EWHC 3419 (Admin).

[1406] Tribunal de première instance de Bruxelles, *Pinochet*, ordonnance du 6 novembre 1998, *International Law Reports*, vol. 119 (2002), p. 345 ; *Bouterse* (voir *supra* la note 1397) ; et tribunal de première instance de Livadia (Grèce), *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, affaire n° 137/1997, décision du 30 octobre 1997.

[1407] Voir *supra* le projet d'article 2 *f* provisoirement adopté par la Commission et le commentaire y relatif.

de l'État afin de faire ressortir qu'eux seuls peuvent accomplir un quelconque des actes qui sont couverts par cette immunité au titre du projet d'articles. La nécessité que les deux éléments (subjectif et matériel) coexistent pour que s'applique l'immunité est ainsi mise en relief. Il n'a cependant pas été jugé utile de mentionner le critère « agissant à ce titre » en ce qui concerne les représentants, car le statut du représentant a une incidence non pas sur la nature de l'acte, mais sur l'élément subjectif de l'immunité et a déjà été incorporé dans le projet d'article 5[1408]. Ces dispositions n'ont toutefois été adoptées qu'à titre provisoire, étant entendu qu'il pourrait être nécessaire à un stade ultérieur de formuler plus clairement le projet d'article 5, dans lequel l'expression « agissant à ce titre » est employée, et le paragraphe 1 du projet d'article 6, dans lequel elle n'est pas employée.

5) La portée matérielle de l'immunité *ratione materiae* telle qu'énoncée au paragraphe 1 du projet d'article 6 ne préjuge pas de la question des exceptions applicables à cette immunité, qui sera traitée ailleurs dans le présent projet d'articles.

6) Le paragraphe 2 renvoie à l'aspect temporel de l'immunité *ratione materiae* en soulignant le caractère permanent de cette immunité, qui continue à produire des effets même si le représentant ayant accompli un certain acte à titre officiel a cessé d'exercer sa fonction de représentant. Le caractère permanent de l'immunité *ratione materiae* découle du fait que sa reconnaissance a pour fondement la nature de l'acte accompli par un représentant et que celle-ci est indépendante du poste occupé par son auteur. Ainsi, l'acte doit avoir été accompli par un représentant de l'État en cette qualité et ce caractère officiel persiste ultérieurement. Aux fins de l'immunité *ratione materiae*, il est donc indifférent que le représentant qui invoque cette immunité occupe tel ou tel poste, ou, inversement, qu'il ait cessé d'être un représentant de l'État au moment où il demande à en bénéficier. Dans un cas comme dans l'autre, l'acte accompli à titre officiel le demeure et le représentant qui l'a accompli peut bénéficier de l'immunité qu'il soit encore ou non un représentant de son État. Le caractère permanent de l'immunité *ratione materiae* a déjà été reconnu dans le passé par la Commission dans le cadre des travaux sur les relations diplomatiques[1409], et ce caractère permanent n'a pas été contesté dans la pratique et est en général accepté par la doctrine[1410].

7) La Commission a choisi de définir l'élément temporel de l'immunité *ratione materiae* en précisant que celle-ci « subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État », prenant ainsi pour modèles la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, de 1961[1411], et la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, de 1946[1412]. Ces deux conventions ont inspiré le mot « subsiste » et l'expression « ont cessé d'être des représentants de l'État ». En outre, la Commission a utilisé le terme « individus » pour tenir compte de la définition de « représentant de l'État » donnée dans le projet d'article 2 *e*[1413].

8) Enfin, il est à noter que la Commission a estimé qu'il convenait d'inclure dans le paragraphe 2, consacré à l'aspect temporel de l'immunité, une référence expresse aux actes accomplis à titre officiel, eu égard à la place centrale qui leur revient s'agissant de l'immunité *ratione materiae* ainsi que dans le souci d'éviter toute interprétation extensive du caractère permanent de ce type d'immunité risquant d'amener à la faire valoir pour d'autres actes.

9) Le paragraphe 3 du projet d'article a pour objet de définir le type de relation existant entre l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae*, en partant du postulat que les deux catégories sont distinctes. En conséquence, le paragraphe 3 du projet d'article 6 est en lien étroit avec le paragraphe 3 du projet d'article 4, qui fait aussi référence à cette relation, mais seulement en recourant à la clause « sans préjudice ».

10) Conformément au paragraphe 1 du projet d'article 4, l'immunité *ratione personae* a un caractère temporaire, la Commission ayant considéré « qu'au terme du mandat du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères l'immunité *ratione personae* prend fin[1414] ». Toutefois, cette « extinction […] est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae* »

[1408] Voir le paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 5 provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-sixième session, *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 156.

[1409] Voir, *a contrario*, le paragraphe 19 du commentaire du projet d'article 2, paragraphe 1 *b* v), du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens adopté par la Commission à sa quarante-troisième session : « [l]es immunités *ratione personae*, à l'inverse des immunités *ratione materiae* qui ne disparaissent pas une fois que les fonctions officielles ont pris fin, ne s'appliquent plus une fois que l'intéressé a quitté son poste ou cessé ses fonctions » [*Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), p. 18].

[1410] Voir Institut de droit international, résolution sur « Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international », qui reflète − *a contrario* − la même position dans les paragraphes 1 et 2 de son article 13 *[Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 742 et suiv., à la page 752] ; et « Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux », art. III, par. 1 et 2 [ibid., vol. 73 (session de Naples, 2009), p. 228 et suiv., à la page 229]. Ces résolutions sont disponibles sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org.

[1411] Le paragraphe 2 de l'article 39 de la Convention dispose ce qui suit : « Lorsque les fonctions d'une personne bénéficiant des privilèges et immunités prennent fin, ces privilèges et immunités cessent normalement au moment où cette personne quitte le pays, ou à l'expiration d'un délai raisonnable qui lui aura été accordé à cette fin, mais ils subsistent jusqu'à ce moment, même en cas de conflit armé. Toutefois, l'immunité subsiste en ce qui concerne les actes accomplis par cette personne dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission. »

[1412] Aux termes de la section 12 de l'article IV de la Convention : « En vue d'assurer aux représentants des Membres aux organes principaux et subsidiaires des Nations Unies et aux conférences convoquées par l'Organisation une complète liberté de parole et une complète indépendance dans l'accomplissement de leurs fonctions, l'immunité de juridiction en ce qui concerne les paroles ou les écrits ou les actes émanant d'eux dans l'accomplissement de leurs fonctions continuera à leur être accordée, même après que ces personnes auront cessé d'être les représentants des Membres. » La Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées de 1947 suit le même modèle en disposant à la section 14 de son article V ce qui suit : « En vue d'assurer aux représentants des membres des institutions spécialisées aux réunions convoquées par elles une complète liberté de parole et une complète indépendance dans l'accomplissement de leurs fonctions, l'immunité de juridiction en ce qui concerne les paroles ou les écrits ou les actes émanant d'eux dans l'accomplissement de leurs fonctions continuera à leur être accordée même après que le mandat de ces personnes aura pris fin. »

[1413] En ce qui concerne le sens du terme « individu », voir le paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 2 *e*, *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 153.

[1414] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 51 (paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 4).

(paragraphe 3 du projet d'article 4). Comme la Commission l'a constaté dans le commentaire de ce paragraphe, « [i]l faut cependant garder à l'esprit que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères peuvent avoir accompli à titre officiel, pendant leur mandat, des actes qui ne perdent pas ce caractère du seul fait que le mandat a pris fin et qui peuvent donc être couverts par l'immunité *ratione materiae*[1415] ». La Commission a en outre constaté que « [c]ela ne signifie pas que l'immunité *ratione personae* est prolongée après la fin du mandat des personnes qui en jouissaient, ce qui serait incompatible avec les dispositions du paragraphe 1 du projet d'article. Et cela ne signifie pas non plus que l'immunité *ratione personae* devient une nouvelle forme d'immunité *ratione materiae* qui s'appliquerait automatiquement en vertu des dispositions du paragraphe 3. La Commission comprend la clause "sans préjudice" comme laissant simplement ouverte la possibilité que l'immunité *ratione materiae* s'applique à des actes accomplis par un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères en leur qualité officielle et pendant leur mandat, lorsque cela est possible en vertu des règles régissant cette catégorie d'immunité[1416] ».

11) C'est précisément la situation visée au paragraphe 3 du projet d'article 6. Ce paragraphe part du constat que les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient, pendant leur mandat, d'une large immunité, dite *ratione personae*, qui, en termes pratiques, englobe les effets propres à l'immunité *ratione materiae*. Cela n'exclut pas qu'après la fin de leur mandat ces représentants de l'État puissent aussi bénéficier du régime de l'immunité *ratione materiae* au sens strict. C'est ainsi que le comprend la Commission dans le commentaire du projet d'article 5, en constatant ceci : « Bien que la Commission considère que le chef d'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères ne bénéficient de l'immunité *ratione materiae* au sens strict qu'une fois qu'ils ne sont plus en fonctions, elle n'a pas jugé nécessaire de l'indiquer dans le projet d'article 5. Cette question sera traitée de manière plus appropriée dans un futur projet d'article sur le champ d'application matériel et temporel de l'immunité *ratione materiae*, sur le modèle du projet d'article 4[1417]. »

12) Il faut donc, dans tous les cas, que soient remplies les exigences relatives à l'immunité *ratione materiae*, à savoir : que l'acte ait été accompli par un représentant de l'État agissant en cette qualité (chef de l'État, chef du gouvernement ou ministre des affaires étrangères, en l'occurrence), à titre officiel et pendant son mandat. Le paragraphe 3 du projet d'article 6 a précisément pour objet de souligner que l'immunité *ratione materiae* s'applique en pareil cas. Il vient ainsi compléter le paragraphe 3 du projet d'article 4, au sujet duquel la Commission a indiqué à l'époque qu'il « ne préjuge[ait] pas de la teneur du régime de l'immunité *ratione materiae*, qui sera[it] développé dans la troisième partie du présent projet d'articles[1418] ».

13) Des membres de la Commission ont estimé quant à eux au sujet du cas visé au paragraphe 3 du projet d'article 6 que, pendant leur mandat, les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficiaient simultanément de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*. D'autres membres de la Commission ont souligné que, aux fins de présent projet d'articles, l'immunité *ratione personae* possédait un caractère général et plus large qui englobait l'immunité *ratione materiae*, car elle s'appliquait aussi bien aux actes accomplis à titre privé qu'aux actes accomplis à titre officiel. Pour ces membres, ces représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione personae* uniquement durant leur mandat, et ne bénéficient de l'immunité *ratione materiae* qu'après la fin de ce mandat, conformément aux dispositions du projet d'article 4 et aux commentaires des projets d'articles 4 et 5. Trancher dans un sens ou dans l'autre pourrait avoir des conséquences devant les tribunaux nationaux de certains États (en particulier en ce qui concerne les conditions devant être satisfaites pour pouvoir invoquer l'immunité devant ces tribunaux), mais elles ne pourraient pas être généralisées à tous les ordres juridiques internes. Dans le cadre de ce débat, quelques membres de la Commission ont été d'avis que le paragraphe 3 ne devait pas être inclus dans le projet d'article 6 et qu'il suffisait de mentionner cette question dans les commentaires du projet d'article.

14) La Commission a tenu compte de cet intéressant débat, à forte composante théorique et terminologique, mais elle a décidé de maintenir le paragraphe 3 du projet d'article 6, eu égard en particulier à l'importance pratique de ce paragraphe, qui vise à clarifier sur le plan opérationnel le régime juridique applicable après la fin de leur mandat à des personnes qui bénéficiaient auparavant de l'immunité *ratione personae* (chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères).

15) Le paragraphe 3 a été libellé en prenant pour modèles la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (art. 39, par. 2) et la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (art. IV, sect. 12), qui ont réglementé des cas similaires à ceux visés au paragraphe en question, à savoir la situation dans laquelle se trouvent les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* après la fin de leur mandat en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel durant ce mandat[1419]. La Commission a employé l'expression « continuent de bénéficier de l'immunité » pour refléter le lien existant entre le moment où l'acte a été accompli et celui où l'immunité est invoquée. Tout comme dans les conventions dont il est inspiré, dans le paragraphe 3 du projet d'article 6, il n'est pas adjoint de qualificatif au terme immunité et ce terme est employé au sens général. Même si le terme immunité est employé sans adjonction de qualificatif, la Commission comprend qu'il renvoie à l'immunité *ratione materiae*, puisque c'est seulement dans ce cadre que peuvent être pris en considération les actes accomplis à titre officiel du temps de son mandat par un représentant de l'État dont le mandat a pris fin.

[1415] Ibid., p. 53 (paragraphe 7 du commentaire).

[1416] Ibid.

[1417] *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 156 (paragraphe 4 du commentaire).

[1418] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 53 et suiv. (paragraphe 7 du commentaire du projet d'article 4).

[1419] Voir *supra* les notes 1411 et 1412.

Chapitre XII

APPLICATION PROVISOIRE DES TRAITÉS

A. Introduction

251. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «Application provisoire des traités», et a nommé M. Juan Manuel Gómez Robledo Rapporteur spécial pour ce sujet[1420]. À la même session, elle a pris note d'un rapport oral présenté par le Rapporteur spécial sur les consultations informelles qui avaient été tenues sur le sujet sous sa direction[1421]. L'Assemblée générale a ensuite, dans sa résolution 67/92 du 14 décembre 2012, pris note avec satisfaction de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

252. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial[1422], qui visait à répertorier, en termes généraux, les principales questions juridiques se posant dans le contexte de l'application provisoire des traités en examinant les positions doctrinales sur le sujet et en passant brièvement en revue la pratique des États. Elle était aussi saisie d'une étude du Secrétariat[1423] qui retraçait l'historique des négociations ayant abouti à l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969), et analysait brièvement certaines des questions de fond soulevées au cours des débats au sein de la Commission ainsi qu'à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités de 1968 et 1969.

253. À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial[1424], qui visait à approfondir la réflexion sur les effets juridiques de l'application provisoire des traités.

254. À sa soixante-septième session (2015), la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial[1425], dans lequel celui-ci poursuivait l'analyse de la pratique des États et examinait la relation entre l'application provisoire et les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969, ainsi que la question de l'application provisoire en ce qui concerne les organisations internationales. La Commission était aussi saisie d'une étude établie par le Secrétariat[1426], sur l'application provisoire en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, de 1986. La Commission a renvoyé six projets de directive, proposés par le Rapporteur spécial, au Comité de rédaction. Le Président du Comité de rédaction a ensuite présenté à la Commission, pour information seulement, un rapport oral intérimaire[1427] sur les projets de directives 1 à 3 adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction[1428].

B. Examen du sujet à la présente session

255. À la présente session, la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/699 et Add.1), dans lequel celui-ci poursuivait l'analyse de la relation entre l'application provisoire et d'autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969, et de la pratique des organisations internationales à l'égard de l'application provisoire. L'additif présentait des exemples de pratiques récentes de l'Union européenne concernant l'application provisoire d'accords avec des États tiers. Le rapport contenait un projet de directive 10 sur le droit interne et le respect de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité[1429].

256. La Commission a examiné le quatrième rapport à ses 3324e à 3329e séances, tenues du 20 au 27 juillet 2016. À sa 3229e séance, le 27 juillet 2016, la Commission a renvoyé le projet de directive 10, tel que proposé dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial, au Comité de rédaction.

257. À sa 3342e séance, le 9 août 2016, le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport du Comité sur l'«Application provisoire des traités», contenant les projets de directives 1 à 4 et les projets de directives 6 à 9, adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction aux soixante-septième et soixante-huitième sessions de la Commission, respectivement (A/CN.4/L.877). La Commission a pris note des projets de directive tels que

---

[1420] À sa 3132e séance, le 22 mai 2012 [voir *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 86, par. 267]. Le sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa soixante-troisième session (2011), sur la base de la proposition reproduite à l'annexe III de son rapport sur les travaux de cette session [*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 180, par. 365 à 367, et annexe III, p. 204 à 207].

[1421] *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 68 et suiv., par. 142 et 144 à 155.

[1422] *Annuaire… 2013*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/664.

[1423] Ibid., document A/CN.4/658.

[1424] *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/675.

[1425] *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/687.

[1426] Ibid., document A/CN.4/676.

[1427] La déclaration du Président du Comité de rédaction peut être consultée sur le site Web de la Commission (https://legal.un.org/ilc).

[1428] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 85 et suiv., par. 251.

[1429] Le texte du projet de directive 10, tel que proposé par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport, se lit ainsi :

«Projet de directive 10

«*Droit interne et respect de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité*

«Un État qui a consenti à être lié par un traité ou une partie d'un traité par l'application à titre provisoire ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution de ses obligations qui en découlent. Cette règle est sans préjudice de l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.»

présentés par le Comité de rédaction[1430]. Elle devrait se prononcer sur les projets de directive et les commentaires y relatifs à la prochaine session.

258. À sa 3347e session, le 12 août 2016, la Commission a décidé de demander au Secrétariat d'établir une étude analysant la pratique des États dans le contexte des traités (bilatéraux et multilatéraux) déposés ou enregistrés au cours des vingt dernières années auprès du Secrétaire général et prévoyant leur application provisoire, y compris les formalités conventionnelles y relatives.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son quatrième rapport

259. En présentant son quatrième rapport, le Rapporteur spécial a tout d'abord rappelé les travaux entrepris précédemment sur ce sujet. Il a par ailleurs souligné l'intérêt que les États avaient manifesté pour le sujet, évoquant tant le débat à la Sixième Commission que les renseignements communiqués par les États en réponse aux questions formulées au chapitre III du rapport de la Commission sur les travaux réalisés lors de sa soixante-septième session[1431].

260. Le quatrième rapport présentait la suite de l'analyse de la relation entre l'application provisoire des traités et les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969, dans le but de préciser davantage le régime juridique de l'application provisoire. L'accent était mis sur l'analyse de la relation entre l'application provisoire et les dispositions concernant les réserves, la nullité des traités, l'extinction d'un traité ou la suspension de son application comme conséquence de sa violation en vertu de l'article 60, et les cas de succession d'États, de responsabilité d'un État ou d'ouverture d'hostilités visés à l'article 73.

261. Concernant les réserves, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il n'avait trouvé aucun traité qui prévoie la possibilité de formuler des réserves à partir du moment où est décidée l'application provisoire, ni aucune disposition relative à l'application provisoire qui renvoie à la possibilité de formuler des réserves. La question était donc de savoir si un État pouvait formuler des réserves au moment d'accepter l'application provisoire, lorsque le traité était silencieux sur ce point. De l'avis du Rapporteur spécial, rien n'empêchait apparemment un État de formuler des réserves à partir du moment où il décidait d'appliquer provisoirement un traité, pour deux raisons. Tout d'abord, l'application d'un traité à titre provisoire produisait des effets juridiques. Ensuite, l'objet d'une réserve était précisément d'exclure ou de modifier les effets juridiques de certaines dispositions du traité pour un État.

262. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il avait décidé d'analyser la relation pouvant exister entre l'application provisoire et le régime de la nullité des traités, au vu des observations faites par les États et les membres de la Commission. Il avait mis l'accent sur la relation entre l'application provisoire et l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969, à la lumière de l'article 27, qu'il avait examiné dans son troisième rapport[1432]. Il avait d'abord conclu que le principe selon lequel un État ne pouvait invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité valait également pour les traités appliqués à titre provisoire. Il était ensuite passé à l'étude des limitations à l'application provisoire fondées sur le droit interne, à la lumière de l'article 46. Il a rappelé que cette question avait été soulevée dans les sentences arbitrales

---

[1430] Le texte des projets de directives adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction se lit ainsi :

« Projet de directive 1

« *Champ d'application*

« Les présents projets de directives portent sur l'application à titre provisoire des traités.

« Projet de directive 2

« *Objet*

« L'objet des présents projets de directive est de fournir des orientations en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités, sur la base de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et d'autres règles de droit international.

« Projet de directive 3

« *Règle générale*

« Un traité ou une partie d'un traité peut être appliqué à titre provisoire, en attendant son entrée en vigueur, lorsque le traité lui-même en dispose ainsi, ou lorsqu'il en a été ainsi convenu d'une autre manière.

« Projet de directive 4

« *Forme*

« Outre le cas dans lequel le traité en dispose ainsi, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité peut être convenue au moyen :

« *a*) D'un accord distinct ; ou

« *b*) De tout autre moyen ou arrangement, y compris une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale.

« Projet de directive 5*

« […]

« (*Le Comité de rédaction a décidé de réserver l'examen du projet de directive 5 sur les déclarations unilatérales et d'y revenir ultérieurement.)

« Projet de directive 6

« *Prise d'effet de l'application à titre provisoire*

« L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité prend effet, en attendant l'entrée en vigueur du traité entre les États ou organisations internationales concernés, à la date et suivant les conditions et les modalités fixées par le traité ou autrement convenues.

« Projet de directive 7

« *Effets juridiques de l'application à titre provisoire*

« L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité produit les mêmes effets juridiques que si le traité était en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés, à moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu.

« Projet de directive 8

« *Responsabilité en cas de violation*

« La violation d'une obligation découlant d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqué à titre provisoire engage la responsabilité internationale, conformément aux règles applicables du droit international.

« Projet de directive 9

« *Extinction au moment de la notification de l'intention de ne pas devenir partie*

« À moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou une organisation internationale prend fin si cet État ou l'organisation internationale notifie aux autres États ou organisations internationales entre lesquels le traité ou une partie du traité est appliqué provisoirement, son intention de ne pas devenir partie au traité. »

[1431] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 14, par. 30.

[1432] A/CN.4/687 (voir *supra* la note 1425), par. 60 à 70.

relatives aux affaires *Yukos*[1433] et *Kardassopoulos*[1434], tout en soulignant qu'il était prématuré d'en tirer de quelconques conclusions, vu en particulier que l'affaire *Yukos* pouvait connaître de nouveaux développements. Cependant, sous l'angle du droit international, le Rapporteur spécial a estimé possible de conclure que, outre le régime établi en vertu de l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969, les États devaient s'assurer de l'absence de limitation de leur compétence pour conclure des traités conformément à l'article 46 lorsqu'ils convenaient de l'application provisoire, afin de garantir la sécurité juridique de celle-ci.

263. S'agissant de l'extinction d'un traité ou de la suspension de son application comme conséquence de sa violation, le Rapporteur spécial a rappelé qu'étant donné que l'application provisoire d'un traité produisait des effets juridiques comme si le traité était en vigueur, il en découlait des obligations qui devaient être respectées en vertu du principe *pacta sunt servanda*. Par conséquent, les dispositions relatives à la suspension ou à l'extinction d'un traité énoncées à l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 étaient également pertinentes pour les traités appliqués à titre provisoire.

264. Concernant la succession d'États et l'application provisoire des traités, le Rapporteur spécial a fait observer que les articles relatifs à l'application provisoire des traités figurant dans la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Convention de Vienne de 1978) illustraient l'utilité pratique de telles dispositions pour renforcer la sécurité juridique dans des situations d'instabilité politique. Il a donc conclu que cette question ne méritait pas de faire l'objet d'un traitement différent aux fins du présent sujet.

265. Le chapitre III du rapport donnait des renseignements sur la pratique des organisations internationales en matière d'application provisoire des traités. Le Rapporteur spécial y décrivait la pratique de l'Organisation des Nations Unies en tant que dépositaire et dans ses fonctions d'enregistrement des traités conformément à l'Article 102 de la Charte des Nations Unies, par rapport à l'application provisoire des traités. Il estimait, compte tenu de l'intérêt que présentait cette pratique pour aider à mieux comprendre l'application provisoire sur la base de la pratique des États, que la Commission pourrait souhaiter recommander à la Sixième Commission de réviser le règlement de 1946 sur l'enregistrement des traités[1435] afin de l'adapter à la pratique contemporaine.

266. Le quatrième rapport contenait un projet de directive sur le droit interne et le respect de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité, dont le libellé était calqué sur celui de l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969. L'objectif était de compléter la directive précédemment proposée sur les effets juridiques de l'application provisoire, tout en prenant en considération l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969.

267. À propos des travaux futurs sur le sujet, le Rapporteur spécial a indiqué son intention de traiter diverses questions qui demeuraient pendantes, notamment celle de l'application provisoire de traités qui font naître des droits au profit des individus, et de proposer des clauses types.

2. Résumé du débat

a) *Observations d'ordre général*

268. D'une façon générale, les membres ont réaffirmé que l'application provisoire des traités constituait un aspect important du droit des traités et que le sujet revêtait une grande importance pratique pour les États. Selon certains membres, les renseignements et l'analyse présentés dans le rapport étaient intéressants et apportaient des précisions sur le régime de l'application provisoire. Cependant, de l'avis d'autres membres, il était nécessaire de s'appuyer sur davantage d'exemples de la pratique pour étayer les conclusions qui en étaient tirées. Plusieurs membres ont par ailleurs noté que le chapitre II du rapport visait à répondre à des questions soulevées par les États Membres, ce qui était important, mais ont néanmoins souligné que la Commission devait examiner le sujet d'une manière globale et systématique.

269. S'agissant de la méthode suivie, certains membres ont accueilli favorablement l'analyse de la relation entre l'application à titre provisoire et les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969. Tout en souscrivant de manière générale aux conclusions, ils ont cependant noté que nombre d'entre elles étaient déduites par analogie, alors que la pratique qui les sous-tendait n'était pas toujours claire. Il a en outre été souligné que l'on ne voyait pas bien comment l'analyse entreprise par le Rapporteur spécial se traduirait dans le résultat des travaux sur le sujet : si, par exemple, il y aurait une directive relative à chaque article analysé ou une directive générale concernant la relation entre l'article 25 et les autres articles de la Convention de Vienne de 1969. Plusieurs membres ont aussi exprimé des doutes quant à la valeur de cette approche méthodologique. Il a été dit à cet égard qu'il serait utile de se demander si l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 constituait un régime partiellement ou entièrement autonome au sein de la Convention. Il a été rappelé que diverses propositions examinées lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités portant en particulier sur la question de la fin de l'application provisoire, semblaient appuyer cette idée. S'il devait être conclu que l'article 25 constituait un régime entièrement autonome, les autres articles, bien que n'étant pas directement pertinents, pourraient fournir des éléments d'appréciation par analogie.

270. D'autres membres ont estimé que l'orientation du sujet dépendait de la question de savoir si la Convention de Vienne de 1969 s'appliquait ou non à l'application

---

[1433] *Yukos Universal Limited (Île de Man) c. La Fédération de Russie*, affaire n° AA 227, sentence intérimaire du 30 novembre 2009 sur la compétence et la recevabilité, Cour permanente d'arbitrage, disponible sur le site Web de la Cour (https://pca-cpa.org), dans «Affaires» ; voir aussi les affaires jointes devant le tribunal de district de La Haye, *The Russian Federation v. Veteran Petroleum Limited*, *The Russian Federation v. Yukos Universal Limited* et *The Russian Federation v. Hulley Enterprises Limited* (affaires C/09/477160/HA ZA 15-1, C/09/477162/HA ZA 15-2 et C/09/481619/HA ZA 15-112), 20 avril 2016.

[1434] *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), affaire n° ARB/05/18, décision du 6 juillet 2007 sur la compétence, disponible à l'adresse suivante : https://icsid.worldbank.org.

[1435] Règlement destiné à mettre en application l'Article 102 de la Charte des Nations Unies, adopté par l'Assemblée générale le 14 décembre 1946 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. I, p. XIII), modifié par les résolutions 364 (IV) B du 1er décembre 1949, 482 (V) du 12 décembre 1950 et 33/141 A du 19 décembre 1978.

provisoire. Ils ne souscrivaient pas à l'idée que l'article 25 constituait, en tout ou en partie, un régime autonome, à l'exception, peut-être, du paragraphe 2 régissant la fin de l'application provisoire. Selon eux, l'application provisoire d'un traité, en dépit de son caractère provisoire, n'en était pas moins l'application d'un traité, et il était donc vain d'analyser la relation entre l'application provisoire et les dispositions de la Convention de Vienne de 1969. Dans la mesure où les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 s'appliquaient à un traité en vigueur, elles étaient également applicables à un traité appliqué à titre provisoire, cette affirmation devant toutefois être nuancée − les droits et obligations d'un État appliquant un traité à titre provisoire dépendaient des termes de l'accord prévoyant l'application provisoire. Cependant, il a aussi été dit que l'on ne pouvait simplement présumer que les effets juridiques de l'application provisoire d'un traité étaient exactement les mêmes que ceux d'un traité en vigueur, et qu'une analyse comparative de la pratique conventionnelle aiderait à éclaircir la question.

271. En outre, s'il a été relevé que plusieurs des dispositions de la Convention de Vienne de 1969 pouvaient être pertinentes pour le sujet, certains membres ont mis en garde contre un raisonnement par simple analogie pour dégager des conclusions sans tenir compte de la pratique des États. L'absence de cartographie précise de la pratique conventionnelle en matière d'application provisoire, sans laquelle il était difficile de comprendre pleinement les particularités du sujet, a été regrettée. Il a été souligné que si elle n'avait pas pour rôle de codifier l'ensemble de la pratique conventionnelle existante en matière d'application provisoire, qui semblait abondante et variée, la Commission pouvait néanmoins apporter une contribution utile au sujet en s'intéressant aux cas où le traité ou l'accord prévoyant l'application provisoire était muet sur une question donnée.

272. Certains membres ont fait observer que, pour étudier l'application provisoire, il importait de tenir compte de la nature et des caractéristiques différentes de chaque traité. Les traités multilatéraux « ouverts » et « fermés » ainsi que les traités bilatéraux pouvaient soulever des questions différentes qu'il fallait soigneusement examiner. Cela était également vrai des traités constitutifs d'organisations internationales.

b) *Réserves*

273. S'agissant de la relation entre l'application provisoire et le régime des réserves prévu par la Convention de Vienne de 1969, certains membres ont redit que l'application provisoire d'un traité produisait les mêmes effets juridiques que si le traité était en vigueur. En conséquence, ils souscrivaient à l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle rien ne devait empêcher qu'un État, en principe, puisse formuler des réserves au moment de convenir avec d'autres parties de l'application provisoire d'un traité. Selon eux, il pouvait être en outre présumé qu'un État qui avait formulé une réserve entendait l'appliquer non seulement lorsque le traité entrerait en vigueur, mais aussi dès l'application provisoire de celui-ci, et cette présomption devait être reflétée dans le projet de directives. Selon un autre point de vue, l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, qui indiquait à quel moment des réserves pouvaient être formulées, ne visait pas l'application provisoire. En conséquence, la formulation d'une réserve dès le moment de l'accord sur l'application provisoire d'un traité serait incompatible avec l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969.

274. Par ailleurs, de l'avis de certains membres, le rapport traitait davantage la question des réserves à un accord visant à appliquer un traité à titre provisoire que celle des réserves au traité lui-même. Il a été dit qu'il aurait été préférable d'examiner la question de savoir si une réserve à un traité pouvait exclure ou modifier les effets juridiques de certaines dispositions du traité, non seulement après l'entrée en vigueur de celui-ci, mais aussi pendant son application provisoire. Il a aussi été souligné que les déclarations par lesquelles un État acceptait d'appliquer un traité à titre provisoire dans les limites des dispositions de son droit interne, dans les cas où le traité était muet sur de telles dispositions, pouvaient être considérées comme constituant des réserves.

275. Certains membres ont fait observer que l'analyse concernant les réserves était limitée à l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 et ont exprimé l'espoir que le Rapporteur spécial examinerait les autres règles pertinentes de la Convention. Il a aussi été noté que la formulation de réserves dans le cadre de l'application provisoire soulevait d'autres questions complexes, mais de caractère pratique, qui méritaient un plus ample examen, concernant notamment la forme, la nature et les effets de telles réserves. De plus, selon certains membres, les exemples pratiques ne manquaient pas sur la question des réserves en relation avec l'application provisoire, et il a été fait référence aux réserves formulées dans le contexte d'accords multilatéraux sur les produits de base. L'attention a aussi été appelée sur le Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission à sa soixante-troisième session[1436] qui, avec les commentaires y relatifs, contenait quelques éléments utiles, en particulier dans les directives 2.2.1, 2.2.2 et 2.6.11. Il a été recommandé d'examiner plus avant la question des réserves dans le contexte de l'application provisoire et éventuellement d'en rendre compte dans le projet de directives.

c) *Nullité des traités*

276. Certains membres ont noté avec satisfaction que le Rapporteur spécial avait examiné la question de la pertinence du droit interne aux fins de l'application provisoire. Ils ont relevé que, ce faisant, il s'était essentiellement penché sur l'un des aspects de la Convention de Vienne de 1969, à savoir l'article 46 relatif aux dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités. Ils ont en outre estimé qu'il était opportun de s'intéresser à l'affaire *Yukos*, comme l'avait fait le Rapporteur spécial dans son rapport, et sont convenus avec celui-ci que la Commission devait se garder de tirer toute conclusion sur cette affaire, d'une part parce qu'elle était pendante, d'autre part parce qu'elle reposait sur un régime conventionnel qui ne pouvait être généralisé. Plusieurs membres ont cependant fait observer que,

[1436] *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 24 et suiv., par. 75 ; et ibid., vol. II (3e partie). Le texte des directives constituant le Guide de la pratique sur les réserves aux traités est reproduit dans l'annexe de la résolution 68/111 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 2013.

dans ses développements sur le droit interne, le Rapporteur spécial n'avait pleinement explicité ni les différents cas de figure possibles ni leurs effets juridiques. À ce propos, on a relevé que si l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 était un élément important du sujet, les articles 27 et 46 formaient un tout et apportaient la preuve qu'il était tenu compte des règles du droit interne d'importance fondamentale aux fins de la juste appréciation du droit des traités. Afin d'apprécier pleinement l'interaction entre le droit international et le droit interne dans le contexte de l'application provisoire, on a suggéré qu'il fallait distinguer trois cas de figure. Dans le premier, l'accord sur l'application provisoire renvoyait lui-même au droit interne, qui était alors pertinent pour apprécier la portée dudit accord. Il ne s'agissait pas là de juger de la validité ou de la nullité du traité, ou encore de la primauté du droit international ou du droit interne, mais bien d'interpréter le traité. Dans le deuxième cas de figure, analogue à celui dont il était question à l'article 46, l'État faisait valoir que son consentement à être lié par l'accord était vicié par une disposition de son droit interne relative à sa compétence pour conclure des accords internationaux. Dans le troisième cas de figure, équivalent à celui envisagé à l'article 27, l'État invoquait son droit interne pour justifier un manquement à ses obligations internationales. Certains membres ont souligné que le premier cas de figure était souvent l'aspect le plus important, et le plus sujet à controverse, de l'application provisoire. Il était donc essentiel que l'on en tienne compte dans le projet de directives, en s'appuyant sur une analyse plus approfondie de la question.

277. En outre, plusieurs membres étaient d'avis que les articles 27 et 46 s'appliquaient à l'application provisoire et que l'on devait également en tenir compte dans le projet de directives. On a toutefois estimé qu'il fallait analyser la pertinence du droit interne différemment selon que le traité était appliqué provisoirement ou qu'il était entré en vigueur, tout en s'interrogeant sur le point de savoir si l'application provisoire avait des effets juridiques escomptés par d'autres États. Certains étaient d'avis que l'on devait se poser la question de savoir si le terme « manifeste », à l'article 46, devait ou non faire l'objet d'une interprétation plus souple dans le contexte de l'application provisoire, compte tenu de la pratique des États. Certains membres ont en outre relevé qu'en appliquant à l'application provisoire *mutatis mutandis* les garanties et les limitations procédurales relatives au consentement à être lié par un traité, on ôterait tout intérêt à ce régime. Dans bien des cas, on avait en effet recours à l'application provisoire précisément parce que les procédures constitutionnelles à suivre pour être lié par le traité n'avaient pas encore été appliquées. On ne parlait de nullité que lorsque la décision d'appliquer provisoirement un traité était contraire à une règle du droit interne d'importance fondamentale concernant la compétence pour conclure des traités.

d) *Extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation*

278. S'agissant de la cessation de l'application provisoire, certains membres partageaient l'avis du Rapporteur spécial, pour qui l'article 60 pouvait s'appliquer à l'application provisoire, étant entendu que ce dernier avait les mêmes effets juridiques que si le traité était entré en vigueur. Certains ont toutefois estimé qu'il était peu probable qu'un État applique la procédure prévue à l'article 60, alors même que le paragraphe 2 de l'article 25 offrait une solution moins contraignante.

279. Certains membres ont fait observer que le paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 envisageait un régime différent et plus souple que celui prévu par ladite Convention pour les traités en vigueur. Il a été rappelé que les participants à la conférence diplomatique qui avait abouti à l'adoption de la Convention de Vienne de 1969 avaient introduit une clause de cessation à l'article 25, au lieu de se contenter des dispositions générales de la Convention concernant la cessation. Il a été dit que le paragraphe 2 de l'article 25 prévoyait l'unique moyen pour l'État de mettre fin, de son propre chef, à l'obligation qui lui était faite d'appliquer provisoirement un traité. À cet égard, l'application provisoire constituait, tout au moins pour ce qui était de sa cessation, un régime autonome. Certains ont néanmoins fait observer que, contrairement aux autres règles de la Convention de Vienne de 1969 relatives à l'extinction, l'article 60 était également pertinent pour ce qui était de l'application provisoire puisque les deux articles s'appliquaient différemment. Si le paragraphe 2 de l'article 25 mettait fin à tous les effets du traité dans les relations entre l'État notifiant la cessation et les États auxquels la notification était adressée, on ne pouvait invoquer l'article 60 comme motif de suspension ou de cessation de l'application provisoire d'un traité que dans les relations entre l'État atteint par la violation et l'État auteur de la violation.

280. S'agissant de l'analyse du lien entre l'application provisoire et l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, il a été rappelé qu'en son paragraphe 3 l'article 60 énonçait les conditions dans lesquelles une violation substantielle intervenait après l'entrée en vigueur d'un traité. Il a été souligné que le Rapporteur spécial aurait donc dû s'interroger sur le point de savoir si, dans le cas d'un traité appliqué à titre provisoire, on pouvait également conclure à une violation substantielle lorsque les conditions énoncées à l'article 60 étaient remplies. En outre, il a été observé que, dans son rapport, le Rapporteur spécial n'avait pas distingué l'extinction du traité en lui-même de la cessation de l'application provisoire, qui se traduisait par la suspension du traité, prévue par la même disposition. En conséquence, il ne s'était pas penché sur la question de savoir si une violation substantielle d'un traité appliqué à titre provisoire pouvait être invoquée par les parties comme motif non seulement de suspension de l'application provisoire du traité, mais aussi d'extinction du traité lui-même. On a estimé qu'il fallait approfondir l'analyse des articles 25 et 60 à la lumière de la pratique des États pour formuler un projet de directives tenant compte de la question à la fois de l'extinction et de la suspension, et apporter ainsi des précisions sur la manière dont les relations entre les différentes parties s'en trouvaient modifiées.

281. De plus, pour ce qui était de la question de savoir quel type de violation constituait une violation substantielle aux fins du paragraphe 3 de l'article 60, il a été souligné que le Rapporteur spécial n'avait pas tout à fait raison de conclure qu'une violation anodine d'une disposition

essentielle pouvait constituer une violation substantielle. Il a été rappelé qu'un tribunal arbitral avait récemment conclu que l'extinction d'un traité comme conséquence d'une violation substantielle n'était justifiée que si la violation en cause allait à l'encontre de l'objet et du but du traité. On a toutefois estimé qu'il fallait aussi s'interroger sur le point de savoir si le terme « violation substantielle » employé à l'article 60 devait faire l'objet d'une interprétation plus souple dans le contexte de l'application provisoire. Certains étaient en outre d'avis qu'on ne pouvait pas parler de violation substantielle dans le contexte de l'application provisoire, mais plutôt de non-respect des obligations conventionnelles, et qu'on ne pouvait pas davantage parler des effets d'une violation substantielle au sens de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, puisqu'il n'existait aucune relation conventionnelle au moment de la violation. On a en outre estimé qu'il fallait aussi s'intéresser à la relation entre l'application provisoire et d'autres formes d'extinction prévues par la Convention de Vienne de 1969.

e) *Cas de succession d'États, de responsabilité d'un État et d'ouverture d'hostilités*

282. Certains membres partageaient l'avis du Rapporteur spécial, qui, sans nier l'importance des informations sur la succession d'États contenues dans le quatrième rapport, estimait qu'il n'était pas nécessaire de s'intéresser de plus près à ces questions aux fins du sujet à l'examen. D'autres membres ont néanmoins appelé l'attention sur les articles applicables de la Convention de Vienne de 1978, qui tenait compte de la nature et des caractéristiques des traités en distinguant notamment les traités bilatéraux, les traités multilatéraux « ouverts » et les traités multilatéraux « fermés », et du fait que ceux-ci étaient entrés ou non en vigueur. On a également estimé qu'il serait utile d'examiner la pratique des États en la matière. Certains membres étaient en outre favorables à l'idée de traiter de la question de la succession dans le projet de directives.

f) *Projet de directive 10*

283. Pour ce qui était du projet de directive 10, certains membres ont constaté qu'il faisait fond sur l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 et qu'il ne prêtait donc pas à contestation. D'autres ont estimé que la portée du projet de directive devait être élargie de façon à tenir compte des cas dans lesquels l'accord prévoyant l'application provisoire du traité limitait celle-ci sur le fondement du droit interne.

284. Certains membres ont toutefois regretté que, dans son rapport, le Rapporteur spécial n'ait pas pleinement étayé le contenu du projet de directive. On ne savait pas vraiment, par exemple, si celui-ci reprenait la règle énoncée à l'article 27 selon laquelle un État ne pouvait invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité, ou bien s'il renvoyait aux dispositions du droit interne concernant la compétence pour consentir à l'application d'un traité à titre provisoire, comme semblait l'indiquer la référence à l'article 46. Certains membres ont relevé que le projet de directive pouvait être compris comme signifiant que le droit interne ne devait jamais être pris en considération et méconnaissait le fait que l'État pouvait limiter l'application provisoire d'un traité sur le fondement de son droit interne. Il fallait distinguer ce cas de figure de l'interdiction d'invoquer le droit interne, prévue par l'article 27, et il était important que le projet de directives en tienne compte. En outre, certains ont estimé qu'il fallait donner des précisions sur l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 dans le projet de directive et que cet article ne devait pas être réduit à une simple clause sans préjudice. Le projet de directive devait donc traiter de situations analogues à celles envisagées à la fois à l'article 27 et à l'article 46.

285. Certains membres étaient d'avis qu'au lieu d'incorporer certaines dispositions de la Convention de Vienne de 1969 dans le projet de directives, comme on l'avait fait dans le projet de directive 10, il serait sans doute préférable d'y faire figurer une directive générale indiquant qu'à moins que cela ne soit exclu par l'accord par lequel les États convenaient de l'application provisoire, les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 s'appliquaient, dans la mesure où elles étaient pertinentes, à l'application des traités à titre provisoire.

g) *Pratique des organisations internationales en matière d'application des traités*

286. Plusieurs membres ont jugé intéressants les renseignements donnés dans le rapport concernant la pratique des organisations internationales. Ils ont encouragé le Rapporteur spécial à développer la partie relative aux organisations régionales, concernant en particulier l'Union africaine, afin que l'approche soit plus inclusive. Ils ne voyaient toutefois pas clairement quelles conclusions pouvaient être tirées des renseignements fournis. D'autres membres ont estimé que ces informations étaient utiles en ce qu'elles permettaient de mieux comprendre la pratique des États. Il a été souligné que deux formes très différentes de pratique étaient examinées. Certains membres ont dit qu'à leur avis, si les informations concernant la pratique liée aux fonctions d'enregistrement, de dépositaire et de publication des traités ne paraissaient pas utiles pour le sujet, celles concernant les traités auxquels une organisation est partie étaient extrêmement pertinentes. C'était cette dernière catégorie qu'il convenait de développer. À cet égard, certains membres ont préconisé d'approfondir l'étude comparative de l'application provisoire des traités impliquant des États, d'une part, et de ceux impliquant des organisations internationales, d'autre part.

287. S'agissant de l'idée de recommander une révision des règlements et des manuels du Secrétariat concernant ses fonctions d'enregistrement et de dépositaire, certains membres ont dit douter que la question relève du champ du sujet. Il a aussi été dit qu'une telle révision présenterait un intérêt, mais que la question pourrait être examinée à un stade ultérieur.

h) *Travaux futurs*

288. À propos des travaux futurs sur le sujet, il a été dit qu'un examen exhaustif des dispositions conventionnelles prévoyant l'application provisoire était indispensable pour une compréhension plus approfondie du sujet. Il semblait exister une abondante pratique étatique intéressant le sujet,

et une analyse comparative des dispositions conventionnelles pertinentes pourrait aider à comprendre l'application provisoire et ses relations avec l'application intégrale d'un traité. Il a été en outre souligné qu'une comparaison des clauses conventionnelles prévoyant l'application provisoire qui subordonnaient cette application au droit interne serait particulièrement utile.

289. L'idée a été émise que les travaux futurs devraient aussi permettre de dégager des conclusions de l'analyse déjà entreprise à propos de la relation entre l'application provisoire et les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969. Par ailleurs, la question des déclarations interprétatives faites par des États appliquant un traité à titre provisoire et des déclarations faites par des États prévoyant de ne pas appliquer un traité à titre provisoire pourrait être examinée dans de futurs rapports.

290. S'agissant de la proposition faite par le Rapporteur spécial d'examiner la question de l'application des traités qui font naître des droits au profit des individus, il a été dit qu'il conviendrait d'aborder cette question avec de grandes précautions, en tenant compte de la pratique des États.

291. Plusieurs membres se sont félicités de l'intention du Rapporteur spécial d'élaborer des clauses types. Il ne fallait cependant pas tenter d'expliquer la signification de chaque clause, car l'on courrait le risque de s'écarter du sens qui était déjà accordé par les États à de telles clauses dans des traités en vigueur. Il a aussi été souligné qu'il serait peut-être plus opportun de dresser une liste indicative de clauses types.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

292. Le Rapporteur spécial a rappelé que, dès le début de l'examen du sujet par la Commission, une majorité de membres avaient souligné la nécessité d'examiner les relations entre l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 et les autres dispositions de celle-ci. Certains membres avaient indiqué quelles dispositions étaient à leur avis particulièrement pertinentes à cette fin, notamment les articles 46 et 60. Une telle analyse devrait servir à clarifier le régime de l'application provisoire. C'est sur cette base que le Rapporteur spécial avait élaboré son quatrième rapport. Il entendait terminer cet exercice dans le cinquième rapport, dans lequel il pourrait traiter la relation entre l'application provisoire et l'article 34 de la Convention de Vienne de 1969, concernant les États tiers. Le Rapporteur spécial ne prévoyait pas de proposer un projet de directive pour chaque disposition de la Convention examinée mais pensait que, considérés dans leur ensemble, les rapports permettraient de mieux comprendre quels articles étaient les plus pertinents pour le régime de l'application provisoire et, en définitive, dans quel contexte général s'appliquait l'article 25.

293. Le Rapporteur spécial a noté que plusieurs membres avaient insisté sur la valeur pratique que revêtait le sujet pour les États. Tout en convenant que le sujet devait être traité de manière systématique, il estimait aussi important de prendre en considération et de refléter les points de vue et propositions concrètes des États en développant le sujet.

294. Le Rapporteur spécial ne souscrivait pas à l'idée que l'article 25 pouvait constituer un régime autonome, car une telle proposition risquait de nuire à la notion d'universalité du droit international et de limiter les effets juridiques mis en évidence en matière d'application provisoire. La Commission ne devait pas traiter le sujet comme relevant de la *lex specialis*. Si, au contraire, il était admis qu'un traité appliqué à titre provisoire produisait les mêmes effets juridiques que s'il était en vigueur, comme cela avait d'ailleurs été effectivement reconnu, la Commission aurait alors pour rôle de déterminer les règles de droit international général qui s'appliqueraient dans des situations concrètes et, partant, de donner des orientations aux États. À cet égard, le Rapporteur spécial a jugé intéressante la proposition tendant à élaborer un projet de directive générale indiquant que la Convention de Vienne de 1969 s'appliquait *mutatis mutandis* aux traités appliqués à titre provisoire.

295. Le Rapporteur spécial a en outre fait observer qu'il était justifié en l'occurrence de raisonner par analogie pour dégager des conclusions de l'examen du sujet car, à son avis, la pratique était rare ou inaccessible. Une telle méthode n'était pas inhabituelle.

296. Le Rapporteur spécial a pleinement reconnu qu'il serait utile d'entreprendre une analyse comparative des traités prévoyant l'application provisoire, mais a rappelé les difficultés qu'il avait rencontrées pour obtenir les informations pertinentes. Il a insisté sur l'utilité des renseignements que lui avait communiqués la Section des traités du Bureau des affaires juridiques à cet égard. Il a expliqué que la Section des traités avait dû mettre au point un outil spécifique pour mener les recherches qui avaient permis de mettre en évidence les traités contenant des clauses d'application provisoire, tout en précisant que les utilisateurs externes n'avaient pas accès à ces renseignements. Il a de même souligné qu'il était très difficile de retrouver toutes les déclarations d'application provisoire en raison du caractère limité des critères de recherche dans le *Recueil des Traités*. La valeur des renseignements fournis dans le quatrième rapport tenait au fait qu'ils montraient qu'un grand nombre de traités contenaient apparemment des clauses d'application provisoire, et donnaient lieu à l'enregistrement de formalités liées à l'application provisoire ; dans le même temps, le rapport faisait ressortir combien il était difficile d'obtenir de tels renseignements. C'est pourquoi il n'avait pas encore été possible de dresser un tableau de la pratique sur le sujet.

297. Le Rapporteur spécial a en outre souligné que la Commission semblait perdre de vue que le règlement relatif à l'enregistrement des traités, le *Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies*[1437] et les manuels sur le droit et la pratique des traités[1438] avaient été élaborés non pas sur la base du régime juridique institué par l'article 25, mais à partir de critères antérieurs à la Convention de Vienne de 1969. Cela avait des

[1437] Disponible à l'adresse suivante : https://legal.un.org/repertory/.

[1438] *Manuel des traités* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.02.V.2) ; *Recueil des clauses finales des traités multilatéraux – Manuel* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.06.V.3) ; et *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* (ST/LEG/7/Rev.1, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.94.V.15).

répercussions sur la pratique des États, puisque ceux-ci se servaient de ces documents comme d'un guide, s'agissant de l'application provisoire. De plus, puisque la Section des traités, lorsqu'elle donnait un avis aux États sur leur demande, suivait également ces critères, il y avait là une source éventuelle de méprises. C'est pourquoi la pratique des États pouvait fort bien s'écarter du régime juridique institué par l'article 25.

298. S'agissant des renseignements relatifs à la pratique des organisations régionales, le Rapporteur spécial a admis qu'il serait utile de développer cette section afin d'y inclure l'Union africaine.

299. À propos de la discussion sur les réserves, le Rapporteur spécial a réaffirmé qu'il n'avait pas, dans le cours du débat ou de ses recherches, découvert une quelconque disposition visant spécifiquement la possibilité de formuler une réserve dans le contexte de l'application provisoire. Si certains des exemples mentionnés au cours du débat méritaient d'être plus amplement examinés, d'autres ne constituaient pas à son avis des réserves proprement dites. Le Rapporteur spécial a réaffirmé que le Guide de la pratique sur les réserves aux traités était muet quant à l'application provisoire et que le paragraphe 5 du commentaire de la directive 2.2.2[1439] abordait vaguement cette question comme un cas de figure hypothétique, sans se référer à aucune pratique sur ce point.

300. Le Rapporteur spécial a aussi réaffirmé que les articles 27 et 46 de la Convention de Vienne de 1969, bien que visant le droit interne des États, concernaient assurément deux aspects différents, mais qu'ils créaient un régime complémentaire. Il s'est dit d'accord avec les membres qui considéraient que tant l'article 27 que l'article 46 devaient être reflétés dans les projets de directive, et a fait observer que telle avait été son intention avec le projet de directive 10. Le Rapporteur spécial a aussi convenu que les futurs projets de directive devraient traiter des situations dans lesquelles l'accord sur l'application provisoire d'un traité limitait cette application par référence au droit interne.

[1439] *Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 117.

Chapitre XIII

AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

A. Demandes faites par la Commission au Secrétariat en vue de la préparation d'études sur deux sujets à l'ordre du jour de la Commission

301. À sa 3303e séance, le 24 mai 2016, la Commission a décidé de prier le Secrétariat de préparer une étude sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, dans laquelle il ferait le point sur l'état actuel de la documentation relative au droit international coutumier et formulerait des propositions d'amélioration.

302. À sa 3347e séance, le 12 août 2016, la Commission a décidé de prier le Secrétariat de préparer une étude analysant la pratique des États dans le contexte des traités (bilatéraux et multilatéraux) déposés ou enregistrés au cours des vingt dernières années auprès du Secrétaire général et prévoyant leur application provisoire, y compris les formalités conventionnelles y relatives.

B. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

303. À sa 3300e séance, le 18 mai 2016, la Commission a constitué un groupe de planification pour la session en cours[1440].

304. Le Groupe de planification a tenu quatre séances. Il était saisi de la section II.H du résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-dixième session, établi par le Secrétariat (A/CN.4/689), intitulée « Autres décisions et conclusions de la Commission » ; du projet de cadre stratégique pour la période 2018-2019 : programme 6 (Affaires juridiques)[1441] ; de la résolution 70/236 de l'Assemblée générale en date du 23 décembre 2015, relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session ; et de la résolution 70/118 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 2015, relative à l'état de droit aux niveaux national et international.

305. À sa 2e séance, le 8 juin 2016, le Groupe de planification a pris note de la partie du projet de cadre stratégique pour la période 2018-2019 concernant le sous-programme 3 (Développement progressif et codification du droit international) du programme 6 (Affaires juridiques).

1. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme

306. À sa 1re séance, le 3 juin 2016, le Groupe de planification a décidé de constituer à nouveau, pour la session en cours, le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, sous la présidence de M. Donald M. McRae. Le Groupe de travail a soumis son rapport sur les travaux du quinquennat au Groupe de planification à la 4e séance de ce dernier, le 29 juillet 2016.

307. La Commission a noté qu'elle avait déjà recommandé pendant le quinquennat en cours l'inscription à son programme de travail à long terme des sujets suivants : *a*) Crimes contre l'humanité ; et *b*) *Jus cogens*. Ces deux sujets figuraient déjà au programme de travail actuel de la Commission, y ayant été inscrits respectivement à ses soixante-cinquième (2013)[1442] et soixante-sixième (2014)[1443] sessions.

308. À la présente session, la Commission, sur la recommandation du Groupe de travail, a décidé de recommander d'inscrire les sujets suivants à son programme de travail à long terme :

a) Le règlement des différends internationaux auxquels des organisations internationales sont parties ;

b) La succession d'États en matière de responsabilité de l'État.

309. Dans le choix des sujets, la Commission s'est appuyée sur la recommandation qu'elle avait formulée à sa cinquantième session (1998) à propos des critères de sélection des sujets : *a*) le sujet devrait correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international ; *b*) le sujet devrait être suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à une codification et à un développement progressif ; et *c*) le sujet devrait être concret et suffisamment facile à traiter à ces fins. La Commission a convenu également qu'elle ne devrait pas s'en tenir aux sujets classiques, mais pourrait aussi envisager ceux qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale[1444]. La Commission a estimé que ces deux sujets constituaient de précieuses contributions au développement progressif du droit international et à sa codification. Les plans d'étude des deux sujets sélectionnés sont reproduits aux annexes I et II du présent rapport.

310. La Commission rappelle que cinq autres sujets restent inscrits au programme de travail à long terme depuis le quinquennat précédent : *a*) la propriété et la

---

[1440] Pour consulter la composition du Groupe de planification, voir *supra* le paragraphe 5.

[1441] A/71/6 (Prog. 6) et Corr.1 et 2.

[1442] *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 83, par. 169 et annexe II.

[1443] *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 175, par. 268 et annexe.

[1444] *Annuaire… 1998*, vol. II (2e partie), p. 114, par. 553. Voir aussi *Annuaire… 1997*, vol. II (2e partie), p. 72 et suiv., par. 238.

protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale[1445] ; *b*) l'immunité juridictionnelle des organisations internationales[1446] ; *c*) la protection des données personnelles dans la circulation transfrontière de l'information[1447] ; *d*) la compétence extraterritoriale[1448] ; et *e*) la règle du traitement juste et équitable en droit de l'investissement international[1449].

311. La Commission a noté que le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme avait passé en revue ses méthodes de travail, au début du quinquennat en cours, en tenant compte de sa pratique établie en matière de sélection des sujets. Elle a noté que le Groupe de travail avait conclu que la procédure en trois étapes, consistant à *a*) identifier les sujets possibles ; *b*) préparer une note sur un sujet donné ; et *c*) préparer un plan d'étude plus détaillé, était une bonne base de travail. Cette procédure permettait un large échange de vues sur un sujet donné et, parallèlement, était un bon moyen de vérifier que le sujet en question pourrait être traité facilement. En outre, bien qu'il fût conscient que la décision d'inscrire de nouveaux sujets au programme de travail à long terme était généralement prise à la fin du quinquennat, le Groupe de travail avait jugé bon que, pour le quinquennat en cours, de telles décisions soient prises au fur et à mesure[1450].

312. La Commission a également noté qu'elle avait constaté qu'il était nécessaire de procéder à un bilan systématique de ses travaux et de recenser les sujets dont elle pourrait entreprendre l'étude. À cette fin, en 2014, elle avait demandé au Secrétariat[1451] de revoir le plan général des sujets qu'elle avait établi en 1996[1452] à la lumière des faits nouveaux survenus depuis lors et de dresser une liste de sujets dont elle pourrait entreprendre l'étude, accompagnée de brèves notes explicatives, d'ici à la fin du quinquennat en cours. Pour faire suite à cette demande, le Secrétariat avait rédigé deux documents de travail, un premier en 2015, dans lequel la liste des sujets établie en 1996 était examinée à la lumière des faits survenus ultérieurement (A/CN.4/679), et un second, pour la présente session, traitant des « Sujets dont la Commission pourrait entreprendre l'étude, compte tenu de l'examen de la liste des sujets établie en 1996 à la lumière des faits survenus ultérieurement » (A/CN.4/679/Add.1), contenant de brèves notes explicatives sur six sujets pour examen par le Groupe de travail.

313. La Commission a accueilli avec satisfaction les deux documents de travail élaborés par le Secrétariat et a pris note des six sujets potentiels proposés par celui-ci, à savoir : *a*) « Principes généraux du droit » ; *b*) « Accords internationaux conclus avec ou entre des sujets de droit international autres que des États ou des organisations internationales » ; *c*) « Reconnaissance des États » ; *d*) « Délimitation et démarcation des frontières terrestres » ; *e*) « Indemnisation en droit international » ; et *f*) « Principes en matière de preuve en droit international ». Elle a recommandé que ces six sujets soient examinés plus avant par le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme à sa soixante-neuvième session (2017).

2. Examen de la résolution 70/118 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 2015 relative à l'état de droit aux niveaux national et international

314. Dans sa résolution 70/118 du 14 décembre 2015 relative à l'état de droit aux niveaux national et international, l'Assemblée générale a notamment invité une nouvelle fois la Commission à lui rendre compte, dans le rapport qu'elle lui soumet, de ce qu'elle faisait pour promouvoir l'état de droit. Depuis sa soixantième session (2008), la Commission a fait chaque année des observations sur son action dans ce domaine. Elle signale que les observations qui figurent aux paragraphes 341 à 346 de son rapport de 2008[1453] demeurent pertinentes, et réaffirme la teneur des observations faites à ses précédentes sessions[1454].

315. La Commission rappelle que l'état de droit est l'essence même de ses travaux. Le but de la Commission, tel qu'il est énoncé à l'article premier de son statut, est de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification.

316. Ayant le principe de l'état de droit en permanence à l'esprit, la Commission sait parfaitement l'importance que revêt l'application du droit international au niveau national, et œuvre à promouvoir le respect de l'état de droit au niveau international.

317. Dans l'exercice de son mandat concernant le développement progressif du droit international et sa codification, la Commission continuera de tenir compte, le cas échéant, de l'état de droit en tant que principe de gouvernance ainsi que des droits de l'homme, qui sont fondamentaux pour l'état de droit, ainsi qu'il ressort du Préambule et de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies, et de la Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international[1455].

318. Dans ses travaux en cours, la Commission tient compte des « rapports entre l'état de droit et la triple vocation de l'Organisation des Nations Unies (paix et sécurité, développement et droits de l'homme)[1456] », sans privilégier l'un au détriment de l'autre. Dans ce contexte, la Commission tient compte du fait que le Programme

---

[1445] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 105, par. 248, et annexe II, additif 2.

[1446] *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 194, par. 257 et annexe II.

[1447] Ibid., annexe IV.

[1448] Ibid., annexe V.

[1449] *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 180, par. 365 et annexe IV.

[1450] Voir *supra* le paragraphe 307.

[1451] *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 175 et suiv., par. 271 et 272.

[1452] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), annexe II.

[1453] *Annuaire… 2008*, vol. II (2e partie), p. 157 et suiv.

[1454] *Annuaire… 2009*, vol. II (2e partie), p. 156, par. 231 ; *Annuaire… 2010*, vol. II (2e partie), p. 210 et suiv., par. 389 à 393 ; *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 183, par. 392 à 398 ; *Annuaire…2012*, vol. II (2e partie), p. 88, par. 274 à 279 ; *Annuaire…2013*, vol. II (2e partie), p. 84, par. 171 à 180 ; *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 176, par. 273 à 280 ; et *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 90 et suiv., par. 288 à 295.

[1455] Résolution 67/1 de l'Assemblée générale en date du 24 septembre 2012, par. 41.

[1456] Rapport du Secrétaire général sur l'évaluation de l'efficacité de la contribution du système des Nations Unies à l'instauration de l'état de droit en période et au lendemain de conflits (S/2013/341), par. 70.

de développement durable à l'horizon 2030 reconnaît la nécessité d'un véritable état de droit et d'une bonne gouvernance à tous les niveaux[1457]. Dans l'exercice de son mandat concernant le développement progressif et la codification du droit international, la Commission est consciente des difficultés auxquelles fait face actuellement l'état de droit.

319. Rappelant que l'Assemblée générale a souligné qu'il importait de promouvoir la mise en commun des meilleures pratiques nationales dans le domaine de l'état de droit[1458], la Commission tient à redire qu'une part importante de son travail consiste à recenser et à analyser les pratiques nationales dans le domaine de l'état de droit, dans le but d'évaluer si elles pourraient contribuer au développement progressif et à la codification du droit international.

320. Ayant présent à l'esprit le rôle des processus d'établissement des traités multilatéraux dans la promotion de l'état de droit[1459], la Commission rappelle que les travaux qu'elle a menés sur différents sujets ont fait l'objet de processus d'établissement de traités multilatéraux et débouché sur l'adoption de plusieurs de ces traités[1460].

321. À la session en cours, la Commission a continué d'apporter sa contribution à l'état de droit, notamment en travaillant sur les sujets « Protection des personnes en cas de catastrophe » (projets d'article adoptés en seconde lecture à la présente session), « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » (projets de conclusion adoptés en première lecture à la présente session), « Application provisoire des traités », « Détermination du droit international coutumier » (projets de conclusion adoptés en première lecture à la présente session), « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés », « Protection de l'atmosphère », « Crimes contre l'humanité » et « *Jus cogens* ».

322. La Commission réaffirme l'importance qu'elle attache à l'état de droit dans l'ensemble de ses activités.

3. Examen des paragraphes 9 à 12 de la résolution 70/236 de l'Assemblée générale en date du 23 décembre 2015 relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session

323. La Commission a pris note des paragraphes 9 à 12 de la résolution 70/236 de l'Assemblée générale en date du 23 décembre 2015. Au paragraphe 10 de cette résolution, l'Assemblée générale a noté que la Commission avait exprimé le souhait que soit étudiée la possibilité de tenir une demi-session à New York au cours du quinquennat suivant et avait fait savoir que, compte tenu des coûts estimatifs et des facteurs administratifs, organisationnels et autres facteurs, cette convocation pourrait être prévue pour la première partie d'une session de la première année (2017) ou de la deuxième année (2018) du quinquennat à venir. Au paragraphe 11, l'Assemblée générale a pris note de la recommandation, formulée par la Commission au paragraphe 298 de son rapport de 2015, de procéder aux travaux préparatoires et aux estimations en prenant pour hypothèse que la première partie de sa soixante-dixième session (2018) se tiendrait au Siège de l'Organisation des Nations Unies, à New York, ainsi que de la demande faite par la Commission au Secrétariat de s'employer à prendre les dispositions nécessaires à cet effet pour faciliter l'adoption d'une décision idoine par la Commission à sa soixante-huitième session, en 2016.

324. Après avoir reçu du Secrétariat d'autres informations indiquant que, compte tenu des coûts estimatifs et des facteurs administratifs, organisationnels et autres facteurs, il serait faisable de tenir une demi-session à New York la première année (2017) ou la deuxième année (2018) du quinquennat suivant, la Commission a estimé que le plus approprié serait que cette demi-session à New York ait lieu à sa soixante-dixième session, en 2018.

325. Il a été noté que 2017 serait la première année du quinquennat pour les membres de la Commission qui seraient élus durant la soixante et onzième session de l'Assemblée générale. Il serait préférable, pour faciliter l'intégration des nouveaux membres de la Commission dans leurs fonctions, que la première session du quinquennat se tienne au siège de la Commission à l'Office des Nations Unies à Genève. En outre, il a été souligné que la Commission célébrerait en 2018 son soixante-dixième anniversaire et que tenir une partie de sa session à New York pourrait servir les efforts faits pour renforcer encore le dialogue entre la Commission du droit international et la Sixième Commission.

326. Par conséquent, la Commission recommande que la première partie de sa soixante-dixième session se tienne à New York, et demande au Secrétariat de prendre les dispositions administratives et organisationnelles nécessaires à cet effet. On a insisté sur la nécessité d'assurer l'accès aux bibliothèques du Siège, ainsi que l'accès électronique aux ressources et aux outils de recherche de la Bibliothèque de l'Office des Nations Unies à Genève. On a également insisté sur la nécessité d'assurer l'accès des assistants accompagnant les membres de la Commission aux réunions et de prévoir suffisamment d'espace pour eux.

4. Session marquant le soixante-dixième anniversaire de la Commission du droit international

327. La Commission recommande que des événements soient organisés pour célébrer son soixante-dixième anniversaire à sa soixante-dixième session, en 2018. Ces événements pourraient se dérouler en deux parties : une première pendant la première partie de la soixante-dixième session, à New York, et une seconde pendant la deuxième partie de la soixante-dixième session, à Genève.

328. La Commission recommande que soient organisées, pendant la première partie de sa soixante-dixième session qu'il est recommandé de tenir à New York :

[1457] Résolution 70/1 de l'Assemblée générale en date du 25 septembre 2015, par. 35.

[1458] Résolution 70/118 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 2015, par. 19.

[1459] Ibid., par. 8.

[1460] Voir, plus particulièrement, *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 91, par. 294.

a) une réunion solennelle d'une demi-journée de la Commission, à laquelle seraient invités de hauts dignitaires ;

b) une réunion informelle d'une demi-journée, à laquelle seraient conviés les délégués de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, pour un échange de vues sur les travaux de la Commission du droit international, les relations entre cette dernière et la Sixième Commission, et le rôle des deux organes dans la promotion du développement progressif et de la codification du droit international.

329. La Commission recommande que, pendant la seconde partie de sa soixante-dixième session, à Genève, soit organisée une journée et demie de conférence consacrée aux travaux de la Commission à laquelle seraient invités les conseillers juridiques des États et des organisations internationales, des universitaires et d'autres juristes internationaux de renom.

330. La Commission recommande également qu'un compte rendu de ces réunions soit présenté et examiné sous une forme appropriée à la réunion annuelle des conseillers juridiques à New York.

331. La Commission recommande en outre que les événements organisés pour célébrer l'anniversaire de la Commission donnent lieu à une publication.

332. La Commission demande au Secrétariat de commencer à prendre des dispositions en vue de la tenue de ces événements commémoratifs, en concertation avec le Président de la Commission et le Président du Groupe de planification.

5. Honoraires

333. La Commission réaffirme ses vues à propos des honoraires, compte tenu de la résolution 56/272 de l'Assemblée générale en date du 27 mars 2002, telles qu'elles ont déjà été exprimées dans ses précédents rapports[1461]. Elle souligne que l'adoption de cette résolution a une incidence particulière sur les rapporteurs spéciaux en ce qu'elle compromet le financement de leurs travaux de recherche.

6. Documentation et publications

334. La Commission a de nouveau souligné que les publications juridiques élaborées par le Secrétariat avaient pour ses travaux un intérêt particulier et une valeur considérable[1462]. Elle a une nouvelle fois rappelé que la Division de la codification avait précédemment pu accélérer sensiblement la parution des publications grâce à son activité très réussie de publication assistée par ordinateur, qui avait amélioré considérablement l'actualité et la pertinence de ces publications pour les travaux de la Commission depuis plus d'une décennie. La Commission a noté avec une vive préoccupation que cette initiative avait été réduite et suspendue faute de ressources, et a dit regretter vivement qu'en conséquence, aucune nouvelle publication juridique n'eût été distribuée à la présente session.

335. La Commission s'est dite fermement convaincue que la reprise de cette initiative était indispensable pour garantir une parution en temps utile des publications juridiques, en particulier de *La Commission du droit international et son œuvre*, dont la mise à disposition rapide dans les différentes langues officielles revêtait une importance vitale pour les travaux de la Commission, et elle a donc demandé la reprise de l'activité de publication assistée par ordinateur. La Commission a une nouvelle fois rappelé l'intérêt particulier et la valeur considérable que revêtaient pour ses travaux les publications juridiques de la Division de la codification, et a demandé de nouveau que celle-ci continue de les mettre à sa disposition.

336. La Commission s'est de nouveau dite satisfaite de ce que les comptes rendus analytiques des séances de la Commission, qui constituent des travaux préparatoires essentiels pour le développement progressif et la codification du droit international, ne feraient pas l'objet de limitation arbitraire de leur longueur. Elle a une fois de plus noté avec satisfaction que les mesures introduites à sa soixante-cinquième session (2013) pour rationaliser le traitement de ces comptes rendus analytiques avaient permis une communication plus rapide des comptes rendus provisoires aux membres de la Commission en vue de leur correction ponctuelle et d'une publication rapide. La Commission a appelé le Secrétariat à poursuivre ses efforts pour continuer d'appliquer les mesures en question, afin de garantir la communication rapide des comptes rendus provisoires aux membres de la Commission. Elle s'est aussi félicitée de ce que ces méthodes de travail avaient permis une utilisation plus rationnelle des ressources, et elle a appelé le Secrétariat à continuer de s'employer à faciliter l'élaboration des comptes rendus définitifs dans toutes les langues, sans compromettre leur intégrité.

337. La Commission a exprimé sa gratitude à tous les services intervenant dans la production des documents, à Genève comme à New York, pour les efforts réalisés en vue d'assurer un traitement rapide et efficace des documents de la Commission, souvent dans des délais très serrés. Tout particulièrement, elle a noté avec satisfaction que des mesures avaient été prises, à titre expérimental, pour rationaliser la révision des documents de la Commission par les services d'édition à la suite d'échanges entre le secrétariat de la Commission et la Section de l'édition de l'Office des Nations Unies à Genève. Ces nouvelles dispositions avaient permis d'apporter des améliorations aux documents à l'examen et avaient contribué à faciliter le déroulement des travaux de la Commission.

338. La Commission a noté avec préoccupation, cependant, que la publication dans toutes les langues officielles de certains rapports des rapporteurs spéciaux

---

[1461] Voir *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 107 et suiv., par. 525 à 531 ; *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), p. 103, par. 447 ; *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), p. 129, par. 369 ; *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 93, par. 501 ; *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 196, par. 269 ; *Annuaire… 2007*, vol. II (2e partie), p. 103, par. 379 ; *Annuaire… 2008*, vol. II (2e partie), p. 160, par. 358 ; *Annuaire… 2009*, vol. II (2e partie), p. 157, par. 240 ; *Annuaire… 2010*, vol. II (2e partie), p. 211, par. 396 ; *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 183 et suiv., par. 399 ; *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 88, par. 280 ; *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 84 et suiv., par. 181 ; *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 176, par. 281 ; et *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 92, par. 299.

[1462] Voir *Annuaire… 2007*, vol. II (2e partie), p. 105, par. 387 à 395. Voir aussi *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 85, par. 185.

avait été retardée, ce qui avait perturbé son programme de travail. Elle a noté que le traitement rapide et efficace des documents était indispensable au bon déroulement de ses travaux.

339. La Commission réaffirme son attachement au multilinguisme et rappelle l'importance primordiale qui doit être accordée à l'égalité des six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies dans ses travaux, comme l'a souligné l'Assemblée générale dans sa résolution 69/324 du 11 septembre 2015. Cet attachement transparaît notamment dans la pratique établie de la Commission de débattre des rapports des rapporteurs spéciaux en séance plénière après que ceux-ci ont été publiés dans toutes les langues officielles. À cet égard, la Commission tient à souligner que les mesures très exceptionnelles auxquelles il a été recouru durant la présente session concernant le débat sur le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » (voir chap. XI) ne sauraient, à aucun égard, constituer un précédent.

340. À ce sujet, la Commission : *a*) demande au Secrétariat de continuer de veiller à ce que les documents officiels de la Commission soient publiés en temps voulu dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies ; *b*) demande aux rapporteurs spéciaux de soumettre leurs rapports dans les délais fixés par le Secrétariat.

341. La Commission a exprimé sa gratitude à la Bibliothèque de l'Office des Nations Unies à Genève, pour l'aide qu'elle a continué d'apporter avec efficacité et compétence aux membres de la Commission.

7. *Annuaire de la Commission du droit international*

342. La Commission a réaffirmé que l'*Annuaire de la Commission du droit international* était d'une importance déterminante pour qui voulait comprendre ce que faisait la Commission pour développer progressivement et codifier le droit international, ainsi que pour renforcer l'état de droit dans les relations internationales. Elle a noté que, dans sa résolution 70/236, l'Assemblée générale avait exprimé sa reconnaissance aux gouvernements qui avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale destiné à résorber l'arriéré de publication de l'*Annuaire de la Commission du droit international* et avait encouragé le versement d'autres contributions à ce fonds.

343. La Commission recommande à l'Assemblée générale, à l'instar de ce que cette dernière a fait dans sa résolution 70/236, d'exprimer sa satisfaction devant les progrès remarquables accomplis ces dernières années pour résorber l'arriéré de publication de l'*Annuaire* dans les six langues, de saluer les efforts faits par la Division de la gestion des conférences de l'Office des Nations Unies à Genève, notamment sa Section de l'édition, pour donner effectivement suite à ses résolutions appelant à une résorption de l'arriéré, et d'encourager la Division de la gestion des conférences à continuer de fournir à la Section de l'édition tout l'appui nécessaire à la publication de l'*Annuaire*.

8. Aide à la Division de la codification

344. La Commission a remercié la Division de la codification du Secrétariat pour l'aide précieuse qu'elle lui apportait tant par ses services fonctionnels qu'en fournissant un appui continu aux rapporteurs spéciaux et en réalisant des travaux de recherche approfondis sur différents aspects de sujets à l'étude, à la demande de la Commission. En particulier, elle a remercié le Secrétariat pour les études qu'il avait préparées sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/691) et sur les informations sur les mécanismes conventionnels de suivi qui pourraient être pertinents pour les travaux futurs de la Commission (A/CN.4/698), ainsi que pour les six documents de travail qu'il avait établis sur des sujets que la Commission pourrait inscrire à son programme de travail à long terme (A/CN.4/679/Add.1).

9. Sites Web

345. La Commission a exprimé sa profonde gratitude au Secrétariat pour le site Web sur les travaux de la Commission et lui a demandé de continuer d'actualiser et d'administrer ce site[1463]. Elle a réaffirmé que ce site et les autres sites Web gérés par la Division de la codification[1464] étaient une ressource très précieuse pour la Commission et pour les divers chercheurs s'intéressant à ses travaux, et qu'ils contribuaient de ce fait à renforcer d'une manière générale l'enseignement, l'étude, la diffusion et la compréhension du droit international. Elle a noté avec satisfaction que le site Web sur les travaux de la Commission donnait des informations sur l'état d'avancement des travaux sur les sujets inscrits à son ordre du jour, et que l'on pouvait y trouver une version préliminaire éditée des comptes rendus analytiques des séances.

10. Médiathèque de droit international des Nations Unies

346. La Commission a une fois de plus constaté avec satisfaction la très grande valeur de la Médiathèque de droit international des Nations Unies[1465] en tant qu'outil permettant de mieux faire connaître le droit international et les travaux de l'Organisation des Nations Unies dans ce domaine, notamment ceux de la Commission du droit international.

C. Dates et lieu de la soixante-neuvième session de la Commission

347. La Commission a décidé que sa soixante-neuvième session se tiendrait à Genève du 1er mai au 2 juin et du 3 juillet au 4 août 2017.

D. Coopération avec d'autres organismes

348. À la 3317e séance, le 8 juillet 2016, le juge Abraham, Président de la Cour internationale de Justice, a pris la parole devant la Commission et l'a informée des activités récentes de la Cour[1466]. Un échange de vues a suivi.

[1463] https://legal.un.org//ilc.

[1464] Regroupés à l'adresse suivante : https://legal.un.org/ola/.

[1465] https://legal.un.org/avl/.

[1466] Cette déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de la séance en question.

349. Le Comité juridique interaméricain était représenté à la présente session de la Commission par l'un de ses membres, M. Gélin Imanès Collot, qui a pris la parole à la 3305e séance, le 26 mai 2016[1467]. Ce dernier a donné un aperçu des activités menées par le Comité sur diverses questions juridiques l'intéressant en 2015 et en 2016, en particulier. Un échange de vues a suivi.

350. Le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe était représenté à la présente session de la Commission par son président, M. Paul Rietjens, et par la Chef de la Division du droit international public et du Bureau des traités de la Direction du conseil juridique et du droit international public et Secrétaire du Comité, Mme Marta Requena, qui ont tous deux pris la parole à la 3316e séance, le 7 juillet 2016[1468]. Ils ont mis l'accent sur les activités en cours du Comité dans le domaine du droit international public, ainsi que sur celles du Conseil de l'Europe. Un échange de vues a suivi.

351. Le 20 juillet 2016, les membres de la Commission et des représentants du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) ont eu un échange de vues informel sur des sujets d'intérêt commun. Des déclarations ont été faites par la Directrice du droit international et des politiques humanitaires du CICR et par le Président de la Commission, qui ont été suivies d'exposés sur les sujets « Crimes contre l'humanité » et « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés ». D'autres exposés ont été présentés sur les « Résultats de la trente-deuxième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge » et sur « L'interaction entre le droit international humanitaire et le cadre juridique de la lutte contre le terrorisme ». Ces exposés ont été suivis de débats[1469].

E. Représentation à la soixante et onzième session de l'Assemblée générale

352. La Commission a décidé qu'elle serait représentée à la soixante et onzième session de l'Assemblée générale par son président, M. Pedro Comissário Afonso.

F. Séminaire de droit international

353. Conformément à la résolution 70/236 de l'Assemblée générale, la cinquante-deuxième session du Séminaire de droit international s'est tenue au Palais des Nations du 4 au 22 juillet 2016, pendant la présente session de la Commission. Le Séminaire s'adresse à de jeunes juristes se spécialisant en droit international, ainsi qu'à de jeunes enseignants ou représentants de l'État qui mènent une carrière universitaire ou diplomatique dans la fonction publique de leur pays.

354. Vingt-deux personnes de nationalités différentes et de tous les groupes régionaux ont participé à la session[1470]. Les participants ont assisté aux séances plénières de la Commission et à des exposés qui leur étaient spécialement destinés, et ont participé à des groupes de travail sur certains sujets.

355. M. Pedro Comissário Afonso, Président de la Commission, a ouvert le Séminaire. M. Markus Schmidt, Conseiller juridique principal de l'Office des Nations Unies à Genève, était responsable de l'administration, de l'organisation et du déroulement du Séminaire. La coordination du Séminaire pour les questions de fond était assurée par l'Université de Genève. M. Vittorio Mainetti, spécialiste de droit international à l'Université de Genève, a fait office de coordonnateur, secondé par M. Lorris Beverelli et Mme Yusra Suedi, assistants juridiques, et Mme Alexandra Borgeaud, stagiaire à la Section de la liaison juridique de l'Office des Nations Unies à Genève.

356. Les membres de la Commission ont donné les conférences suivantes : M. Ernest Petrič, « Les travaux de la Commission du droit international » ; M. Mathias Forteau, « Sélection de nouveaux sujets par la Commission du droit international » ; M. Dire D. Tladi, « *Jus cogens* » ; Sir Michael Wood, « Détermination du droit international coutumier » ; M. Shinya Murase, « Protection de l'atmosphère » ; Mme Concepción Escobar Hernández, « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » ; M. Pavel Šturma, « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État » ; M. Georg Nolte, « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » ; M. Sean D. Murphy, « Crimes contre l'humanité » ; et Mme Marie G. Jacobsson, « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés ».

357. Une conférence a été donnée par M. Ove Bring, professeur émérite à l'Université de Stockholm et à l'École supérieure de la défense nationale de Suède et ancien conseiller juridique principal en droit international auprès du Ministère suédois des affaires étrangères, sur « Les aspects juridiques des différends portant sur le patrimoine culturel : le syndrome du Parthénon dans les relations internationales ».

[1467] Idem.

[1468] Idem.

[1469] Des déclarations ont été faites par Mme Helen Durham, Directrice du droit international et des politiques humanitaires du CICR, et par M. Pedro Comissário Afonso, Président de la Commission. L'exposé sur le sujet « Crimes contre l'humanité » a été présenté par M. Sean D. Murphy, et celui sur la « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés » par Mme Marie G. Jacobsson. L'exposé sur les « Résultats de la trente-deuxième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge » a été présenté par M. Knut Doermann, Conseiller juridique en chef et Chef de la Division juridique du CICR, et l'exposé sur « L'interaction entre le droit international humanitaire et le cadre juridique de la lutte contre le terrorisme » par M. Tristan Ferraro, Conseiller juridique du CICR.

[1470] Ont participé au Séminaire : M. Humberto Cantú Rivera (Mexique), Mme Hua Deng (Chine), Mme Martina Filippiová (République tchèque), Mme Fong Mian Yi Seraphina (Singapour), M. Simón E. Gómez Guaimara (République bolivarienne du Venezuela), Mme Sarah Hayes (France), M. Étienne Henry (Suisse), M. Alonso Emilio Illueca (Panama), Mme Fatma Fathy Khalifa (Égypte), Mme Ayechan Lynn (Myanmar), M. Onésime Alain Ndi Bitan (Cameroun), Mme Nguyen Thi Tuong Van (Viet Nam), Mme Irekpitan Okukpon (Nigéria), Mme Edilen B. Pita Rodríguez (Cuba), M. Éric-Aimé Semien (Côte d'Ivoire), M. Evgeny Skachkov (Fédération de Russie), Mme Oratile Slave (Botswana), M. Hidetaka Takeuchi (Japon), Mme Sosena Tesfamichael Tefera (Éthiopie), M. Manasawee Tonyoopaiboon (Thaïlande), Mme Maruša Veber (Slovénie) et M. Giovanny Vega-Barbosa (Colombie). Le Comité de sélection, présidé par M. Makane Moïse Mbengue, professeur de droit international à l'Université de Genève, s'est réuni le 12 avril 2016 et a retenu 23 candidats sur 92. Un des candidats désignés n'a pas pu participer au Séminaire.

358. Une table ronde a été organisée sur le sujet « Protection des personnes en cas de catastrophe », au cours de laquelle les orateurs suivants ont pris la parole : M. Eduardo Valencia-Ospina, Rapporteur spécial sur la protection des personnes en cas de catastrophe ; M. Giulio Bartolini, professeur à l'Université Roma Tre ; Mme Tessa Kelly, Conseillère juridique principale en matière de catastrophes à la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge ; M. Arnold Pronto, juriste principal à la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies ; et M. Marco Toscano-Rivalta, Chef du Bureau du Représentant spécial du Secrétaire général pour la réduction des risques de catastrophe.

359. Les participants au Séminaire ont également assisté à un atelier organisé par l'Université de Genève sur le thème « Partage des bénéfices et des ressources naturelles en droit international ». Les orateurs suivants ont pris la parole : Mme Danae Azaria, chargée de cours au University College London ; Mme Laurence Boisson de Chazournes, professeure à l'Université de Genève ; M. Lucius Caflisch, membre de la Commission du droit international ; M. Komlan Sangbana, chercheur à l'Université de Genève ; Mme Raya Stephan, consultante et spécialiste du droit de l'eau ; et Mme Mara Tignino, maître d'enseignement et de recherche à l'Université de Genève. Ils ont également assisté à la conférence annuelle LALIVE Lecture, à l'invitation de l'Institut de hautes études internationales et du développement. La conférence sur le thème « Choisir entre arbitrage et règlement par un tribunal permanent − Les leçons des affaires inter-États » a été donnée par Sir Michael Wood. Les participants au Séminaire ont également visité le Musée international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, et le musée « À la découverte des TIC » de l'Union internationale des télécommunications. Ils se sont également rendus à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et ont assisté à un exposé sur « Le règlement des différends par l'OMC et le droit international public », présenté par M. Juan Pablo Moya Hoyos et M. Geraldo Vidigal, de la Division des affaires juridiques de l'OMC.

360. Deux groupes de travail ont été constitués pour le Séminaire, l'un sur « L'identification de nouveaux sujets pour la Commission du droit international » et l'autre sur « Les conséquences du *jus cogens* en droit des traités outre la nullité », et tous les participants au Séminaire ont été affectés à l'un ou l'autre groupe. Deux membres de la Commission, M. Mathias Forteau et M. Dire D. Tladi, ont supervisé les groupes de travail et leur donné des orientations. Chaque groupe a établi un rapport et présenté ses conclusions au cours de la dernière séance de travail du Séminaire. Les rapports ont été synthétisés et distribués à tous les participants ainsi qu'aux membres de la Commission.

361. La République et canton de Genève a offert son hospitalité traditionnelle aux participants à l'hôtel de ville de Genève, avec une visite guidée de la salle de l'Alabama et une réception.

362. Le Président de la Commission, le Directeur du Séminaire de droit international et M. Humberto Cantú Rivera, au nom des participants au Séminaire, ont pris la parole devant la Commission à la cérémonie de clôture. Chaque participant a reçu un diplôme.

363. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que, depuis 2014, les Gouvernements de l'Argentine, de l'Autriche, du Brésil, de la Chine, de la Finlande, de l'Inde, de l'Irlande, du Mexique, du Royaume-Uni et de la Suisse avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international. Le Circolo di diritto internazionale di Roma, association privée de promotion du droit international sise à Rome, a également contribué au Séminaire. Bien que la crise financière de ces dernières années ait eu de sérieuses répercussions sur les finances du Séminaire, la situation du Fonds a continué de permettre d'accorder un nombre suffisant de bourses d'études à des candidats méritants, originaires en particulier de pays en développement, pour parvenir à une répartition géographique équitable des participants. Cette année, 11 bourses (8 couvrant les frais de voyage et de séjour, 2 couvrant uniquement les frais de séjour et une couvrant uniquement les frais de voyage) ont été accordées.

364. Depuis la création du Séminaire en 1965, 1 185 personnes, représentant 171 nationalités, ont pris part au Séminaire ; 724 d'entre elles ont bénéficié d'une bourse.

365. La Commission souligne l'importance qu'elle attache au Séminaire, qui donne à de jeunes juristes, originaires notamment de pays en développement, la possibilité de se familiariser avec ses travaux et les activités des nombreuses organisations internationales sises à Genève. Elle recommande à l'Assemblée générale d'inviter à nouveau les États à verser des contributions volontaires afin d'assurer au Séminaire de 2017 la plus large participation possible.

ANNEXE I

LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX AUXQUELS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES SONT PARTIES

(Sir Michael Wood)

A. Introduction

1. Le projet d'examen du thème susmentionné est inspiré de travaux antérieurs de la Commission. On se souviendra qu'en 2011 la Commission avait adopté en seconde lecture le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales[1], dont l'Assemblée générale a pris note[2]. En 2002 déjà, le Groupe de travail sur la responsabilité des organisations internationales de la Commission avait mentionné « le sentiment largement répandu qu'il [était] nécessaire d'améliorer les méthodes de règlement des différends » faisant intervenir la responsabilité des organisations internationales[3]. En 2010 et en 2011, la Commission a tenu un débat général sur le règlement pacifique des différends, au cours duquel diverses propositions de futurs sujets d'examen ont été étudiées[4].

2. Le sujet proposé serait limité au règlement des différends auxquels des organisations internationales sont parties[5]. Il couvrirait donc les différends entre des organisations internationales et des États (membres et non membres) et les différends entre organisations internationales. Les différends auxquels des organisations internationales ne sont pas parties, mais par lesquels elles sont concernées d'une autre manière, ne seraient pas couverts. Les différends réglés sous les auspices d'une organisation internationale (par exemple, ceux réglés par l'intermédiaire de l'Organisation des Nations Unies au moyen de mesures prises en vertu du Chapitre VI de la Charte des Nations Unies) seraient donc exclus, de même que les différends dans lesquels une organisation internationale a un simple intérêt, tels les différends entre États membres à propos de l'interprétation de l'acte constitutif de l'organisation[6].

3. Le présent document est principalement axé sur les différends de caractère international, c'est-à-dire les différends qui naissent d'une relation régie par le droit international. Il ne traite pas des différends mettant en cause le personnel d'organisations internationales (qui relèvent du « droit administratif international »), ni des questions découlant de l'immunité des organisations internationales. Il devra être ultérieurement décidé si certains différends de droit privé, comme ceux découlant d'un contrat ou d'un fait dommageable commis par ou contre une organisation internationale, pourraient aussi être couverts[7].

4. La forme à donner au résultat d'un éventuel examen de cette matière est une question qui mériterait un examen approfondi. La Commission pourrait notamment formuler des propositions visant à développer les procédures existantes ou à élaborer de nouvelles procédures en matière de règlement des différends auxquels des organisations internationales sont parties, ou encore à établir des clauses types à inclure dans les instruments ou traités pertinents. Elle pourrait également décider d'examiner la Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux, de 1982[8], afin de déterminer dans quelle mesure ses dispositions pourraient s'appliquer aux organisations internationales.

---

[1] *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 37, par. 80 à 84.

[2] Résolution 66/100 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011, annexe.

[3] *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 100, par. 486.

[4] Voir les comptes rendus analytiques de la 3070e séance de la Commission, tenue le 29 juillet 2010 (*Annuaire… 2010*, vol. I, p. 273 à 281), et des 3095e et 3096e séances, tenues les 31 mai et 1er juin 2011 (*Annuaire… 2011*, vol. I, p. 130 à 142). En 2010, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat sur les clauses de règlement des différends [*Annuaire… 2010*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/623] et en 2011, elle a examiné un document de travail établi par Sir Michael Wood sur le règlement pacifique des différends [*Annuaire… 2011*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/641].

[5] Le terme « organisation internationale » doit s'entendre tel qu'il a été défini dans les articles sur la responsabilité des organisations internationales (art. 2 *a*) : « l'expression "organisation internationale" s'entend de toute organisation instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre. Outre des États, une organisation internationale peut comprendre parmi ses membres des entités autres que des États » [*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 38].

[6] Voir, par exemple, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1972*, p. 46, à la page 60, par. 26, dans lequel la Cour internationale de Justice a fait observer ce qui suit : « L'affaire est présentée à la Cour comme un différend ordinaire entre États, et trouve en effet son origine dans un tel différend. Pourtant, dans la procédure devant la Cour, c'est l'acte d'un organisme tiers, le Conseil de l'OACI, que l'une des parties attaque et que l'autre défend. »

[7] Le règlement de différends portant sur de telles questions doit tenir compte des immunités dont jouissent les organisations internationales, ainsi que de l'obligation faite à ces dernières, dans le cadre de certains traités, de prévoir des modalités appropriées de règlement. Il est très courant que le règlement de tels cas relève de procédures spéciales, notamment l'arbitrage. Le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe (CAHDI) a inscrit à son ordre du jour une question intitulée « Règlement des différends de droit privé auxquels une organisation internationale est partie » [voir le rapport sur les travaux de la cinquantième réunion du CAHDI, tenue à Strasbourg les 24 et 25 septembre 2015, document CAHDI (2015) 23, par. 23 à 29]. Le CAHDI a adressé un questionnaire aux États pour recueillir leurs commentaires, mais ceux-ci n'ont pas encore été publiés [document CAHDI (2016) 9 prov.].

[8] Résolution 37/10 de l'Assemblée générale en date du 15 novembre 1982, annexe.

B. Questions susceptibles d'être examinées dans le cadre du sujet proposé

5. Un certain nombre de difficultés communes sautent aux yeux en ce qui concerne le règlement des différends internationaux auxquels des organisations internationales sont parties. Ces difficultés tiennent au fait que les organisations internationales ont un *accès* restreint aux mécanismes traditionnels de règlement des différends internationaux et que des obstacles s'opposent à la *recevabilité* des réclamations présentées par et contre elles. Par ailleurs, l'élargissement aux organisations internationales de l'accès aux mécanismes traditionnels de règlement des différends interétatiques soulève des questions de principe, ces organisations n'étant pas des États.

6. *Accès*. Divers obstacles empêchent les différends auxquels des organisations internationales sont parties d'être portés devant les mécanismes de règlement des différends mis à la disposition des États[9]. Quoi qu'elles puissent plaider devant des juridictions spécialisées permanentes, les organisations internationales ne peuvent clairement pas ester devant la Cour internationale de Justice. Si l'arbitrage est une possibilité, les exemples de pratique susceptibles d'orienter une éventuelle procédure sont peu nombreux et les organisations internationales sont rarement liées par les clauses attributives de compétence. Le règlement par des voies autres que juridiques, notamment la médiation, la conciliation et l'enquête, est une possibilité, mais, à la différence des États, les organisations internationales appartiennent rarement à des institutions susceptibles de faciliter le recours à de telles méthodes. Les États Membres de l'Organisation des Nations Unies ou d'une organisation régionale peuvent, par exemple, porter leurs différends devant une instance politique en vue de les régler au moyen de consultations et de mécanismes politiques multilatéraux tels que des missions d'établissement des faits. Compte tenu des difficultés d'accès à des dispositifs de règlement tiers, les différends auxquels des organisations internationales sont parties sont principalement réglés par voie de négociation ou au moyen de mécanismes internes à l'organisation concernée.

7. *Recevabilité*. Les obstacles à la recevabilité des réclamations présentées par ou contre une organisation internationale ont surtout trait au droit à la protection diplomatique et à la condition d'épuisement des recours internes qui y est associée. Les organisations internationales peuvent-elles, par exemple, affirmer les droits de leurs agents de la même manière qu'un État peut affirmer les droits de ses ressortissants ? Et la condition d'épuisement des recours internes s'applique-t-elle lorsqu'un État affirme le droit de l'un de ses ressortissants contre une organisation internationale ?

1. La Cour internationale de Justice et les autres juridictions permanentes

8. Le paragraphe 1 de l'Article 34 du Statut de la Cour internationale de Justice pose que seuls les États peuvent se présenter devant la Cour[10]. Bien que les paragraphes 2 et 3 prévoient un certain degré de coopération entre la Cour et les « organisations internationales publiques »[11], ces organisations ne peuvent pas ester devant la Cour. L'Organisation des Nations Unies et les institutions spécialisées qui ont reçu une autorisation à cet effet peuvent néanmoins solliciter des avis consultatifs sur des questions juridiques[12].

9. Compte tenu des limites imposées par le Statut, deux moyens ont été employés pour pouvoir faire intervenir la Cour dans le règlement de différends internationaux auxquels des organisations internationales sont parties : les demandes d'avis consultatifs dits « contraignants » et les propositions de révision du Statut.

10. Bien que les avis consultatifs ne soient pas en eux-mêmes contraignants, certains accords prévoient qu'ils peuvent être utilisés pour régler un différend de manière « décisive ». C'est le cas, par exemple, de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, de 1946, qui dispose ceci :

> Si un différend surgit entre l'Organisation des Nations Unies, d'une part, et un Membre, d'autre part, un avis consultatif sur tout point de droit soulevé, sera demandé en conformité de l'Article 96 de la Charte et de l'Article 65 du Statut de la Cour. L'avis de la Cour sera accepté par les parties comme décisif[13].

---

[9] En principe, n'est pas contesté le fait que les mécanismes de règlement pacifique des différends sont ouverts aux organisations internationales (voir *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174, où la Cour aborde, entre autres, la question de la qualité des Nations Unies pour présenter des réclamations internationales contre des États). Ces mécanismes consistent notamment pour les parties à rechercher une solution par voie « de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix » (Article 33 de la Charte des Nations Unies). Voir aussi F. Dopagne, « Les différends opposant l'organisation internationale à un État ou une autre organisation internationale », dans E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir. publ.), *Droit des organisations internationales*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2013, p. 1101 à 1120, à la page 1109.

[10] « Seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour. »

[11] « 2. La Cour, dans les conditions prescrites par son Règlement, pourra demander aux organisations internationales publiques des renseignements relatifs aux affaires portées devant elle, et recevra également lesdits renseignements qui lui seraient présentés par ces organisations de leur propre initiative. 3. Lorsque l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale publique ou celle d'une convention internationale adoptée en vertu de cet acte est mise en question dans une affaire soumise à la Cour, le Greffier en avise cette organisation et lui communique toute la procédure écrite. » Voir également les paragraphes 2 et 3 de l'article 43 du Règlement de la Cour, qui ont été ajoutés en 2005.

[12] Article 96 de la Charte des Nations Unies. Les institutions spécialisées, lorsqu'elles ont reçu une autorisation à cet effet, ont uniquement le droit de demander des avis consultatifs sur des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité.

[13] Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, art. VIII, sect. 30. Voir aussi, par exemple, Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, art. IX, sect. 32 ; Accord sur les privilèges et immunités de l'Agence internationale de l'énergie atomique, art. X, sect. 34 ; Convention entre le Gouvernement chilien et la Commission économique des Nations Unies pour l'Amérique latine relative au fonctionnement du siège de la Commission au Chili, faite à Santiago le 16 février 1953, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 314, n° 4541, p. 49, art. XI, sect. 21 ; Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement thaïlandais relatif au siège de la Commission économique pour l'Asie et l'Extrême-Orient en Thaïlande, fait à Genève le 26 mai 1954, ibid., vol. 260, n° 3703, p. 35, art. XIII, sect. 26 ; tous cités dans J. Sztucki, « International organizations as parties to contentious proceedings before the International Court of Justice? », dans A. S. Muller *et al.* (dir. publ.), *The International Court of Justice: Its Future Role after Fifty Years*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, p. 141 à 167, aux pages 148 et 149, notes 24 et 25.

11. L'Accord de Siège conclu entre l'Organisation des Nations Unies et les États-Unis d'Amérique prévoit une procédure d'arbitrage contraignant comparable en ce que l'une ou l'autre partie peut prier l'Assemblée générale de demander un avis consultatif sur toute question juridique qui viendrait à être soulevée au cours de la procédure arbitrale, avis dont le tribunal arbitral doit « ten[ir] compte » dans sa décision définitive[14].

12. Recourir à la compétence consultative de la Cour pour trancher des affaires qui sont en réalité de nature contentieuse présente toutefois d'évidentes difficultés. Les détracteurs du recours à l'avis consultatif contraignant considèrent celui-ci comme un médiocre substitut à un accès direct à la Cour par les organisations internationales. En outre, les règles juridictionnelles applicables aux procédures consultatives sont trop laxistes. Néanmoins, elles sont aussi trop restrictives à certains égards, le résultant étant que les parties n'ont pas accès à ces procédures en toute égalité et que certains différends sont réglés en priorité par rapport à d'autres.

13. Ces conséquences regrettables résultent toutes deux du fait que seules l'Organisation des Nations Unies et les institutions spécialisées du système des Nations Unies peuvent solliciter un avis consultatif de la Cour[15]. Ainsi, en cas de différend entre un organe ou une institution du système des Nations Unies et un État, seul l'organe ou l'institution pourra saisir la Cour. Naturellement, lorsque la procédure consultative résulte d'une obligation conventionnelle, l'Organisation des Nations Unies ou l'institution spécialisée est tenue de s'y soumettre. Toutefois, même dans ce cas, la relation entre les parties est déséquilibrée puisque « la question à porter devant la Cour est formulée par l'organe concerné et l'État Membre [ou l'autre partie] n'a aucun contrôle sur la rédaction de la requête[16] ».

14. Dans le même ordre d'idées, le fait que seules l'Organisation des Nations Unies et les institutions spécialisées des Nations Unies autorisées puissent demander un avis consultatif signifie que le recours aux procédures consultatives pour régler les différends auxquels des organisations internationales sont parties est essentiellement limité à l'Organisation et à ces institutions. Les autres parties à un différend peuvent certes saisir l'Assemblée générale ou un autre organe autorisé à demander un avis, mais rien ne leur garantit qu'elles obtiendront gain de cause ni que l'avis demandé, le cas échéant, le sera sous la forme souhaitée[17]. Comme la Commission elle-même l'a précédemment fait observer, un avis consultatif ainsi obtenu présenterait un caractère « imparfait » et « aléatoire », et la procédure « comporter[ait] trop d'aléas pour attacher à [cet avis] un caractère obligatoire »[18].

15. Compte tenu du fait que la Cour a des moyens limités pour ce qui est de régler les différends auxquels des organisations internationales sont parties[19], de nombreuses propositions de modification du Statut ont été formulées au fil des ans. En 1970, l'Assemblée générale a examiné un thème intitulé « Examen du rôle de la Cour internationale de Justice », à la suite de quoi a été diffusé un

[14] Accord entre l'Organisation des Nations Unies et les États-Unis d'Amérique relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies, fait à Lake Success (New York, États-Unis) le 26 juin 1947, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 11, nº 147, p. 11, art. VIII, sect. 21 :

« *a*) Tout différend entre l'Organisation des Nations Unies et les États-Unis au sujet de l'interprétation ou de l'application du présent accord ou de tout accord additionnel sera, s'il n'est pas réglé par voie de négociations ou par tout autre mode de règlement agréé par les parties, soumis aux fins de décision définitive à un tribunal composé de trois arbitres, dont l'un sera désigné par le Secrétaire général, l'autre par le Secrétaire d'État des États-Unis, et le troisième choisi par les deux autres, ou, à défaut d'accord entre eux sur ce choix, par le Président de la Cour internationale de Justice.

« *b*) Le Secrétaire général ou les États-Unis pourront prier l'Assemblée générale de demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique qui viendrait à être soulevée au cours de ladite procédure. En attendant l'avis de la Cour, les deux parties se conformeront à une décision intérimaire du tribunal arbitral. Par la suite, celui-ci rendra une décision définitive en tenant compte de l'avis de la Cour. »

Voir aussi l'article VII, section 31, de l'Accord entre l'Organisation de l'aviation civile internationale et le Gouvernement du Canada relatif au siège de l'Organisation de l'aviation civile internationale, fait à Montréal le 14 avril 1951, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 96, nº 1335, p. 155.

[15] L'Article 65 du Statut de la Cour internationale de Justice renvoie à l'Article 96 de la Charte des Nations Unies : « 1. L'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique. 2. Tous autres organes de l'Organisation et institutions spécialisées qui peuvent, à un moment quelconque, recevoir de l'Assemblée générale une autorisation à cet effet ont également le droit de demander à la Cour des avis consultatifs sur des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité. » Les organes autorisés sont notamment le Conseil économique et social, le Conseil de tutelle et la Commission intérimaire de l'Assemblée générale. Les institutions spécialisées autorisées sont notamment l'Organisation internationale du Travail ; l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture ; l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture ; l'Organisation mondiale de la Santé ; la Banque internationale pour la reconstruction et le développement ; la Société financière internationale ; l'Association internationale de développement ; le Fonds monétaire international ; l'Organisation de l'aviation civile internationale ; l'Union internationale des télécommunications ; le Fonds international de développement agricole ; l'Organisation météorologique mondiale ; l'Organisation maritime internationale ; l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ; et l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel. L'Agence internationale de l'énergie atomique a également été autorisée à demander des avis consultatifs, bien qu'elle ne soit pas une institution spécialisée du système des Nations Unies. Voir Cour internationale de Justice, « Organes et institutions autorisés à demander un avis consultatif », disponible à l'adresse suivante : www.icj-cij.org/fr/organes-institutions-autorises.

[16] K. Wellens, *Remedies against International Organisations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 233. Voir aussi *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 62, à la page 81, par. 36.

[17] À cet égard, voir la clause complexe de règlement des différends figurant à l'article 66, paragraphe 2, de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, de 1986.

[18] *Annuaire… 1980*, vol. II (2e partie), p. 85 et 86, commentaire de l'article 66 du projet d'articles sur les traités conclus entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales adopté par la Commission à sa trente-deuxième session, par. 9 à 11 ; voir aussi *Annuaire… 1982*, vol. II (2e partie), p. 67, commentaire de l'article 66 du projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales dans sa version finale adoptée par la Commission à ses trente-troisième et trente-quatrième sessions, par. 4 à 6. Ainsi qu'il ressort de la note précédente, les États ont rejeté les recommandations tendant à exclure les procédures consultatives de la clause de règlement des différends figurant dans ce qui est devenu la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

[19] Des considérations d'économie judiciaire ont aussi été avancées après que la République fédérale de Yougoslavie a dû présenter des requêtes distinctes contre tous les membres de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN), plutôt qu'une requête unique contre l'OTAN, dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*.

questionnaire portant notamment sur la question de savoir s'il fallait « donner aux organisations intergouvernementales la possibilité d'ester devant la Cour ». Des 31 États qui ont répondu (on comptait alors 130 parties au Statut), 15 étaient favorables à cette mesure (l'Argentine, l'Autriche, le Canada, Chypre, le Danemark, les États-Unis d'Amérique, la Finlande, le Guatemala, l'Iraq, Madagascar, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la Suède et la Suisse) et un y était opposé (la France)[20]. Entre 1997 et 1999, le Comité spécial de la Charte des Nations Unies et du raffermissement du rôle de l'Organisation a examiné des propositions du Guatemala[21] et du Costa Rica[22] tendant à donner qualité aux organisations internationales pour ester devant la Cour. La proposition du Guatemala a été retirée en 1999, « son acceptation dans un avenir prévisible paraissant extrêmement improbable[23] ».

16. Indépendamment des difficultés politiques liées à une éventuelle modification du Statut, les différentes propositions ont mis en évidence les questions de compétence *ratione personae* et *ratione materiae* qu'il conviendra de régler dans le cadre de toute révision du Statut visant à donner qualité aux organisations internationales pour se présenter devant la Cour.

17. Contrairement à la Cour internationale de Justice, d'autres juridictions permanentes créées en vertu de traités particuliers permettent aux organisations internationales parties au traité en question de se présenter devant elles. Tel est le cas, par exemple, du Tribunal international du droit de la mer, créé par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982[24], ainsi que de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce.

2. Arbitrage international

18. L'arbitrage peut être un bon moyen de régler les différends internationaux auxquels des organisations internationales sont parties. Outre qu'il permet d'éviter le problème de la qualité pour ester qui se pose devant la Cour internationale de Justice, c'est un mécanisme souple qui, en cas de nécessité, peut garantir la confidentialité.

19. Les précédentes initiatives visant à encourager le recours à l'arbitrage pour régler des différends auxquels des organisations internationales sont parties remontent à la résolution sur l'arbitrage international adoptée en 1966 par l'Association de droit international, dans laquelle celle-ci

> *[a]ppelle l'attention* de tous les États sur l'existence de tribunaux arbitraux internationaux pour le règlement de divers différends internationaux, notamment : *a*) les différends internationaux qui ne peuvent être soumis à la Cour internationale de Justice […] ; *c*) les différends entre États et organisations internationales […][25].

20. Dans le même ordre d'idées, en 1992, le Groupe de travail sur la Décennie des Nations Unies pour le droit international de la Sixième Commission a examiné une proposition « tendant à ce qu'il soit recouru davantage à la Cour permanente d'arbitrage pour le règlement des différends entre États et entre États et organisations internationales[26] ». La principale question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure les organisations internationales sont ou peuvent être tenues de soumettre leurs différends avec des États ou d'autres organisations internationales à l'arbitrage. Contrairement aux États, les organisations internationales ne peuvent actuellement adhérer à aucun traité général prévoyant l'obligation de recourir à l'arbitrage pour régler les différends. Certes, l'arbitrage est prévu dans plusieurs accords bilatéraux, mais ni les clauses y relatives contenues dans les accords internationaux auxquels une organisation internationale est partie, ni les arbitrages effectués en vertu de telles clauses n'ont jamais fait l'objet d'une étude. À ce jour, seules quatre procédures d'arbitrage entre une organisation internationale et un État semblent être du domaine public[27].

21. Se pose également la question du libellé des clauses d'arbitrage. La pratique actuelle consiste à adopter une clause formulée selon le modèle suivant :

> Tout différend entre les Parties découlant du présent Accord ou s'y rapportant qui n'est pas réglé par voie de négociation ou par tout autre mode convenu de règlement sera soumis, à la demande de l'une des Parties, à un tribunal de trois arbitres. Chaque Partie désignera un arbitre, et les deux arbitres ainsi désignés choisiront eux-mêmes un troisième arbitre, qui assumera les fonctions de président du tribunal. Si, dans les 30 jours suivant la demande d'arbitrage, l'une des Parties n'a pas désigné son arbitre ou si, dans les 15 jours suivant la désignation des deux arbitres, le troisième arbitre n'a pas été désigné, l'une des Parties pourra demander au Président de la Cour internationale de Justice de procéder à la désignation. Le tribunal déterminera lui-même ses procédures, étant entendu que le quorum sera à toutes fins constitué par deux des arbitres et que toutes les décisions nécessiteront l'approbation des deux arbitres. Les dépenses du tribunal, telles qu'il les aura

---

[20] Rapport du Secrétaire général sur l'examen du rôle de la Cour internationale de Justice (A/8382), question III *a*, par. 5 et 200 à 224. Voir aussi A/8382/Add.1, p. 6 ; A/8382/Add.3, p. 4 ; et A/8382/Add.4, p. 3.

[21] A/AC.182/L.95/Rev.1.

[22] A/AC.182/L.97.

[23] Voir Wellens (note 16 *supra*), p. 237 et 238 ; voir également P. Couvreur, « Développements récents concernant l'accès des organisations intergouvernementales à la procédure contentieuse devant la Cour internationale de Justice », dans E. Yakpo et T. Boumedra (dir. publ.), *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 293 à 323, aux pages 302 à 322.

[24] Voir l'annexe IX de la Convention de 1982, dont l'article 7 prévoit le cas où une organisation internationale et un ou plusieurs de ses États membres font cause commune. L'Union européenne a été partie à une affaire devant le Tribunal international du droit de la mer : affaire n° 7, *Affaire concernant la conservation et l'exploitation durable des stocks d'espadon dans l'océan Pacifique Sud-Est (Chili/Union européenne)*.

[25] Association de droit international, « Charter of the United Nations (International Arbitration) », *Report of the Fifty-Second Conference*, Helsinki, 14-20 août 1966, p. xii, par. 1.

[26] A/C.6/47/L.12, par. 15.

[27] *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, sentence du 14 janvier 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente : E/F.05.V.5), p. 231 à 266 ; et *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 juin 1990, *International Law Reports*, vol. 105 (1997), p. 1 à 74. Une autre affaire récente, *District Municipality of La Punta (Peru) v. United Nations Office for Project Services (UNOPS)* [affaire n° 2014-38 de la Cour permanente d'arbitrage, disponible à l'adresse suivante : https://pcacases.com/web/view/109], s'est conclue sans le prononcé d'une sentence ; l'arbitrage relatif au hareng atlanto-scandien [*The Atlanto-Scandian Herring Arbitration (The Kingdom of Denmark in respect of the Faroe Islands v. The European Union)*, affaire n° 2013-30 de la Cour permanente d'arbitrage disponible à l'adresse suivante : https://pcacases.com/web/view/25], engagée en application de la partie XV de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, s'est elle aussi conclue sans le prononcé d'une sentence.

estimées, seront prises en charge par les Parties. La sentence arbitrale contiendra une déclaration des raisons sur lesquelles elle est fondée et sera définitive et contraignante pour les Parties[28].

22. La procédure pourrait également susciter des questions. Toutefois, les règles de l'arbitrage sont dans une large mesure déjà définies dans le Règlement facultatif d'arbitrage pour les organisations internationales et les États, adopté par la Cour permanente d'arbitrage en 1996. Étant donné que ce règlement vise à « refléter les aspects de droit international public que présentent les différends intéressant les États et organisations internationales ainsi que la pratique diplomatique appropriée à ce genre de différends[29] », il n'y aurait guère d'intérêt à ce que la Commission révise les règles types applicables aux procédures arbitrales adoptées en 1958[30] pour les adapter aux différends intéressant une organisation internationale.

3. Mécanismes non juridiques

23. Compte tenu de l'intérêt qu'elle porte au règlement des différends, dans son rapport final sur la responsabilité des organisations internationales, l'Association de droit international appelle l'attention sur le « potentiel préventif » du « recours, par les organisations internationales, à des mécanismes informels »[31]. Ses recommandations sont donc avant tout axées sur la création de mécanismes permanents internes aux organisations internationales, par exemple des bureaux de médiation et des organes tel le Panel d'inspection de la Banque mondiale[32]. Aux fins de la présente étude, cependant, de tels mécanismes ne sont susceptibles de présenter un intérêt que dans le cas où un État exerce la protection diplomatique au bénéfice de ses ressortissants (à ce sujet, voir la section suivante).

24. Si les travaux de la Commission sont axés sur le règlement des différends relevant du droit international, les mécanismes non juridiques pertinents seront principalement des mécanismes de règlement par tierce partie, comme l'enquête[33], la médiation et la conciliation. La Commission pourrait étudier les moyens d'encourager le recours à de tels mécanismes. Bien que leur forme ne soit pas juridique, ceux-ci peuvent en effet jouer un rôle important dans le règlement de différends juridiques.

4. Recevabilité des griefs : protection fonctionnelle

25. L'accès aux mécanismes de règlement des différends a été traité dans les sections précédentes. Il convient à présent de noter que, même lorsque les organisations internationales ont accès à ces mécanismes, l'applicabilité des règles coutumières relatives à la recevabilité des réclamations en ce qui les concerne fera probablement débat. La question de savoir s'il est possible de transposer les règles coutumières relatives à la protection diplomatique et à l'épuisement des recours internes est particulièrement problématique[34].

26. D'après l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, une organisation internationale a qualité « pour exercer, dans une certaine mesure, une protection fonctionnelle de ses agents[35] », plus ou moins de la même manière qu'un État a le droit d'exercer la protection diplomatique au bénéfice de ses ressortissants. Cela a conduit certains à avancer que la condition d'épuisement des recours internes[36] s'appliquait dans le contexte de la « protection fonctionnelle » comme dans celui de la protection diplomatique[37].

---

[28] Accord entre le Gouvernement de la République arabe d'Égypte et le Programme des Nations Unies pour le développement relatif à la création du Centre régional du PNUD pour les États arabes au Caire (Égypte), fait à New York le 29 juillet 2010, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2790, nº 49092, p. 157, art. XXV, sect. 32. Entre autres accords récents comportant des clauses de ce type, on peut citer l'accord de 2010 concernant l'établissement d'une agence du Bureau des Nations Unies pour la prévention des catastrophes à Incheon ; l'accord conclu entre le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et l'Égypte ; l'Accord entre le Gouvernement de la Malaisie et le Programme des Nations Unies pour le développement concernant l'établissement du Centre mondial de services partagés du PNUD, fait à Kuala Lumpur le 24 octobre 2011, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2794, nº 49154, p. 67. Pour des clauses d'arbitrage antérieures, voir, par exemple, l'article VIII, section 21, alinéa *a* de l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et les États-Unis d'Amérique relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies (note 14 *supra*). Pour une analyse de l'obligation de recourir à l'arbitrage en vertu de ces clauses, voir *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1988*, p. 12 ; et *Interprétation des traités de paix*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 65, à la page 77.

[29] Cour permanente d'arbitrage, *Règlement facultatif d'arbitrage pour les organisations internationales et les États* (1996), introduction.

[30] *Annuaire… 1958*, vol. II, document A/3859, p. 86 à 90, par. 22.

[31] Association de droit international (Shaw et Wellens, Corapporteurs), « Final report on accountability of international organisations », *Report of the Seventy-first Conference*, Berlin, 16-21 août 2004, p. 164 à 234, à la page 224.

[32] Ibid., aux pages 223 et 224, recommandations 2 à 5.

[33] L'Association de droit international recommande qu'une organisation internationale puisse « envisager la création d'une commission d'enquête internationale sur toute question qui est devenue un sujet de grave préoccupation publique » (ibid., à la page 224, recommandation 6). Elle cite en particulier le rapport de la Commission indépendante d'enquête sur les actions de l'Organisation des Nations Unies lors du génocide de 1994 au Rwanda (S/1999/1257, annexe) et le rapport présenté par le Secrétaire général en application de la résolution 53/35 de l'Assemblée générale sur la chute de Srebrenica (A/54/549) [ibid., à la page 226].

[34] La pratique antérieure à 1967 a été brièvement examinée dans l'étude préparée par le Secrétariat sur la pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies, les institutions spécialisées et l'Agence internationale de l'énergie atomique en ce qui concerne leur statut juridique, leurs privilèges et leurs immunités, *Annuaire… 1967*, vol. II, document A/CN.4/L.118 et Add.1 et 2, p. 239 à 242, par. 49 à 56 (pour ce qui concerne l'Organisation des Nations Unies), et p. 335, par. 23 (pour ce qui concerne les institutions spécialisées).

[35] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif (voir *supra* la note 9), à la page 184. L'article premier des articles sur la protection diplomatique adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session, en 2006, définit la protection diplomatique comme « l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité » [résolution 62/67 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, annexe ; pour consulter les commentaires y relatifs, voir *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 24 et suiv., par. 50].

[36] Les articles 14 et 15 des articles sur la protection diplomatique (voir *supra* la note 35) définissent la portée de la règle de l'épuisement des recours internes dans le contexte de la protection diplomatique.

[37] Voir C. Eagleton, « International organization and the law of responsibility », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1950*, vol. 76, p. 319 et suiv., aux pages 351 et 352 ; Dopagne (note 9 *supra*), à la page 1108 ; et A. A. Cançado Trindade, « Exhaustion of local remedies and the law of international organizations », *Revue de*

(Suite de la note page suivante.)

27. Il ressort toutefois d'un examen plus attentif que cette comparaison n'est pas nécessairement juste. Le raisonnement suivi par la Cour dans son avis consultatif relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* est en effet très différent de celui qui sous-tend la notion de protection diplomatique. La protection diplomatique découle du « droit [que l'État] a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international[38] ». Il s'agit d'un droit de caractère général qui appartient à l'État et découle du lien de nationalité. La protection fonctionnelle, quant à elle, participe d'un pouvoir implicitement accordé à l'organisation pour lui permettre d'exercer ses fonctions[39]. Il s'agit donc d'un pouvoir limité qui ne s'étend pas au-delà de ce qui est nécessaire pour permettre à l'agent de s'acquitter comme il se doit de ses fonctions.

28. Une autre question qui se pose à propos de l'exercice de la protection fonctionnelle par une organisation internationale est celle de savoir si cette protection peut être invoquée pour présenter une réclamation contre l'État de nationalité d'un membre du personnel[40]. La distinction existant entre la protection diplomatique, résultant de la nationalité, et la protection fonctionnelle, résultant de considérations fonctionnelles, pourrait conduire à répondre par l'affirmative[41]. À ce propos, il convient de rappeler que les avis consultatifs relatifs aux affaires du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* et de l'*Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies* concernaient tous deux des différends entre l'Organisation des Nations Unies et l'État de nationalité des agents concernés[42].

29. D'autres problèmes se présentent lorsque l'action de protection diplomatique est exercée à l'égard d'une organisation internationale. En principe, cette action devrait être soumise *mutatis mutandis* à la condition d'épuisement des recours internes ; auquel cas il serait plus approprié de parler, en anglais, d'*internal remedies* que de *local remedies*[43]. Dans une résolution de 1971, l'Institut de droit international a toutefois laissé entendre que cette condition ne s'appliquait pas dans le contexte de l'exercice de la protection diplomatique contre une organisation internationale[44]. D'aucuns ont en outre soutenu que la règle de l'épuisement n'était pas applicable car elle découlait du « lien juridictionnel entre la personne et l'État défendeur[45] ». Les accords de règlement conclus en 1965 et 1966 entre l'Organisation des Nations Unies et la Belgique, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg et la Suisse illustrent l'exercice par des États de leur droit de protection diplomatique. Conformément à ces accords, l'Organisation acceptait de verser des indemnités pour les dommages causés aux ressortissants des États concernés par ses opérations au Congo[46].

(Suite de la note 37.)

droit international, de sciences diplomatiques et politiques, vol. 57, nº 2 (1979), p. 81 à 123, aux pages 82 et 83. Eagleton va jusqu'à affirmer que la règle de l'épuisement des recours internes s'applique à toute réclamation faite par l'Organisation des Nations Unies, même lorsque celle-ci « invoque un préjudice infligé par un État à l'Organisation » (p. 352). Cela résulte de l'idée erronée que la règle de l'épuisement des recours s'applique aussi en cas de dommages infligés directement à un État étranger, et non seulement lorsqu'un État exerce sa protection diplomatique au bénéfice d'un ressortissant. Amerasinghe note à juste titre que, comme dans le cas des dommages infligés directement à des États, « la règle de l'épuisement des recours internes ne s'appliquerait pas lorsqu'un préjudice a été directement causé à l'organisation » (C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 482).

[38] *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 2014, *C.P.J.I. série A, nº 2*, p. 12.

[39] Voir *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif (note 9 *supra*), aux pages 181 à 184.

[40] Voir l'article 7 des articles sur la protection diplomatique (note 35 *supra*) : « Un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne a également la nationalité, à moins que la nationalité prépondérante de celle-ci soit celle du premier État en question tant à la date du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. »

[41] Voir Amerasinghe (note 37 *supra*), p. 487 et 488.

[42] *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif (note 16 *supra*) ; et *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 177.

[43] Voir J.-P. Ritter, « La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale », *Annuaire français de droit international*, vol. 8 (1962), p. 427 à 456, à la page 454.

[44] Institut de droit international (P. de Visscher, Rapporteur), résolution sur « Les conditions d'application des règles humanitaires relatives aux conflits armés aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées », art. 8 : « Il est également souhaitable que si de tels organismes ont été désignés ou institués par décision obligatoire des Nations Unies ou si la compétence d'organismes semblables a été acceptée par l'État dont la victime est un ressortissant, aucune réclamation ne puisse être introduite contre les Nations Unies par cet État avant épuisement préalable par la victime du recours qui lui aura ainsi été ouvert. »

[45] Amerasinghe (voir *supra* la note 37), p. 486.

[46] Échange de lettres constituant un accord entre l'Organisation des Nations Unies et la Belgique relatif au règlement de réclamations présentées contre l'Organisation des Nations Unies au Congo par des ressortissants belges, fait à New York le 20 février 1965, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 535, nº 7780, p. 197 ; Échange de lettres constituant un accord entre l'Organisation des Nations Unies et la Grèce relatif au règlement de réclamations présentées contre l'Organisation des Nations Unies au Congo par des ressortissants grecs, fait à New York le 20 juin 1966, ibid., vol. 565, nº 8230, p. 3 ; Échange de lettres constituant un accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement italien relatif au règlement de réclamations présentées par des ressortissants italiens contre l'Organisation des Nations Unies au Congo, fait à New York le 18 janvier 1967, ibid., vol. 588, nº 8525, p. 197 ; Échange de lettres constituant un accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Luxembourg relatif au règlement de réclamations présentées contre l'Organisation des Nations Unies au Congo par des ressortissants luxembourgeois, fait à New York le 28 décembre 1966, ibid., vol. 585, nº 8487, p. 147 ; et Échange de lettres constituant un accord entre l'Organisation des Nations Unies et la Suisse relatif au règlement de réclamations présentées contre l'Organisation des Nations Unies au Congo par des ressortissants suisses, fait à New York le 3 juin 1966, ibid., vol. 564, nº 621, p. 193. Voir aussi M. Guillaume, « La réparation des dommages causés par les contingents français en ex-Yougoslavie et en Albanie », *Annuaire français de droit international*, vol. 43 (1997), p. 151 à 166 ; et K. Schmalenbach, « Dispute Settlement (Article VIII Sections 29-30 General Convention) », dans A. Reinisch (dir. publ.), *The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and its Specialized Agencies: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 529 à 588, à la page 530.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

AGO, R., « Les avis consultatifs “obligatoires” de la Cour internationale de Justice : problèmes d'hier et d'aujourd'hui », dans D. Bardonnet *et al.* (dir. publ.), *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 9 à 24.

— « “Binding” advisory opinions of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, vol. 85, nº 3 (juillet 1991), p. 439 à 451, à la page 450.

AMERASINGHE, C. F., *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

— *Local Remedies in International Law*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

ARSANJANI, M. H., « Claims against international organizations: *Quis custodiet ipsos custodes* », *Yale Journal of World Public Order*, vol. 7 (1980-1981), p. 131 à 176.

ASSOCIATION DE DROIT INTERNATIONAL, « Resolutions: Charter of the United Nations (International Arbitration) », *Report of the Fifty-second Conference*, Helsinki, 14-20 août 1966, p. xii.

— (Shaw et Wellens, Corapporteurs), « Final report on accountability of international organisations », *Report of the Seventy-first Conference*, Berlin, 16-21 août 2004, p. 164 à 234.

— (Schwarzenberger, Rapporteur), « Resolutions: Review of the Charter of the United Nations », *Report of the Forty-seventh Conference*, Dubrovnik, 26 août-1er septembre 1956, p. viii et ix.

AUDÉOUD, O., « La Cour internationale de Justice et le règlement des différends au sein des organisations internationales », *Revue générale de droit international public*, vol. 81 (1977), p. 945 à 1006.

BACOT, G., « Réflexions sur les clauses qui rendent obligatoires les avis consultatifs de la C.P.I.J. et de la C.I.J. », *Revue générale de droit international public*, vol. 84 (1980), p. 1027 à 1067.

BEDJAOUI, M., discours du Président de la Cour internationale de Justice devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur les relations entre les institutions internationales et la Cour internationale de Justice : situation courante et perspectives, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Sixième Commission, 16e séance*, 24 octobre 1994 (A/C.6/49/SR.16), par. 3 à 16.

BELLIER, S., *Le recours à l'arbitrage par les organisations internationales*, Paris, L'Harmattan, 2011.

BINDSCHEDLER, D., « Le règlement des différends relatifs au statut d'un organisme international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1968*, vol. 124, p. 453 à 547.

BOISSON DE CHAZOURNES, L., « Advisory opinions and the furtherance of the common interest of humankind », dans L. Boisson de Chazournes *et al.* (dir. publ.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects*, New York, Transnational, 2002, p. 105 à 118.

BOWETT, D. W., « Letter to the Editor in Chief », *American Journal of International Law*, vol. 86, nº 2 (avril 1992), p. 342.

CAHIER, P., *Étude des accords de siège conclus entre les organisations internationales et les États où elles résident*, Milan, Giuffrè, 1959.

CANÇADO TRINDADE, A. A., « Exhaustion of local remedies and the law of international organizations », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 57, nº 2 (1979), p. 81 à 123.

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE, *Règlement facultatif d'arbitrage pour les organisations internationales et les États* (1996).

COUVREUR, P., « Développements récents concernant l'accès des organisations intergouvernementales à la procédure contentieuse devant la Cour internationale de Justice », dans E. Yakpo et T. Boumedra (dir. publ.), *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 293 à 323.

DÉPARTEMENT D'ÉTAT DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, « Study on widening access to the International Court of Justice », *International Legal Materials*, vol. 16 (1977), p. 187 à 206.

DOMINICÉ, C., « Request of advisory opinions in contentious cases? », dans L. Boisson de Chazournes *et al.* (dir. publ.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects*, New York, Transnational, 2002, p. 91 à 104.

— « Le règlement juridictionnel du contentieux externe des organisations internationales », dans D. Bardonnet *et al.* (dir. publ.), *Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 225 à 238.

DOPAGNE, F., « Les différends opposant l'organisation internationale à un État ou une autre organisation internationale », dans E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir. publ.), *Droit des organisations internationales*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2013, p. 1101 à 1120.

DUPUY, R.-J., « L'adaptation de la Cour internationale de Justice au monde d'aujourd'hui », *Revue belge de droit international*, 1966-1, p. 28 à 49.

EAGLETON, C., « International organization and the law of responsibility », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1950*, vol. 76, p. 319 et suiv.

FITZMAURICE, G., « Enlargement of the contentious jurisdiction of the Court », dans L. Gross (dir. publ.), *The Future of the International Court of Justice*, vol. II, New York, Oceana, 1976, p. 461 à 498.

— « The law and procedure of the International Court of Justice: international organizations and tribunals », *British Year Book of International Law 1952*, vol. 29, p. 1 à 62.

FURUKAWA, T., « Le double rôle de la Cour internationale de Justice à l'égard des organisations internationales : protection et contrôle », dans *Mélanges offerts à Paul Reuter ; le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 293 à 314.

GRAY, C. D., *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

GROSS, L., « The International Court of Justice: consideration of requirements for enhancing its role in the international legal order », dans L. Gross (dir. publ.), *The Future of the International Court of Justice*, New York, Oceana, 1976, p. 22 à 104.

GUILLAUME, M., « La réparation des dommages causés par les contingents français en ex-Yougoslavie et en Albanie », *Annuaire français de droit international*, vol. 43 (1997), p. 151 à 166.

HARDY, M. J. L., « Claims by international organizations in respect of injuries to their agents », *British Year Book of International Law 1961*, vol. 37, p. 516 à 526.

HOFFMEISTER, F., « The European Union and the peaceful settlement of international disputes », *Chinese Journal of International Law*, vol. 11 (2012), p. 77 à 105.

— et P. ONDRUSEK, « The European Community in international litigation », *Revue hellénique de droit international*, vol. 61 (2008), p. 205 à 224.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (Wengler, Rapporteur), « Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 47 (session d'Amsterdam, septembre 1957), tome I, p. 5 à 33.

— (Huber, Rapporteur), « Étude des amendements à apporter au Statut de la Cour internationale de Justice », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 45 (session d'Aix-en-Provence, avril/mai 1954), tome I, p. 407 et suiv.

JENKS, C. W., *The Prospects of International Adjudication*, Londres, Stevens, 1964.

— « The status of international organisations in relation to the International Court of Justice », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 32 (1946), p. 1 à 41.

JENNINGS, R. Y., « The International Court of Justice after fifty years », *American Journal of International Law*, vol. 89, nº 3 (juillet 1995), p. 493 à 505.

— « Comité restreint sur le règlement pacifique des différends : note préliminaire », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 65 (session de Milan, 1993), tome II, p. 279 à 284.

JULLY, L., « Arbitration and judicial settlement: recent trends », *American Journal of International Law*, vol. 48, nº 3 (juillet 1954), p. 380 à 407.

KLABBERS, J., *Advanced Introduction to the Law of International Organizations*, Cheltenham, E. Elgar, 2015.

LA ROSA, A.-M., « Links between the ILO and the ICJ: a less than perfect match », dans L. Boisson de Chazournes *et al.* (dir. publ.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects*, New York, Transnational, 2002, p. 119 à 132.

LAUTERPACHT, E., *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge, Grotius, 1991.

LAUTERPACHT, H., « The revision of the Statute of the International Court of Justice: with an introduction by Sir Elihu Lauterpacht », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 1 (2002), p. 55 à 128.

— *International Law and Human Rights*, Londres, Stevens, 1950.

MACPHERSON, B. F., *World Court Enhancements to Advance the Rule of Law*, monographie nº 13 du Center for UN Reform Education (1994).

MARTENCZUK, B., « The Security Council, the International Court and judicial review: what lessons from Lockerbie? », *European Journal of International Law*, vol. 10, nº 3 (1999), p. 517 à 547.

MOUSSÉ, J., *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

MULLER, A. S., *International Organizations and their Host States: Aspects of their Legal Relationship*, La Haye, Kluwer Law International, 1995.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Examen du rôle de la Cour internationale de Justice : rapport du Secrétaire général, document A/8382 et Add.1 à 4 (1971).

— Pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies, les institutions spécialisées et l'Agence internationale de l'énergie atomique en ce qui concerne leur statut juridique, leurs privilèges et leurs immunités : étude préparée par le Secrétariat, *Annuaire… 1967*, vol. II, document A/CN.4/L.118 et Add.1 et 2, p. 168 à 360.

PARRY, C., « Some considerations upon the protection of individuals in international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1956*, vol. 90, p. 654 à 723.

REINISCH, A., *International Organizations before National Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

— (dir. publ.), *The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and its Specialized Agencies: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

RITTER, J.-P., « La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale », *Annuaire français de droit international*, vol. 8 (1962), p. 427 à 456.

ROMANO, C. P. R., « International organizations and the international judicial process: an overview », dans L. Boisson de Chazournes *et al.* (dir. publ.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects*, New York, Transnational, 2002, p. 3 à 36.

ROSENNE, S., *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, 4e éd., Leyde, Martinus Nijhoff, 2006.

SAROOSHI, D. (dir. publ.), *Mesures de réparation et responsabilité à raison des actes des organisations internationales*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2014.

SCHMALENBACH, K., « Dispute Settlement », dans J. Klabbers et Å. Wallendahl (dir. publ.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham, E. Elgar, 2011, p. 251 à 284.

SCHWEBEL, S. M., « Authorizing the Secretary-General of the United Nations to request advisory opinions of the International Court of Justice », dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, p. 519 à 529.

SEIDL-HOHENVELDERN, I., « Access of international organizations to the International Court of Justice », dans A. S. Muller *et al.* (dir. publ.), *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, p. 189 à 203.

SEYERSTED, F., « Settlement of internal disputes of intergovernmental organizations by internal and external courts », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 24 (1964), p. 1 à 121.

SZASZ, P. C., « Granting international organizations *ius standi* in the International Court of Justice », dans A. S. Muller *et al.* (dir. publ.), *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, p. 169 à 188.

SZTUCKI, J., « International organizations as parties to contentious proceedings before the International Court of Justice? », dans A. S. Muller *et al.* (dir. publ.), *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, p. 141 à 167.

THALLINGER, G., « The rule of exhaustion of local remedies in the context of the responsibility of international organisations », *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), p. 401 à 428.

TREVES, T., « International organizations as parties to contentious cases: selected aspects », dans L. Boisson de Chazournes *et al.* (dir. publ.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects*, New York, Transnational, 2002, p. 37 à 46.

WELLENS, K., *Remedies against International Organisations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

ZOLLIKOFER, P. L., *Les relations prévues entre les institutions spécialisées des Nations Unies et la Cour internationale de Justice*, Leyde, Sijthoff, 1955.

ANNEXE II

LA SUCCESSION D'ÉTATS EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

(Pavel Šturma)

A. Introduction

1. En 1998, la Commission du droit international a convenu que le choix des sujets à inscrire à son programme de travail à long terme devait satisfaire aux critères suivants : « le sujet devrait correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international ; le sujet devrait être suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à une codification et à un développement progressif ; le sujet devrait être concret et suffisamment facile à traiter à ces fins[1] ». Le sujet proposé semble répondre à tous ces critères.

2. La Commission a achevé ses travaux sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite en 2001[2]. Elle n'a toutefois pas étudié les situations dans lesquelles une succession d'États se produit après la consommation d'un fait illicite. Cette succession peut concerner l'État responsable ou l'État lésé. Dans l'un et l'autre cas, elle fait naître des relations juridiques complexes et, à cet égard, il convient de relever que, à la Commission et ailleurs, les points de vue ont quelque peu évolué. Alors que dans son premier rapport, de 1998, le Rapporteur spécial sur la responsabilité des États, M. James Crawford, faisait observer que selon un point de vue très largement partagé, en général, un nouvel État ne succédait pas à la responsabilité étatique de son prédécesseur[3], on peut lire dans le commentaire du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite élaboré par la Commission en 2001 que « [s]'agissant d'une affaire de succession d'États, il n'apparaît pas clairement si un nouvel État succède à la responsabilité étatique de l'État prédécesseur au regard de son territoire[4] ». James Crawford a brièvement décrit l'évolution de la pratique, de la jurisprudence et de la doctrine depuis la formulation de la règle niant la succession jusqu'à sa réfutation partielle[5].

3. La Commission a abordé ce problème dans le cadre des travaux sur la succession d'États qu'elle a menés dans les années 1960. En 1963, Manfred Lachs, Président de la Sous-Commission sur la succession d'États et de gouvernements, a proposé que la question de la succession à la responsabilité non contractuelle figure parmi celles examinées dans le contexte des travaux consacrés par la Commission à la succession d'États[6]. En raison d'une divergence de vues sur ce point, la Commission a toutefois décidé d'exclure la question du champ d'application de ses travaux[7]. Depuis cette époque, la doctrine et la pratique des États ont néanmoins évolué.

4. Suivant une démarche qui a largement fait ses preuves, après avoir achevé ses travaux sur un sujet donné, la Commission examine habituellement d'autres sujets relevant du même domaine du droit international. C'est ce qu'elle a fait, notamment, pour deux matières relevant du domaine de la responsabilité internationale, rédigeant d'abord le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (2001)[8], puis le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales (2011)[9], ainsi que pour trois matières relevant du domaine de la succession d'États, dans lequel elle a établi les projets d'article[10] devenus la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Convention de Vienne de 1978) et la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Convention de Vienne de 1983), ainsi que le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États (1999)[11]. Si les deux Conventions de Vienne n'ont pas été ratifiées par un grand nombre d'États, cela ne signifie pas pour autant que les règles qu'elles codifient n'ont pas influencé la pratique

---

[1] *Annuaire… 1998*, vol. II (2e partie), p. 114, par. 553.

[2] Voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, chap. IV.

[3] *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/490 et Add.1 à 7, p. 58, par. 279.

[4] Paragraphe 3 du commentaire du projet d'article 11, *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 55.

[5] J. Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 435 à 455.

[6] Rapport de la Sous-Commission sur la succession d'États et de gouvernements (A/CN.4/160), *Annuaire… 1963*, vol. II, document A/5509, annexe II, p. 271 et suiv.

[7] Voir *Annuaire… 1963*, vol. II, p. 309.

[8] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission à sa cinquante-troisième session sont reproduits dans l'annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001.

[9] *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88. Les articles sur la responsabilité des organisations internationales adoptés par la Commission à sa soixante-troisième session sont reproduits dans l'annexe à la résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011.

[10] Le texte du projet d'articles sur la succession d'États en matière de traités, et des commentaires y relatifs, adopté par la Commission à sa vingt-sixième session est reproduit dans l'*Annuaire… 1974*, vol. II (1re partie), document A/9610/Rev.1, p. 178 et suiv. ; le texte du projet d'articles sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, et des commentaires y relatifs, adopté par la Commission à sa trente-troisième session est reproduit dans l'*Annuaire… 1981*, vol. II (2e partie), p. 19 et suiv., par. 87.

[11] *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), p. 21 et suiv., par. 47 et 48. Les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États adoptés par la Commission à sa cinquante et unième session sont reproduits dans l'annexe à la résolution 55/153 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2000.

étatique[12]. Au contraire, les États d'Europe centrale en particulier ont appliqué ces règles à leur propre succession[13]. De même, des textes non contraignants comme les articles sur la responsabilité de l'État ou sur la nationalité des personnes physiques ont été largement suivis dans la pratique.

5. En principe, la question de la succession en matière de responsabilité étatique se pose surtout dans certains cas de succession d'États, lorsque l'État auteur d'un fait illicite a cessé d'exister, c'est-à-dire en cas de dissolution d'un État ou d'unification d'États. D'autres cas de figure, comme la sécession, mériteraient néanmoins aussi qu'on leur consacre un examen approfondi, ce qui permettrait de confirmer ou d'infirmer les trois hypothèses suivantes. Premièrement, l'État continuateur succède en principe non seulement aux obligations primaires de l'État prédécesseur, mais aussi à ses obligations secondaires (responsabilité). Deuxièmement, un État nouvellement indépendant bénéficie du principe de la table rase (*tabula rasa*), mais peut s'il le souhaite accepter la succession de la responsabilité internationale. Troisièmement, en cas de séparation (sécession), l'État successeur ou les États successeurs peuvent, dans certaines circonstances, succéder à la responsabilité du prédécesseur.

B. Évolution de la pratique étatique et de la doctrine

6. Traditionnellement, ni la pratique étatique ni la doctrine ne donnaient de réponse cohérente à la question de savoir si, et dans quelles circonstances, un État successeur pouvait être tenu responsable du fait internationalement illicite de son prédécesseur. Il existe néanmoins, dans la pratique, certains exemples de partage ou de division de la responsabilité entre États successeurs.

7. Initialement, la jurisprudence voulait que l'État successeur ne soit pas responsable du fait internationalement illicite de son prédécesseur. Dans l'affaire *Robert E. Brown*[14], le requérant demandait à être indemnisé en raison du refus des autorités boers locales de lui délivrer les permis nécessaires à l'exploitation d'une mine d'or. Le tribunal a estimé que l'intéressé avait acquis un droit de propriété et avait été victime d'un déni de justice, mais que l'infraction commise était de nature délictuelle et ne relevait pas de la responsabilité de la Grande-Bretagne. Dans l'affaire *Frederick Henry Redward*[15], les demandeurs avaient été incarcérés à tort par le Gouvernement de la République d'Hawaï avant l'annexion de l'archipel par les États-Unis d'Amérique. Le tribunal a estimé que « l'obligation juridique de réparer le préjudice s'[était] éteinte[16] » avec la disparition de la République d'Hawaï. Toutefois, si la réclamation avait pu donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts, susceptibles d'être considérés comme une dette, ou de parts dans un actif de valeur fixe, les demandeurs auraient eu un droit acquis et il aurait alors existé une obligation que l'État successeur aurait été tenu de reprendre[17].

8. Cela étant, concernant les affaires *Brown* et *Redward*, d'aucuns ont fait observer que « ces affaires datent de l'époque de la colonisation, durant laquelle les puissances coloniales s'opposaient à toute règle qui les aurait rendues responsables de faits illicites d'États qu'elles considéraient comme non civilisés. Un siècle plus tard, on peut douter de l'autorité de ces décisions. Dans certains cas au moins, il serait injuste de rejeter la demande d'une partie lésée au motif que l'État auteur du fait illicite a été absorbé par un autre État[18] ».

9. Parmi les premiers exemples de pratique, on peut également citer l'affaire de la dissolution de la Grande-Colombie (1829-1831), à la suite de laquelle les États-Unis ont invoqué la responsabilité des trois États successeurs (Colombie, Équateur et Venezuela), ce qui a conduit à la conclusion d'accords d'indemnisation pour l'acquisition illégale de navires des États-Unis. Après que l'Inde et le Pakistan sont devenus indépendants, les droits et obligations (y compris les obligations liées à un fait illicite) qui préexistaient à l'égard de la Grande-Bretagne ont été dévolus à l'État dans lequel s'étaient produits les faits fondant l'action. De nombreux traités de dévolution conclus par les territoires autrefois dépendants du Royaume-Uni prévoient aussi la continuité de la responsabilité délictuelle pour les nouveaux États[19].

10. Si les décisions des tribunaux arbitraux ne sont pas homogènes, dans l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, le tribunal a estimé que la Grèce, en tant qu'État successeur de l'Empire ottoman, était responsable des violations du contrat de concession conclu entre l'Empire et une société française après l'union de la Crète à la Grèce en 1913[20]. Dans cette affaire, il est dit que « le Tribunal ne peut arriver qu'à la conclusion que la Grèce, ayant fait sienne la conduite illégale de la Crète dans son passé récent d'État autonome, est tenue, en qualité d'État successeur, de prendre à sa charge les conséquences financières de l'infraction au contrat de concession[21] ». Certains auteurs sont néanmoins d'avis que la Grèce a été jugée responsable de ses propres actes, certains ayant été commis avant la cession des territoires

[12] Voir, par exemple, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie*), exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 412, à la page 450, par. 109.

[13] Par exemple, la République tchèque et la Slovaquie ont l'une et l'autre fait une déclaration, lors du dépôt des instruments de ratification de la Convention de Vienne de 1978, conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 7, selon laquelle elles appliqueraient les dispositions de la Convention à l'égard de leur propre succession, intervenue avant l'entrée en vigueur de la Convention. Voir « Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général », chap. XXIII.2, sur le site Web https://treaties.un.org, dans « Dépositaire », puis « État des traités ».

[14] *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain*, 23 novembre 1923, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente : 1955.V.3), p. 120.

[15] *F. H. Redward and Others (Great Britain) v. United States (Hawaiian Claims)*, 10 novembre 1925, ibid., p. 157.

[16] Ibid., p. 158.

[17] Voir D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1967, p. 482, 485 et 486.

[18] American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul (Minnesota, États-Unis), 1987, vol. 1, sect. 209, reporters' note 7.

[19] Voir *Documentation concernant la succession d'États*, Série législative des Nations Unies (publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.68.V.5).

[20] *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)*, 24/27 juillet 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 155. Voir aussi *International Law Reports*, vol. 23, p. 81.

[21] *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 198 ; voir aussi *International Law Reports*, vol. 23, p. 92.

crétois et d'autres, après. La décision rendue dans cette affaire est également importante en ce que le tribunal a désapprouvé les points de vue absolutistes, qu'ils soient favorables ou opposés à la succession en matière de responsabilité, déclarant ce qui suit : « Il n'est pas moins injustifié d'admettre le principe de la transmission comme une règle générale que de le dénier. C'est plutôt et essentiellement une question d'espèce dont la solution dépend de multiples facteurs concrets[22]. »

11. La question de la responsabilité de l'État dans des situations d'unification, de dissolution ou de sécession d'États s'est aussi posée ailleurs qu'en Europe. On citera notamment l'exemple de la République arabe unie, née de l'union de l'Égypte et de la Syrie en 1958. Dans trois cas, la République arabe unie, en tant qu'État successeur, a assumé la responsabilité d'obligations résultant de faits internationalement illicites commis par les États prédécesseurs, chaque fois pour des actions menées par l'Égypte contre des biens occidentaux dans le contexte de la nationalisation du canal de Suez en 1956 et de la nationalisation de biens appartenant à des étrangers. Le premier cas concernait la question de la nationalisation de la Compagnie financière de Suez par l'Égypte, réglée par voie d'accord entre la République arabe unie et l'entreprise privée (1958). Le nouvel État a indemnisé les actionnaires pour le fait commis par l'État prédécesseur[23]. Le deuxième cas avait trait à un accord conclu la même année entre la République arabe unie et la France au sujet de la reprise des relations culturelles, commerciales et financières entre les deux États (1958). Cet accord prévoyait que la République arabe unie, en tant qu'État successeur, restituerait aux ressortissants français les biens confisqués par l'Égypte et les indemniserait pour tous biens non restitués (art. 5)[24]. Un accord du même type a été signé en 1959 entre la République arabe unie et le Royaume-Uni[25].

12. La République arabe unie n'a existé que jusqu'en 1961, année où la Syrie en est sortie. Après sa dissolution, l'Égypte, l'un des deux États successeurs, a conclu des accords avec d'autres États (notamment les États-Unis, l'Italie, le Royaume-Uni et la Suède) concernant l'indemnisation des ressortissants étrangers dont les biens avaient été nationalisés par la République arabe unie (l'État prédécesseur) durant la période 1958-1961[26].

13. Les cas de sécession donnent naissance à des situations plus compliquées. Après avoir fait sécession de la Colombie en 1903, le Panama a refusé d'être tenu responsable des pertes subies par des ressortissants américains à la suite de l'incendie survenu dans la ville de Colón en 1855. En 1926, les États-Unis d'Amérique et le Panama ont néanmoins signé une convention relative au règlement des réclamations, dans laquelle était envisagé le recours à l'arbitrage pour régler les différends résultant de cet incendie, et notamment trancher la question de savoir si, « au cas où l'arbitrage aboutirait à la reconnaissance d'une responsabilité originelle de la Colombie, la République de Panama avait succédé à la Colombie dans cette responsabilité compte tenu de sa séparation de la Colombie le 3 novembre 1903 et, le cas échéant, dans quelle mesure ». Bien qu'il n'y ait jamais eu d'arbitrage, cet exemple montre, du moins implicitement, que les deux États avaient admis la possibilité d'une succession en matière de responsabilité de l'État[27].

14. L'indépendance de l'Inde peut également être citée à titre d'exemple. L'Inde et le Pakistan sont tous deux devenus des États indépendants le 15 août 1947. L'ordonnance de 1947 relative à l'indépendance indienne (concernant les droits, biens et obligations) traite de questions concernant la succession d'États[28]. Ainsi, son article 10 prévoit « le transfert des obligations nées d'un fait illicite autre que la violation d'un contrat » du dominion britannique de l'Inde à l'État indien nouvellement indépendant. Dans bon nombre d'affaires dans lesquelles ils ont été amenés à interpréter l'article 10 de l'ordonnance[29], les tribunaux indiens en concluent que l'Inde était responsable des faits internationalement illicites commis avant la date de la succession[30].

C. Cas de succession en Europe centrale et orientale dans les années 1990

15. Les successions d'États les plus récentes datent de la seconde moitié du XX^e siècle ; la question de la responsabilité s'est posée dans certaines d'entre elles. On citera en particulier les successions qui se sont produites en Europe centrale et orientale au cours des années 1990, notamment dans le cadre de la dissolution de la Tchécoslovaquie, de la Yougoslavie et de l'Union soviétique, et de l'unification de l'Allemagne. Il convient de noter que, selon l'avis n° 9 de la Commission d'arbitrage de la Conférence sur l'ex-Yougoslavie (Commission Badinter), les États successeurs de la République fédérative socialiste de Yougoslavie devaient régler par voie d'accord toutes les questions relatives à la succession de celle-ci et s'efforcer d'arriver à un résultat équitable en se fondant sur les principes sous-tendant les Conventions de Vienne

[22] *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 197 ; voir aussi *International Law Reports*, vol. 23, p. 91.

[23] L'accord a été signé à Genève le 13 juillet 1958. Voir L. Focsaneanu, « L'accord ayant pour objet l'indemnisation de la compagnie de Suez nationalisée par l'Égypte », *Annuaire français de droit international*, vol. 5 (1959), p. 161 à 204, à la page 196.

[24] Accord général, signé à Zurich le 22 août 1958, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 732, n° 10511, p. 85. Voir aussi « Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République arabe unie », *Revue générale de droit international public*, vol. 62 (1958), p. 738 et suiv. ; voir également C. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », ibid., p. 665 à 715, aux pages 681 et 682.

[25] Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République arabe unie concernant les relations financières et commerciales et les biens britanniques en Égypte, signé au Caire le 28 février 1959, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 343, n° 4925, p. 159. Voir E. Cotran, « Some legal aspects of the formation of the United Arab Republic and the United Arab States », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 8 (1959), p. 346 à 390, à la page 366.

[26] Voir B. H. Weston, R. B. Lillich et D. J. Bederman, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995*, Ardsley (New York, États-Unis), Transnational, 1999, p. 139, 179, 185 et 235. Voir aussi P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2007, p. 107 à 110.

[27] Convention pour le règlement des réclamations entre les États-Unis d'Amérique et la République du Panama, signée à Washington le 28 juillet 1926, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 138, n° 3183, p. 119, à la page 122, article I. Voir aussi Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 293 à 386. Voir également P. Dumberry (note 26 *supra*), p. 164 et 165.

[28] Voir M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 2 (1963), p. 873 et 874.

[29] Voir O'Connell, *State Succession…* (note 17 *supra*), p. 493.

[30] Voir Dumberry (note 26 *supra*), p. 173.

de 1978 et de 1983, ainsi que sur les règles applicables du droit international coutumier[31]. On peut aussi trouver des exemples pertinents en Asie et, dans une moindre mesure, en Afrique, où quelques successions se sont produites hors du contexte de la décolonisation (Érythrée, Soudan du Sud). On trouvera des informations utiles à ce sujet dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres organes juridictionnels, des traités et la pratique des États.

16. La décision la plus importante est peut-être celle rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*[32]. Il est vrai que la Tchécoslovaquie avait été dissoute par voie d'accord et dans le respect de la Constitution du pays. Les parlements nationaux tchèque et slovaque avaient néanmoins tous deux déclaré, préalablement à la dissolution, qu'ils acceptaient les droits et obligations résultant des traités internationaux auxquels l'État prédécesseur était partie[33]. L'article 5 de la loi constitutionnelle n° 4/1993 dispose même ce qui suit : « La République tchèque assume les droits et obligations de la République fédérative tchèque et slovaque […] découlant du droit international au jour de la disparition de celle-ci, exception faite des obligations relatives au territoire relevant de la souveraineté de la République fédérative tchèque et slovaque qui ne serait pas placé sous la souveraineté de la République tchèque[34]. »

17. La Cour internationale de Justice s'est exprimée en ces termes à propos de la responsabilité internationale de la Slovaquie :

> La Slovaquie peut […] être tenue de verser des indemnités, non seulement pour ses propres faits illicites, mais aussi pour ceux de la Tchécoslovaquie, et elle a le droit d'être indemnisée des dommages subis tant par la Tchécoslovaquie que par elle-même en raison du comportement illicite de la Hongrie[35].

Nonobstant les termes de l'accord conclu entre la Hongrie et la Slovaquie, la Cour a donc, semble-t-il, reconnu la succession quant aux obligations secondaires (responsabilité) et aux droits secondaires résultant de faits illicites.

18. Les questions liées à la succession d'États ont été plus complexes dans le cas de l'ex-Yougoslavie que dans celui de la Tchécoslovaquie. Cela tient notamment au fait qu'en 1992 la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) a déclaré assurer la continuité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Les autres ex-républiques yougoslaves ont toutefois refusé de reconnaître cette prétention. Par des résolutions adoptées en septembre 1992, le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale des Nations Unies ont également refusé de reconnaître la République fédérale de Yougoslavie comme État continuateur[36]. La Commission Badinter a adopté la même position[37]. La République fédérale de Yougoslavie a finalement changé de stratégie en 2000, lorsqu'elle a présenté une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies en qualité de nouvel État[38].

19. Conformément à la recommandation de la Commission Badinter, les États successeurs de l'ex-Yougoslavie devaient régler toutes les questions relatives à la succession d'États par voie d'accord. L'Accord sur les questions de succession a ainsi été conclu le 29 juin 2001. Aux termes de son préambule, cet accord était le résultat des négociations menées entre les parties « en vue de déterminer les droits, les obligations, les avoirs et les engagements de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie et la manière de les répartir équitablement entre elles ». Il convient de souligner que l'article 2 de l'annexe F de l'Accord vise la question des faits internationalement illicites commis à l'égard d'États tiers avant la date de la succession :

> Tous les droits d'action contre la [République fédérative socialiste de Yougoslavie] qui ne sont pas visés par ailleurs par le présent Accord seront examinés par le Comité mixte permanent établi en vertu de l'article 4 du présent Accord. Les États successeurs s'informeront les uns les autres de l'existence de tels droits d'action contre la [République fédérative socialiste de Yougoslavie].

20. Ce texte laisse entendre que les obligations de l'État prédécesseur ne se sont pas éteintes du simple fait de la disparition de la République fédérative socialiste de Yougoslavie[39]. De plus, à l'article premier de l'annexe F, il est question du transfert des droits d'action de l'État prédécesseur à l'État successeur[40].

21. La première affaire « yougoslave » dans laquelle la Cour internationale de Justice a abordé, bien que de façon indirecte, la question de la succession quant à la responsabilité est celle de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, dans laquelle il était demandé à la Cour non de régler la question de la succession, mais d'identifier la partie défenderesse. La Cour a dit ce qui suit :

> La Cour observe que les faits et événements auxquels se rapportent les conclusions finales de la Bosnie-Herzégovine remontent à une époque où la Serbie et le Monténégro formaient un seul État. […] La Cour relève donc que la République de Serbie demeure

---

[31] Commission d'arbitrage de la Conférence sur l'ex-Yougoslavie, avis n° 9, 4 juillet 1992 (reproduit dans le document A/48/874-S/1994/189, annexe).

[32] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7.

[33] Voir la Proclamation du Conseil national de la République slovaque aux parlements et peuples du monde (3 décembre 1992) et la Proclamation du Conseil national tchèque à tous les parlements et nations du monde (17 décembre 1992) [reproduits dans le document A/47/848, annexes II et I respectivement].

[34] Loi constitutionnelle n° 4/1993 portant application de mesures liées à la dissolution de la République fédérative tchèque et slovaque.

[35] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra* la note 32), à la page 81, par. 151.

[36] Résolution 777 (1992) du Conseil de sécurité, en date du 19 septembre 1992 ; et résolution 47/1 de l'Assemblée générale, en date du 22 septembre 1992.

[37] Commission d'arbitrage de la Conférence sur l'ex-Yougoslavie, avis n° 10, 4 juillet 1992 (reproduit dans le document A/48/874-S/1994/189, annexe).

[38] A/55/528-S/2000/1043, annexe ; voir aussi la résolution 55/12 de l'Assemblée générale, en date du 1er novembre 2000.

[39] Voir Dumberry (note 26 *supra*), p. 121.

[40] « Tous les droits et intérêts qui appartenaient à la [République fédérative socialiste de Yougoslavie] et qui ne sont pas visés par ailleurs par le présent Accord (notamment, mais non exclusivement, les brevets, marques de fabrique, droits d'auteur, redevances et droits d'action et créances de la [République fédérative socialiste de Yougoslavie]) seront partagés entre les États successeurs, en tenant compte des proportions fixées à l'annexe C du présent Accord aux fins de la division des avoirs financiers de la [République fédérative socialiste de Yougoslavie]. »

défenderesse en l'espèce ; à la date du présent arrêt, elle constitue, en vérité, l'unique défendeur. […] Cela étant dit, il convient toutefois de garder à l'esprit que toute responsabilité établie dans le présent arrêt à raison d'événements passés concernait à l'époque considérée l'État de Serbie-et-Monténégro[41].

22. La Cour a adopté la même solution en 2008 dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*[42]. Ce n'est toutefois que dans l'arrêt qu'elle a récemment rendu dans cette affaire que sont traitées de façon plus détaillée des questions de succession quant à la responsabilité de l'État[43]. En dépit du fait que la Cour a rejeté la demande de la Croatie et la demande reconventionnelle de la Serbie au motif que l'élément intentionnel du génocide (*dolus specialis*) n'était pas établi, cet arrêt semble être la dernière décision en date en faveur de la thèse de la dévolution de la responsabilité par succession.

23. La Cour a rappelé que, dans son arrêt du 18 novembre 2008, elle avait conclu qu'elle avait compétence pour connaître de la demande de la Croatie en ce qui concernait les actes commis à compter du 27 avril 1992, date à laquelle la République fédérale de Yougoslavie avait commencé à exister en tant qu'État distinct et était devenue partie, par voie de succession, à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mais qu'elle avait réservé sa décision sur sa compétence s'agissant de violations de la Convention qui auraient été commises avant cette date. Dans son arrêt de 2015, la Cour a commencé par dire que la République fédérale de Yougoslavie ne pouvait être liée par la Convention avant le 27 avril 1992, même en tant qu'État *in statu nascendi*, comme la Croatie le soutenait à titre principal.

24. La Cour a cependant pris note d'un argument invoqué par la partie demanderesse à titre subsidiaire durant la procédure orale, en mars 2014, à savoir que la République fédérale de Yougoslavie (et, ultérieurement, la Serbie) pourrait avoir succédé à la responsabilité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie pour des violations de la Convention antérieures à la date susmentionnée. En fait, la Croatie invoquait deux arguments distincts à l'appui de sa conclusion selon laquelle la République fédérale de Yougoslavie aurait succédé à la responsabilité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. En premier lieu, elle soutenait que cette succession avait eu lieu par application des principes du droit international général concernant la succession d'États[44]. Sur ce point, elle se fondait sur la sentence arbitrale rendue en l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman* (1956)[45], dans laquelle il était affirmé que la responsabilité de l'État pouvait être dévolue au successeur lorsque les faits étaient tels qu'il paraissait opportun de rendre ce dernier responsable des agissements reprochés au premier[46]. En second lieu, la Croatie faisait valoir que la République fédérale de Yougoslavie, par une déclaration du 27 avril 1992, avait indiqué « qu'elle succédait non seulement aux obligations conventionnelles de la [République fédérative socialiste de Yougoslavie], mais aussi à la responsabilité encourue par cette dernière pour la violation de ces obligations conventionnelles[47] ».

25. Outre les arguments qu'elle avait avancés relativement à la compétence et à la recevabilité (ce moyen constituant selon elle une nouvelle demande de la Croatie, dénuée de tout fondement juridique tant dans l'article IX que dans les autres dispositions de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide), la Serbie soutenait qu'il n'existait aucun principe de succession à la responsabilité en droit international général. Il est intéressant de noter que la Serbie avançait par ailleurs que la succession aux droits et aux obligations de la République fédérative socialiste de Yougoslavie était en tous points régie par l'Accord sur les questions de succession (2001), qui établissait une procédure d'examen des réclamations pendantes contre la République fédérative socialiste de Yougoslavie[48].

26. Il convient de mentionner que la Cour n'a pas rejeté, et a donc accepté, le moyen subsidiaire avancé par la Croatie relativement à sa compétence pour connaître de faits antérieurs au 27 avril 1992. La Cour a estimé que, pour déterminer si la Serbie était responsable de violations de la Convention,

> il [lui] incomberait […] de décider :
>
> *1*) si les actes allégués par la Croatie ont été commis et, le cas échéant, s'ils contrevenaient à la Convention ;
>
> *2*) dans l'affirmative, si ces actes étaient attribuables à la [République fédérative socialiste de Yougoslavie] au moment où ils ont été commis et ont engagé la responsabilité de cette dernière ; et
>
> *3*) à supposer que la responsabilité de la [République fédérative socialiste de Yougoslavie] ait été engagée, si la [République fédérale de Yougoslavie] a succédé à cette responsabilité[49].

---

[41] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 43, aux pages 75 et 76, par. 74, 77 et 78.

[42] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt (voir *supra* la note 12), aux pages 421 à 423, par. 23 à 34.

[43] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2015*, p. 3.

[44] Ibid., aux pages 53 et 54, par. 107.

[45] *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman* (voir *supra* la note 20).

[46] Voir la plaidoirie de M. James Crawford, conseil de la Croatie, audience publique tenue le vendredi 21 mars 2014, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Tomka, Président, en l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, CR 2014/21, p. 21, par. 42 : « Selon nous, la règle de la succession peut s'appliquer dans des circonstances particulières si elle est justifiée. Il n'existe pas de règle générale prévoyant la succession en matière de responsabilité, mais il n'existe pas non plus de règle générale qui s'y oppose. » (disponible à l'adresse suivante : www.icj-cij.org/fr/affaire/118/procedure-orale).

[47] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt (voir *supra* la note 43), à la page 54, par. 107.

[48] Voir la plaidoirie de M. Andreas Zimmermann, conseil de la Serbie, qui a fait référence à l'article 2 de l'annexe F de l'Accord sur les questions de succession, prévoyant le règlement des différends par le Comité mixte permanent, audience publique tenue le jeudi 27 mars 2014, à 15 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Tomka, Président, en l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, CR 2014/22, p. 27, par. 52 à 54 (disponible à l'adresse suivante : www.icj-cij.org/fr/affaire/118/procedure-orale).

[49] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt (voir *supra* la note 43), à la page 55, par. 112.

27. Il importe de noter que la Cour a estimé que les règles de succession susceptibles d'entrer en jeu en l'espèce étaient du même ordre que celles régissant l'interprétation des traités et la responsabilité de l'État[50]. Le point de vue de la majorité n'était toutefois pas partagé par tous les juges de la Cour. Comme cela est précisé dans la déclaration de la juge Xue, « [à] ce jour, la question de la succession de l'État à la responsabilité n'a encore jamais été envisagée dans aucune des règles codifiées du droit international général relatives à la succession en matière de traités ou à la responsabilité de l'État […]. Les règles relatives à la responsabilité de l'État en cas de succession restent à élaborer[51] ».

28. L'arbitrage en matière d'investissement intervenu dans l'affaire *Mytilineos Holdings SA* présente également un intérêt. Le tribunal arbitral saisi de cette affaire a constaté que le Monténégro avait déclaré son indépendance après que le litige lui avait été soumis. Bien qu'il n'ait pas été invité à se prononcer sur des questions juridiques relatives à la succession d'États, le tribunal a fait observer qu'il n'était pas contesté que la République de Serbie conserverait le statut juridique de la Serbie-et-Monténégro au plan international[52].

29. L'unification allemande offre de nombreux exemples pertinents en matière de succession d'États. Après l'unification, la République fédérale d'Allemagne a assumé les obligations résultant de la responsabilité délictuelle de l'ex-République démocratique allemande[53]. L'une des questions à régler à l'époque concernait l'indemnisation au titre des expropriations opérées sur le territoire de l'ex-République démocratique allemande. Mis à part quelques rares cas dans lesquels elle avait accepté de verser des indemnités forfaitaires, la République démocratique allemande avait toujours refusé l'indemnisation. Ce n'est qu'à la veille de l'unification, le 29 juin 1990, qu'elle s'est dotée d'une loi sur le règlement des litiges en matière de propriété. Dans le même temps, le 15 juin 1990, les Gouvernements de la République fédérale d'Allemagne et de la République démocratique allemande ont adopté une déclaration commune sur le règlement des questions de propriété en suspens[54]. Conformément à l'article 3 de cette déclaration, les biens confisqués après 1949 devaient être restitués à leurs propriétaires d'origine. Cela peut néanmoins être largement interprété comme une question relevant davantage de la responsabilité délictuelle que de la responsabilité de l'État.

30. On retiendra cependant que la Cour administrative fédérale de la République fédérale d'Allemagne a eu à se prononcer sur une question relevant de la succession d'États à l'égard des étrangers. Tout en refusant d'admettre la responsabilité de la République fédérale d'Allemagne pour un fait internationalement illicite (expropriation) commis par la République démocratique allemande contre un ressortissant néerlandais, la Cour a conclu que l'obligation de l'ex-République démocratique allemande d'indemniser l'intéressé était dévolue à l'État successeur[55].

31. Un autre exemple de dévolution de la responsabilité de l'État prédécesseur à l'État successeur est l'Accord relatif au règlement de certaines demandes de restitution de biens entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique (1992)[56]. Cet accord porte sur les réclamations présentées par des ressortissants des États-Unis concernant des mesures de nationalisation ou d'expropriation et d'autres mesures spéciales prises par la République démocratique allemande entre 1949 et 1976.

D. Doctrine

32. Par le passé, la plupart des auteurs niaient la possibilité d'un transfert de responsabilité à l'État successeur[57]. Toutefois, les points de vue ont évolué, surtout au cours des vingt dernières années, certains adoptant des positions nuancées ou critiques à l'égard de la thèse de la non-succession, voire admettant la succession dans certains cas[58]. Selon certains auteurs, lorsque l'État successeur reprend tous les droits de l'État prédécesseur (comme dans le cas d'une unification), il devrait aussi reprendre les obligations résultant d'actes internationalement illicites. Dans de tels cas, les obligations délictuelles devraient être traitées comme des dettes contractuelles[59].

---

[50] Ibid., aux pages 56 et 57, par. 115.

[51] Ibid., déclaration de la juge Xue, à la page 388, par. 23.

[52] *Mytilineos Holdings SA v. 1. The State Union of Serbia & Montenegro, 2. Republic of Serbia*, sentence partielle sur la compétence (arbitrage aux termes du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international), Zurich, 8 septembre 2006, par. 158.

[53] Article 24 du Traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République démocratique allemande relatif à l'établissement de l'unité allemande, signé à Berlin le 31 août 1990, *International Legal Materials*, vol. 30 (1991), p. 463.

[54] *Bundesgesetzblatt* (Journal officiel fédéral), partie II, 1990, p. 1237.

[55] Cour administrative fédérale d'Allemagne, BVerwG, 7 B 2.99, décision du 1er juillet 1999. Voir Dumberry (note 26 *supra*), p. 90.

[56] Signé à Bonn le 13 mai 1992, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1911, nº 32547, p. 27.

[57] Voir, par exemple, A. Cavaglieri, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1929-I*, vol. 26, p. 374, 378 et 416 et suiv. ; K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Genève, Librairie Droz, 1968, p. 11 et 189 ; P. M. Eisemann et M. Koskenniemi (dir. publ.), *La succession d'États : la codification à l'épreuve des faits*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000, p. 193 et 194 ; M. C. R. Craven, « The problem of State succession and the identity of States under international law », *European Journal of International Law*, vol. 9 (1998), p. 142 à 162, aux pages 149 et 150 ; J. Malenovský, « Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie », *Annuaire français de droit international*, vol. 39 (1993), p. 305 à 336, à la page 334 ; L. Mälksoo, *Illegal Annexation and State Continuity: The Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR – A Study of the Tension between Normativity and Power in International Law*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2003, p. 257 ; J.-P. Monnier, « La succession d'États en matière de responsabilité internationale », *Annuaire français de droit international*, vol. 8 (1962), p. 65 à 90 ; et O'Connell, *State Succession…* (note 17 *supra*), p. 482.

[58] Voir, par exemple, W. Czaplinski, « State succession and State responsability », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 28 (1990), p. 339 à 359, aux pages 346 et 356 ; M. T. Kamminga, « State succession in respect of human rights treaties », *European Journal of International Law*, vol. 7 (1996), p. 469 à 484, à la page 483 ; V. Mikulka, « State succession and responsibility », dans J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir. publ.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 291 à 296 ; Dumberry (note 26 *supra*) ; D. P. O'Connell, « Recent problems of State succession in relation to new States », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-II*, vol. 130, p. 162 ; et B. Stern, « Responsabilité internationale et succession d'États », dans L. Boisson de Chazournes et V. Gowlland-Debbas (dir. publ.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001, p. 327 à 355, à la page 336.

[59] Czaplinski, « State succession… » (voir *supra* la note 58), à la page 357.

33. Il y a lieu de noter que la question a été traitée par l'Association de droit international en 2008[60] et par l'Institut de droit international en 2013. Ce dernier avait chargé une de ses commissions thématiques de l'examiner[61]. À la session qu'il a tenue à Tallinn en 2015, l'Institut de droit international a finalement adopté, sur la base du rapport du Rapporteur spécial, M. Marcelo G. Kohen[62], une résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale, composée d'un préambule et de 16 articles. Cette résolution met à juste titre l'accent sur la nécessité de codifier et de développer progressivement les règles relatives à ce domaine[63]. Le chapitre I comporte deux articles, l'un portant sur les expressions employées (art. 1er), inspirées des Conventions de Vienne de 1978 et de 1983, l'autre étant consacré à la portée de la résolution (art. 2). Le chapitre II énonce les règles communes applicables à toutes les catégories de succession d'États (art. 3 à 10). L'article 3 souligne le caractère subsidiaire des principes directeurs. Les articles 4 et 5 régissent l'invocation de la responsabilité pour un fait internationalement illicite commis par l'État prédécesseur ou contre celui-ci avant la date de la succession d'États. Ces articles prévoient tous deux que l'État prédécesseur continue d'exister, ce qui suppose que c'est la non-succession qui est la règle générale dans ce cas. L'article 6 porte sur les accords de dévolution et les actes unilatéraux. Le chapitre III (art. 11 à 16) comporte des dispositions relatives à des catégories spécifiques de succession d'États, à savoir le transfert d'une partie du territoire d'un État, la séparation (sécession) de parties d'un État, la fusion d'États et l'incorporation d'un État dans un autre État préexistant, la dissolution d'un État et l'émergence d'États nouvellement indépendants.

E. Droit à réparation en cas de succession d'États

34. L'une des principales raisons de la remise en cause de la thèse de la non-succession à la responsabilité de l'État tient à l'« humanisation » du droit international, qui met l'accent, notamment, sur la réparation des préjudices subis par les particuliers au moyen de l'exercice de la protection diplomatique ou d'autres mécanismes. C'est pourquoi, en cas de cession, de dissolution ou d'unification, le droit à réparation en faveur des particuliers ne devrait pas disparaître, mais être transféré à l'État successeur.

35. Dans ce domaine, la pratique semble plus robuste que dans celui de la dévolution d'obligations découlant de la perpétration d'un fait internationalement illicite. Lorsqu'elle a établi le projet d'articles sur la protection diplomatique (2006), la Commission du droit international a ainsi pu prévoir une exception à la règle de la continuité de la nationalité dans les cas où une personne physique avait eu la nationalité d'un État prédécesseur (projet d'article 5)[64]. De même, le projet d'article 10 contient une version modifiée de la règle de la continuité de la nationalité des sociétés[65].

36. Les règles codifiées dans les articles sur la protection diplomatique se fondent sur une longue série de décisions rendues depuis la période postérieure à la Première Guerre mondiale par des commissions d'arbitrage et d'autres commissions de réclamation[66], qui ont interprété, notamment, les règles du Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles)[67]. Dans la pratique moderne, c'est la Commission d'indemnisation des Nations Unies, qui a envisagé le cas de la dissolution de la Tchécoslovaquie, de la Yougoslavie et de l'Union soviétique dans sa décision no 10 en 1992[68], qui a joué le rôle le plus important.

37. La pratique de la Commission d'indemnisation des Nations Unies montre clairement que celle-ci n'a pas suivi la règle de la continuité de la nationalité. Au contraire, elle a, par exemple, autorisé les États successeurs de l'ex-Tchécoslovaquie à recevoir une indemnisation pour le compte de leurs nouveaux ressortissants[69].

38. Les droits des particuliers sont également visés dans de récents accords relatifs à la succession d'États. Ainsi, l'accord entre la République du Soudan et la République du Soudan du Sud sur certaines questions économiques[70] prévoit notamment, à l'article 5.1.1, que « [c]haque partie convient d'annuler et d'abandonner, de façon irrévocable et inconditionnelle, toute dette au titre d'arriérés non pétroliers ou d'obligations financières non liées au pétrole due à l'autre partie […] ». Cependant, aux termes

[60] Association de droit international, *Report of the Seventy-third Conference*, Rio de Janeiro, 17-21 août 2008, p. 250 et suiv.

[61] Institut de droit international, 14e Commission : La succession d'États en matière de responsabilité internationale.

[62] « La succession d'États en matière de responsabilité internationale », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 76, p. 509 à 606 (disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org).

[63] Institut de droit international, résolution de 2015 intitulée « La succession d'États en matière de responsabilité internationale », deuxième alinéa du préambule : « *Convaincu* de la nécessité de codifier et développer progressivement les règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité internationale de l'État, afin de garantir une plus grande sécurité juridique dans les relations internationales » (ibid., p. 703).

[64] « 2. Nonobstant le paragraphe 1, un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation mais qui n'avait pas cette nationalité à la date du préjudice, à condition que la personne lésée ait eu la nationalité d'un État prédécesseur ou qu'elle ait perdu sa première nationalité et acquis, pour une raison sans rapport avec la présentation de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international. » [*Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 22]. Les articles sur la protection diplomatique adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session sont reproduits dans l'annexe à la résolution 62/67 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007.

[65] « 1. Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité, ou la nationalité d'un État prédécesseur […] » (ibid., p. 23).

[66] Voir, par exemple, *National Bank of Egypt v. German Government and Bank für Handel und Industrie*, Tribunal arbitral mixte anglo-allemand, 14 décembre 1923 et 31 mai 1924, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. IV, p. 233.

[67] Articles 296, 297 *e* et 297 *h* du Traité de Versailles.

[68] Décision du Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies prise à sa sixième session, le 26 juin 1992 (27e séance) [S/AC.26/1992/10].

[69] Décision concernant la première tranche de réclamations pour atteintes aux personnes (préjudice corporel grave) ou décès (réclamations de la catégorie « B ») prise par le Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies à sa 43e séance, tenue à Genève le 26 mai 1994, décision no 20 [S/AC.26/Dec.20 (1994)] ; et décision concernant la première tranche de réclamations pour cause de départ de l'Iraq ou du Koweït (réclamations de la catégorie « A ») adoptée par le Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies à sa 46e séance, tenue le 20 octobre 1994 à Genève, décision no 22 [S/AC.26/Dec.22 (1994)].

[70] Conclu à Addis-Abeba le 27 septembre 2012 ; le texte de l'accord est disponible à l'adresse suivante : https://peacemaker.un.org/node/1617.

de l'article 5.1.3, « [l]es parties conviennent que les dispositions de l'article 5.1.1 ne s'appliquent pas aux créanciers privés ». En outre, l'article 5.1.4 dispose que « [l]es parties conviennent de prendre les mesures nécessaires, y compris de créer des comités conjoints ou tout autre mécanisme efficace, pour aider les ressortissants ou personnes morales de l'un et l'autre États à présenter des demandes de paiement conformément aux dispositions du droit applicable de chaque État et sous réserve de celles-ci ».

F. Rôle de codification de la Commission du droit international

39. La succession d'États en matière de responsabilité de l'État mérite d'être examinée par la Commission. C'est l'une des matières du droit international dans lesquelles le droit international coutumier n'était autrefois pas bien établi, c'est pourquoi la Commission ne l'a pas inscrite plus tôt à son programme. Le moment est aujourd'hui venu d'examiner l'évolution de la pratique des États et de la jurisprudence. L'examen de cette question pourrait permettre de combler les lacunes qui subsistent depuis l'achèvement de la codification, d'une part, des règles de la succession d'États en matière de traités (Convention de Vienne de 1978) et en matière de biens, archives et dettes d'État (Convention de Vienne de 1983) et du droit de la nationalité (articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États de 1999)[71] et, d'autre part, de règles en matière de responsabilité de l'État.

40. Les travaux devraient suivre les principes essentiels de la succession d'États en matière de traités pour ce qui concerne la distinction entre cession d'une partie de territoire, sécession, dissolution, unification et création d'un nouvel État indépendant. Une démarche réaliste, étayée par l'étude de la jurisprudence et de la pratique étatique, consisterait à distinguer, d'une part, les cas de dissolution et d'unification, dans lesquels l'État d'origine disparaît, et, d'autre part, les cas de sécession, dans lesquels l'État prédécesseur continue d'exister. Davantage de problèmes se posent dans cette dernière situation, car les États sont beaucoup moins susceptibles d'accepter le transfert de la responsabilité de l'État[72]. Il importe aussi d'établir une distinction entre sécession négociée et sécession contestée (révolutionnaire). Une sécession négociée crée des conditions plus propices à un accord sur tous les aspects de la succession, y compris en matière de responsabilité.

41. Cela étant, l'examen devrait être davantage axé sur les règles secondaires de la responsabilité de l'État. Il importe de souligner que le projet vise les aspects actifs et passifs de la responsabilité, c'est-à-dire le transfert (ou la dévolution) à la fois des obligations de l'État auteur (du fait illicite) et des droits (réclamations) de l'État lésé. Sa structure pourrait être la suivante : *a*) dispositions générales sur la succession d'États, l'accent étant mis en particulier sur le caractère prioritaire des accords ; *b*) principes résiduels (subsidiaires) relatifs au transfert des obligations résultant de la responsabilité de l'État ; *c*) principes relatifs au transfert des droits à réparation ; *d*) dispositions procédurales et autres.

42. La question de savoir s'il convient de traiter le transfert d'obligations découlant de la responsabilité des États à des organisations internationales, y compris des institutions financières, mérite d'être examinée plus avant. Se pose également la question du transfert d'obligations liées à la responsabilité de l'État à des individus. Indépendamment des problèmes liés à la protection diplomatique (exceptions aux règles de la continuité de la nationalité, par exemple), qui ne concernent que les relations d'État à État, il semble que cette question puisse être pertinente lorsque des individus ont des droits directs contre un État. C'est le cas en ce qui concerne certains instruments conventionnels, comme la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme)[73].

43. Il appartient à la Commission d'examiner comment et à quel moment se pencher sur la question. Sous réserve de la décision qu'elle prendra à ce sujet, les travaux pourraient prendre la forme d'un projet d'articles ou de principes accompagné de commentaires (sur le modèle, notamment, des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[74] et de ceux qui sont devenus les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983[75]).

---

[71] Voir *supra* la note 11.

[72] Voir Crawford, *State Responsibility: The General Part* (note 5 *supra*), p. 455.

[73] Dans ce contexte, voir *Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], nº 60642/08, CEDH 2014.

[74] Voir *supra* la note 8.

[75] Voir *supra* la note 10.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

CAVAGLIERI, E, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1929*, vol. 26.

COTRAN, E., « Some legal aspects of the formation of the United Arab Republic and the United Arab States », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 8 (1959), p. 346 à 390.

CRAWFORD, J., *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 435 à 455.

CZAPLINSKI, W., *Zmiany terytorialne w Europie Środkowej i Wschodniej i ich skutki międzynarodowoprawne (1990-1992)* [Les modifications territoriales en Europe centrale et orientale en 1990-1992 et leurs conséquences en droit international], Varsovie, Scholar, 1998.

— « State succession and State responsability », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 28 (1990), p. 339 à 359.

DUMBERRY, P., *State Succession to International Responsibility*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2007.

— « New State responsibility for internationally wrongful acts by an insurrectional movement », *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 3 (2006), p. 605 à 621.

— « The controversial issue of State succession to international responsibility revisited in light of recent State practice », *German Yearbook of International Law*, vol. 49 (2006), p. 413 à 447.

— « The use of the concept of unjust enrichment to resolve issues of State succession to international responsibility », *Revue belge de droit international*, vol. 39, n° 2 (2006), p. 507 à 528.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, « Résolution (texte final) : La succession d'États en matière de responsabilité internationale », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 76 (session de Tallinn, 2015).

KAMMINGA, M. T., « State succession in respect of human rights treaties », *European Journal of International Law*, vol. 7 (1996), p. 469 à 484.

KOHEN, M. G., « Succession of States in the field of international responsibility: the case for codification », dans M. G. Kohen *et al.*, *Perspectives du droit international au 21e siècle : Liber Amicorum Professor Christian Dominicé in Honour of his 80th Birthday*, Leyde, Boston, Martinus Nijhoff, 2012, p. 161 à 174.

— (dir. publ.), *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

MAKONNEN, Y., « State succession in Africa: selected problems », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye,1986*, vol. 200, p. 93 à 234.

MALENOVSKÝ, J., « Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie », *Annuaire français de droit international*, vol. 39 (1993), p. 305 à 336.

MÄLKSOO, L., *Illegal Annexation and State Continuity: The Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR – A Study of the Tension between Normativity and Power in International Law*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2003.

MAREK, K., *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Genève, Librairie Droz, 1968.

MIKULKA, V., « State succession and responsibility », dans J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir. publ.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 291 à 296.

— « Succession of States in respect of rights of an injured State », dans J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir. publ.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 965 à 967.

MONNIER, J.-P., « La succession d'États en matière de responsabilité internationale », *Annuaire français de droit international*, vol. 8 (1962), p. 65 à 90.

O'CONNELL, D. P., *State Succession in Municipal Law and International Law*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1967.

PUSTORINO, P., « Failed States and international law: the impact of UN practice on Somalia in respect of fundamental rules of international law », *German Yearbook of International Law*, vol. 53 (2010), p. 727 à 752.

STERN, B., « Responsabilité internationale et succession d'États », dans L. Boisson de Chazournes et V. Gowlland-Debbas (dir. publ.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001, p. 327 à 355.

ŠTURMA, P., « State succession in respect of international responsibility », *The George Washington International Law Review*, vol. 48, n° 3 (2016), p. 653 à 678.

SZASZ, P. C., « Comment on the *Genocide* case (preliminary objections) », *Leiden Journal of International Law*, vol. 10, n° 1 (1997), p. 163 à 172.

VOLKOVITSCH, M. J., « Righting wrongs: towards a new theory of State succession to responsibility for international delicts », *Columbia Law Review*, vol. 92, n° 8 (décembre 1992), p. 2162 à 2214.

WESTON, B. H., R. B. LILLICH et D. J. BEDERMAN, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995*, Ardsley (New York, États-Unis), Transnational, 1999.

WHITEMAN, M. M., *Digest of International Law*, vol. 2 (1963).

ZIEMELE, I., « State continuity, succession and responsibility: reparations to the Baltic States and their Peoples? », *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 3, n° 1 (2003), p. 165 à 189.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA SOIXANTE-HUITIÈME SESSION

Cotes des documents	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/679 et Add.1	Programme de travail à long terme. Examen de la liste des sujets établie en 1996 à la lumière des faits survenus ultérieurement et Sujets dont la Commission pourrait entreprendre l'étude, compte tenu de l'examen de la liste des sujets établie en 1996 à la lumière des faits survenus ultérieurement. Document de travail établi par le Secrétariat.	Reproduit dans *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie).
A/CN.4/688	Ordre du jour provisoire de la soixante-huitième session	Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-huitième session. L'ordre du jour adopté est reproduit à la page 19 *supra*.
A/CN.4/689	Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-dixième session, établi par le Secrétariat	Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-huitième session.
A/CN.4/690	Deuxième rapport sur les crimes contre l'humanité, par M. Sean D. Murphy, Rapporteur spécial	Reproduit dans *Annuaire… 2016*, vol. II (1re partie).
A/CN.4/691	Détermination du droit international coutumier. Le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier. Étude du Secrétariat	Idem.
A/CN.4/692	Troisième rapport sur la protection de l'atmosphère, par M. Shinya Murase, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/693	Premier rapport sur le *jus cogens*, par M. Dire D. Tladi, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/694	Quatrième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, par M. Georg Nolte, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/695 et Add.1	Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/696 et Add.1	Protection des personnes en cas de catastrophe. Commentaires et observations des gouvernements et organisations internationales	Idem.
A/CN.4/697	Huitième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe, par M. Eduardo Valencia-Ospina, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/698	Crimes contre l'humanité. Informations sur les mécanismes conventionnels de suivi qui pourraient être pertinents pour les travaux futurs de la Commission du droit international. Mémoire du Secrétariat	Idem.
A/CN.4/699 et Add.1	Quatrième rapport sur l'application provisoire des traités, par M. Juan Manuel Gómez Robledo, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/700	Troisième rapport sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, par Mme Marie G. Jacobsson, Rapporteuse spéciale	Idem.
A/CN.4/701	Cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, par Mme Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale	Idem.
A/CN.4/L.870/Rev.1	Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés. Texte des projets de principe provisoirement adoptés en 2015 et soumis à une révision technique et renumérotés par le Comité de rédaction durant la présente session	Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-huitième session.
A/CN.4/L.871	Protection des personnes en cas de catastrophe. Intitulés et textes du préambule et des projets d'articles 1 à 18 du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe adopté en seconde lecture par le Comité de rédaction	Idem.

Cotes des documents	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/L.872	Détermination du droit international coutumier. Texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction	Idem.
A/CN.4/L.873 et Add.1	Crimes contre l'humanité. Texte des projets d'articles 5, 6, 7, 8, 9 et 10 adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction les 25, 26, 30 et 31 mai et les 1er et 2 juin 2016. Texte de projet d'article 5, paragraphe 7, adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction le 7 juillet 2016	Idem.
A/CN.4/L.874	Accords et pratiques ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en première lecture	Idem.
A/CN.4/L.875	Protection de l'atmosphère. Titre et texte des projets de directives 3, 4, 5, 6 et 7, ainsi que d'un paragraphe du préambule, adoptés provisoirement par le Comité de rédaction les 7, 8 et 9 juin 2016	Idem.
A/CN.4/L.876	Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés. Texte des projets de principe provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la présente session	Idem.
A/CN.4/L.877	Application provisoire des traités. Texte des projets de directive provisoirement adopté par le Comité de rédaction aux soixante-septième et soixante-huitième sessions	Idem.
A/CN.4/L.878	Rapport du Groupe de planification	Idem.
A/CN.4/L.879	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-huitième session : chapitre I (Organisation de la session)	Idem. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément no 10* (A/71/10). Le texte définitif figure à la page 17 *supra*.
A/CN.4/L.880	Idem : chapitre II (Résumé des travaux de la soixante-huitième session de la Commission)	Idem, page 20 *supra*.
A/CN.4/L.881	Idem : chapitre III (Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission)	Idem, page 23 *supra*.
A/CN.4/L.882 et Add.1	Idem : chapitre IV (Protection des personnes en cas de catastrophe)	Idem, page 24 *supra*.
A/CN.4/L.883 et Add.1	Idem : chapitre V (Détermination du droit international coutumier)	Idem, page 63 *supra*.
A/CN.4/L.884 et Add.1 et 2	Idem : chapitre VI (Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités)	Idem, page 89 *supra*.
A/CN.4/L.885 et Add.1 et 2	Idem : chapitre VII (Crimes contre l'humanité)	Idem, page 159 *supra*.
A/CN.4/L.886 et Add.1	Idem : chapitre VIII (Protection de l'atmosphère)	Idem, page 182 *supra*.
A/CN.4/L.887	Idem : chapitre IX (*Jus cogens*)	Idem, page 191 *supra*.
A/CN.4/L.888 et Add.1	Idem : chapitre X (Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés)	Idem, page 197 *supra*.
A/CN.4/L.889 et Add.1 à 3	Idem : chapitre XI (Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État)	Idem, page 218 *supra*.
A/CN.4/L.890	Idem : chapitre XII (Application provisoire des traités)	Idem, page 232 *supra*.
A/CN.4/L.891	Idem : chapitre XIII (Autres décisions et conclusions de la Commission)	Idem, page 240 *supra*.
A/CN.4/SR.3291 à SR.3347	Comptes rendus analytiques provisoires des 3291e à 3347e séances	Disponibles sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-huitième session. Le texte définitif figure dans *Annuaire… 2016*, vol. I.

Printed at United Nations, Geneva – 2015415 **(F)** – November 2021 – 146