



# Assemblée générale

Distr. générale  
7 mars 2016  
Français  
Original : anglais

## Commission du droit international

### Soixante-huitième session

Genève, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016

## Quatrième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités

Par Georg Nolte, Rapporteur spécial\*

### Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	3
II. Les décisions des organes d'experts . . . . .	5
1. Typologie des organes d'experts . . . . .	6
2. « Décisions » . . . . .	8
3. Force juridique des décisions des organes d'experts : vue d'ensemble . . . . .	9
4. Les organes d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme . . . . .	10
5. Autres organes d'experts . . . . .	30
6. Proposition de projet de conclusion 12 . . . . .	39
III. Décisions des juridictions nationales . . . . .	39
1. Limites imposées par le droit interne . . . . .	40
2. Classification . . . . .	41
3. Diversité des interprétations possibles . . . . .	42

\* Nous tenons à remercier, pour leur contribution à la préparation du présent rapport, M<sup>me</sup> Sonia Aichele (notamment pour la partie II.5) et M<sup>me</sup> Janina Barkholdt (notamment pour la partie II.4) (toutes deux de l'Université Humboldt de Berlin).



4.	Distinction entre le paragraphe 3 de l'article 31 et l'article 32 et importance de l'accord des parties . . . . .	44
5.	Invocation d'une pratique ultérieure qui n'est pas assortie d'un accord des parties . . . . .	45
6.	Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure . . . . .	46
7.	Projet de conclusion 13 proposé . . . . .	47
IV.	Structure et champ d'application du projet de conclusion . . . . .	48
V.	Révision du paragraphe 3 du projet de conclusion 4 . . . . .	49
VI.	Programme de travail futur . . . . .	50
Annexe		
	Projet de conclusions proposé . . . . .	52

## I. Introduction

1. En 2012, la Commission du droit international (CDI) a inscrit à son programme de travail le sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »<sup>1</sup>, issu des travaux de son groupe d'étude sur les traités dans le temps<sup>2</sup>.

2. À sa soixante-cinquième session, en 2013, la CDI a examiné le premier rapport sur le sujet et adopté provisoirement cinq projets de conclusion assortis de commentaires<sup>3</sup>. Lors du débat de la Sixième Commission concernant le rapport de la CDI sur les travaux de sa soixante-cinquième session, les États ont généralement réservé un accueil favorable aux travaux de la Commission sur le sujet<sup>4</sup>.

3. À sa soixante-sixième session, en 2014, la CDI a examiné le deuxième rapport sur le sujet et adopté provisoirement cinq nouveaux projets de conclusion assortis de commentaires<sup>5</sup>. Lors du débat de la Sixième Commission, en 2014, les délégations ont généralement salué l'adoption de ces cinq projets de conclusion, qu'elles ont jugés équilibrés et conformes à l'objectif global des travaux sur le sujet<sup>6</sup>.

4. À sa soixante-septième session, en 2015, la Commission a examiné le troisième rapport sur le sujet et adopté provisoirement le projet de conclusion 11 assorti de commentaires<sup>7</sup>. Lors du débat de la Sixième Commission, en 2015, les délégations ont généralement salué l'adoption de ce projet de conclusion<sup>8</sup>. Certains

<sup>1</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session (2012)*, Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10), chap. X, p. 124.

<sup>2</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixantième session (2008)*, Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10), annexe A, p. 389 à 408; *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante et unième session (2009)*, Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10), chap. XII, p. 363 à 365; *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-deuxième session (2010)*, Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10), chap. X, p. 322 et 323; *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (2011)*, Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10), chap. XI, p. 294 à 300.

<sup>3</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session (2013)*, Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10), chap. IV, p. 9.

<sup>4</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session*, Résumé analytique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-huitième session (A/CN.4/666), p. 3.

<sup>5</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session (2014)*, Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10), chap. VII, p. 171.

<sup>6</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session*, Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session (A/CN.4/678), p. 9.

<sup>7</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session (2015)*, Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 10 (A/70/10), chap. VIII, p. 91.

<sup>8</sup> Voir A/C.6/70/SR.20 à A/C.6/70/SR.23 : déclarations de l'Allemagne (A/C.6/70/SR.22, par. 16), de l'Autriche (A/C.6/70/SR.20, par. 34), de l'Australie (A/C.6/70/SR.22, par. 52), du Bélarus

États ont estimé que le libellé du projet de conclusion devrait mieux faire apparaître la différence entre les paragraphes 2 et 3<sup>9</sup>. D'autres ont estimé qu'il aurait fallu expliciter davantage la relation entre la « pratique bien établie de l'organisation » et sa pratique ultérieure en général<sup>10</sup>. Certains États ont convenu expressément que la pratique de l'organisation pouvait contribuer à déterminer l'objet et le but du traité fondateur, ce dont d'autres États ont dit douter<sup>11</sup>. Il a été dit qu'il convenait de souligner la différence entre la pratique des États en tant que tels et en tant que membres de l'organe plénier d'une organisation internationale<sup>12</sup>, et de noter celle entre la pratique ultérieure par laquelle était établi l'accord des parties et les autres types de pratiques<sup>13</sup>.

5. Certaines délégations auraient souhaité que le cas de figure envisagé au paragraphe 4 du projet de conclusion 11 soit illustré par davantage d'exemples<sup>14</sup>. L'Union européenne notamment a proposé que sa pratique soit expressément visée dans le commentaire, et la Jamaïque a fait de même en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de justice des Caraïbes<sup>15</sup>. Les avis ont divergé quant à savoir si le traité fondateur d'une organisation internationale pouvait être modifié du fait d'une pratique ultérieure, question sur laquelle le projet de conclusion ne se prononce pas<sup>16</sup>.

(A/C.6/70/SR.21, par. 34), du Chili (A/C.6/70/SR.22, par. 87), d'El Salvador (A/C.6/70/SR.22, par. 106), de l'Espagne (A/C.6/70/SR.22, par. 96), des États-Unis d'Amérique (A/C.6/70/SR.22, par. 42 et 43), de la Fédération de Russie (A/C.6/70/SR.23, par. 22), de la Grèce (A/C.6/70/SR.20, par. 52), de l'Iran (République islamique d') (A/C.6/70/SR.23, par. 68), de l'Italie (A/C.6/70/SR.22, par. 113), de la Jamaïque (A/C.6/70/SR.22, par. 23), de la Malaisie (A/C.6/70/SR.23, par. 43), de la Nouvelle-Zélande (A/C.6/70/SR.22, par. 33), des Pays-Bas (A/C.6/70/SR.21, par. 44), de la Pologne (A/C.6/70/SR.21, par. 60), du Portugal (A/C.6/70/SR.22, par. 62), de la République de Corée (A/C.6/70/SR.23, par. 58), de la République tchèque (A/C.6/70/SR.20, par. 69), de la Roumanie (A/C.6/70/SR.21, par. 80), du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/C.6/70/SR.23, par. 33), de Singapour (A/C.6/70/SR.21, par. 60), de la Suède (au nom des pays nordiques) (A/C.6/70/SR.20, par. 8) et de l'Union européenne (A/C.6/70/SR.19, par. 87), avec certaines réserves concernant le paragraphe 3; *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session*, Résumé analytique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-dixième session (A/CN.4/689), par. 38 à 51.

<sup>9</sup> L'Australie (A/C.6/70/SR.22, par. 54), l'Espagne (A/C.6/70/SR.22, par. 98), la Fédération de Russie (A/C.6/70/SR.23, par. 22) l'Italie (A/C.6/70/SR.22, par. 114), la République tchèque (A/C.6/70/SR.20, par. 61 et 62), la Roumanie (A/C.6/70/SR.21, par. 80) et les Pays-Bas ont en revanche souligné qu'il était souvent difficile de distinguer la pratique d'une organisation de celle des États, quel que soit le libellé (A/C.6/70/SR.21, par. 45).

<sup>10</sup> L'Autriche (A/C.6/70/SR.20, par. 36), le Bélarus (A/C.6/70/SR.21, par. 34), El Salvador (A/C.6/70/SR.22, par. 106), la Grèce (A/C.6/70/SR.20, par. 54), l'Italie (A/C.6/70/SR.22, par. 115) et le Portugal (A/C.6/70/SR.22, par. 62).

<sup>11</sup> L'Allemagne (A/C.6/70/SR.22, par. 16), la Grèce (A/C.6/70/SR.20, par. 53) et la Roumanie (A/C.6/70/SR.21, par. 80); voir cependant les États-Unis d'Amérique (A/C.6/70/SR.22, par. 44) et la Fédération de Russie (A/C.6/70/SR.23, par. 22).

<sup>12</sup> Le Bélarus (A/C.6/70/SR.21, par. 34) et la République de Corée (A/C.6/70/SR.23, par. 59).

<sup>13</sup> La République islamique d'Iran (A/C.6/70/SR.23, par. 68).

<sup>14</sup> L'Allemagne (A/C.6/70/SR.22, par. 16), le Portugal (A/C.6/70/SR.22, par. 62) et la République tchèque (A/C.6/70/SR.20, par. 60); voir aussi l'Italie (A/C.6/70/SR.22, par. 115).

<sup>15</sup> L'Union européenne (A/C.6/70/SR.19, par. 87 à 89); à cet égard, voir aussi l'Allemagne (A/C.6/70/SR.22, par. 16) et la Jamaïque (A/C.6/70/SR.22, par. 24 à 26).

<sup>16</sup> Le Chili (A/C.6/70/SR.22, par. 87), la Malaisie (A/C.6/70/SR.23, par. 49), la Nouvelle-Zélande (A/C.6/70/SR.22, par. 33), les Pays-Bas (A/C.6/70/SR.21, par. 45) et Singapour (A/C.6/70/SR.21, par. 60).

6. Certains États ont proposé que la CDI modifie le paragraphe 4 du projet de conclusion 1 et le paragraphe 3 du projet de conclusion 4 afin de prendre en compte la pratique des organisations internationales en tant qu'« autre pratique ultérieure »<sup>17</sup>. Il a également été proposé de consacrer un projet de conclusion aux traités adoptés dans le cadre d'une organisation internationale<sup>18</sup>.

7. À sa session de 2015, la CDI a prié les États et les organisations internationales de lui fournir au 31 janvier 2016 au plus tard :

a) Des exemples de décisions de tribunaux internes dans lesquelles un accord ultérieur ou une pratique ultérieure a contribué à l'interprétation d'un traité;

b) Des exemples de cas dans lesquels les textes émanant d'un organe conventionnel composé d'experts indépendants ou autres actions d'un tel organe ont été considérés comme donnant naissance à des accords ultérieurs ou à une pratique ultérieure pertinents pour l'interprétation d'un traité<sup>19</sup>.

8. À la date de soumission du présent rapport, huit contributions avaient été reçues<sup>20</sup>. Toute autre contribution sera la bienvenue à tout moment.

9. Les deux premiers rapports sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités ont porté sur les aspects généraux du sujet (A/CN.4/660 et A/CN.4/671) et le troisième sur la place des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales (A/CN.4/683). Le présent rapport examine la valeur juridique que revêtent les décisions des organes d'experts et celles des juridictions internes, à des fins d'interprétation et en tant que formes de pratique découlant des traités<sup>21</sup>.

## II. Les décisions des organes d'experts

10. Les traités sont appliqués de diverses façons, en premier lieu par les États parties eux-mêmes, notamment à leurs tribunaux. Dans de nombreux cas, les organisations internationales contribuent également à l'application des traités, notamment celle de leur acte constitutif<sup>22</sup>. Il existe en outre des traités qui créent des organes chargés de surveiller ou de favoriser par divers moyens la bonne application de leurs dispositions, notamment des organes composés d'experts siégeant à titre

<sup>17</sup> L'Autriche (A/C.6/70/SR.20, par. 38) et la Malaisie (A/C.6/70/SR.23, par. 51).

<sup>18</sup> El Salvador (A/C.6/70/SR.22, par. 107) et la Malaisie (A/C.6/70/SR.23, par. 50).

<sup>19</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-septième session (2015)*, supra, note 7, chap. III, p. 15.

<sup>20</sup> Au 7 mars 2016, l'Allemagne, l'Australie, l'Espagne, le Paraguay, la République tchèque et l'Organisation internationale du Travail (OIT) avaient remis leurs contributions écrites (on peut les consulter sur le site Web de la CDI à l'adresse suivante : [http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_11.shtml#top](http://legal.un.org/ilc/guide/1_11.shtml#top)). Les États-Unis d'Amérique (A/C.6/70/SR.22, par. 46) Singapour (A/C.6/70/SR.21, par. 62) et la Suède (au nom des pays nordiques) (A/C.6/70/SR.20, par. 8) ont présenté leurs observations en réponse à la demande formulée par la CDI dans leur déclaration à la Sixième Commission.

<sup>21</sup> Lors du débat de la Sixième Commission, les États-Unis d'Amérique (A/C.6/70/SR.22, par. 46), Singapour (A/C.6/70/SR.21, par. 62) et la Suède (au nom des pays nordiques) (A/C.6/70/SR.20, par. 8) ont invité la CDI à s'intéresser aux constatations des organes d'experts.

<sup>22</sup> Voir projet de conclusion 11, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session (2015)*, supra, note 7.

personnel (voir sous-partie 1). Les organes conventionnels composés d'experts adoptent des décisions (voir sous-partie 2), ce qui constitue une forme de pratique contribuant à l'application du traité et pouvant être prise en considération dans l'interprétation de celui-ci (voir sous-partie 3). Les organes d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme sont les plus connus (voir sous-partie 4), mais il en existe d'autres (voir sous-partie 5).

## 1. Typologie des organes d'experts

11. Le plus souvent, les organes créés en vertu d'un traité sont composés d'États ou ont le statut d'organe d'une organisation internationale. Les décisions adoptées par un organe conventionnel où siègent les représentants des États et qui ne dépend pas d'une organisation internationale constituent une forme de pratique de ces États qui agissent donc collectivement dans ce cadre. Il en est ainsi notamment des décisions d'une conférence des États Parties, au sujet desquelles la Commission a déjà adopté provisoirement le projet de conclusion 10<sup>23</sup>. Les décisions d'un organe conventionnel ayant le statut d'organe d'une organisation internationale (qu'il soit ou non composé d'États) sont imputables au premier chef à cette organisation<sup>24</sup>, encore que dans certaines circonstances elles puissent être également imputées, à des fins d'interprétation, aux États qui y siègent<sup>25</sup>.

12. Le présent rapport ne s'intéresse ni aux organes conventionnels composés d'États ni aux organes d'une organisation internationale<sup>26</sup>, mais aux organes conventionnels composés d'experts siégeant à titre personnel<sup>27</sup>, les plus connus

<sup>23</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session (2014)*; note 5, chap. VII, p. 171 et 212 à 224.

<sup>24</sup> Art. 6.1 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (2011)*; note 2, chap. V, p. 53. Comme exemple d'organe composé d'experts siégeant *ès qualité*, citons 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, et qui est donc un organe subsidiaire du Conseil; voir <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx> (page consultée le 3 mars 2016).

<sup>25</sup> Voir le projet de conclusion 12 [13] (Résolutions des organisations et conférences internationales) du texte des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier adopté provisoirement par le Comité de rédaction, A/CN.4/L.869, 14 juillet 2015; voir également l'arrêt de la Cour de justice européenne rendu dans les affaires jointes C-464/13 et C-465/13C, *Europäische Schule München c. Silvana Oberto et Barbara O'Leary*, concernant les effets de la jurisprudence de la chambre de recours des écoles européennes, par. 57 à 67.

<sup>26</sup> Comme exemple d'organe d'experts relevant d'une organisation internationale, citons la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT. Créée en 1926, elle est chargée d'examiner les rapports des gouvernements sur les conventions ratifiées. Elle se compose de 20 juristes éminents représentant diverses régions géographiques et cultures et divers systèmes juridiques, nommés par le Conseil d'administration de l'OIT pour une période de trois ans; voir <http://www.ilo.org> (page consultée le 3 mars 2016) et les informations fournies par l'OIT à la CDI sur le site Web de cette dernière : [http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_11.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/1_11.shtml).

<sup>27</sup> Voir par exemple l'article 28.3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (adopté le 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171; les membres de ces organes sont souvent désignés sous le terme d'« experts indépendants », voir C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 219; les traités en revanche ne précisent généralement pas ce que signifie l'expression « siégeant à titre personnel », si ce n'est que les membres ne doivent pas recevoir d'instructions de leur gouvernement, ce qui n'exclut pas pour autant qu'ils puissent être rattachés administrativement à l'État qui les a nommés.

étant les comités créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme à vocation universelle (notamment la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>28</sup>, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>29</sup>, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>30</sup>, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>31</sup> et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)<sup>32, 33</sup>. Des organes d'experts ont cependant été établis en vertu d'autres types de traités, notamment la Commission des limites du plateau continental, créée en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer<sup>34</sup>, le Comité de contrôle du respect des dispositions du Protocole de Kyoto, créé en vertu du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques<sup>35</sup>, le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, créé en vertu 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 (Convention d'Aarhus)<sup>36</sup>, et l'Organe international de contrôle des stupéfiants, créé en vertu de la Convention unique sur les stupéfiants<sup>37</sup>. Les membres de ces organes ne sont pas nécessairement des juristes mais certains instruments exigent que, dans la composition de l'organe, « [il

<sup>28</sup> Art. 8 à 14 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (adoptée le 7 mars 1966 et entrée en vigueur le 4 janvier 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, p. 195.

<sup>29</sup> Art. 28 à 45 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

<sup>30</sup> Art. 1 à 15 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (A/63/435), 10 décembre 2008 (adopté le 10 décembre 2008 et entré en vigueur le 5 mai 2013); le Comité a été créé à l'origine par le Conseil économique et social dans sa résolution 1987/5 du 26 mai 1987 (E/C.12/1989/4, 27, par. 9) afin de surveiller la bonne application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (adopté le 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 3 janvier 1976), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, p. 3.

<sup>31</sup> Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (adoptée le 18 décembre 1979 et entrée en vigueur le 3 septembre 1981), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, p. 13.

<sup>32</sup> Art. 17 à 24 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (adoptée le 10 décembre 1984 et entrée en vigueur le 26 juin 1987), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 85.

<sup>33</sup> Voir N. Rodley, « The Role and Impact of Treaty Bodies », in D. Shelton (dir.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 622 et 623.

<sup>34</sup> La Commission des limites du plateau continental a été créée en application de l'article 76, par. 8, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de son annexe II, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, p. 3.

<sup>35</sup> Le Comité de contrôle du respect des dispositions du Protocole de Kyoto a été créé en application de l'article 18 du Protocole (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2303, p. 162) et de la décision 24/CP.7 (*Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto*) adoptée par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto (FCCC/CP/2001/13/Add.3).

<sup>36</sup> Le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus a été créé en application de l'article 15 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 (Convention d'Aarhus) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2161, p. 447) et de la décision I/7 (*Examen du respect des dispositions*) adoptée en 2002 à la première réunion des Parties (ECE/MP.PP/2/Add.8).

<sup>37</sup> L'Organe international de contrôle des stupéfiants a été créé en application de l'article 9 de la Convention unique sur les stupéfiants, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 520, p. 151.

soit] tenu compte de l'intérêt que présente la participation aux travaux [...] de quelques personnes ayant une expérience juridique<sup>38</sup> ».

13. Les décisions de ces organes d'experts<sup>39</sup> ne constituent pas une forme de pratique imputable aux États eu égard à l'application d'un traité et ne sont généralement pas imputables à une organisation internationale. Dans la présente partie, nous nous intéresserons à la valeur qu'elles peuvent revêtir aux fins de l'interprétation des traités.

## 2. « Décisions »

14. Le terme retenu pour désigner officiellement l'acte d'un organe d'experts varie selon les traités (« constatations<sup>40</sup> », « recommandations<sup>41</sup> », « commentaires » ou « observations<sup>42</sup> », « mesures<sup>43</sup> », « mesures consécutives<sup>44</sup> »). Aux fins du présent projet de conclusions, nous retenons le terme générique « décisions »<sup>45</sup>. Parmi les

<sup>38</sup> Art. 28, par. 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; art. 17, par. 1, de la Convention contre la torture; art. 26, par. 1, de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (adoptée le 20 décembre 2006 et entrée en vigueur le 23 décembre 2010) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2716, p. 3); voir aussi sect. V, par. 3, de la décision 24/CP.7; note 35, et sect. I, par. 2, de la décision I/7; note 36.

<sup>39</sup> Parmi les autres organes d'experts citons le Comité chargé du respect des obligations créé en vertu de l'article 34 du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2226, p. 208) et de la décision BS-I/7 adoptée à la première réunion de la Conférence des Parties siégeant en tant que Réunion des Parties au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques.

<sup>40</sup> Art. 42, par. 7, alinéa c), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; art. 5, par. 4, du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques; art. 9, par. 1, du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>41</sup> Art. 9, par. 2, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; article 21, par. 1, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes; art. 45, alinéa d), de la Convention relative aux droits de l'enfant (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, p. 3); art. 33, par. 5, de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées; article 76, par. 8, de la Convention sur le droit de la mer.

<sup>42</sup> Art. 19, par. 3, de la Convention contre la torture (le mot anglais « comments » y est traduit par « commentaires »); art. 40, par. 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« comments » y est traduit par « observations »); art. 74 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (« comments » y est traduit par « commentaires »), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2220, par. 3.

<sup>43</sup> Sect. XI, par. 36, et sect. XII, par. 37, de la décision I/7, *supra*, note 36; art. 14 de la Convention unique sur les stupéfiants.

<sup>44</sup> Sect. XV de la décision 24/CP.7, *supra*, note 35.

<sup>45</sup> « Prononcements » en anglais. *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session (2015)*, *supra*, note 7, p. 15, par. 26 (« prononcements » y est traduit par « textes »); voir également Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies (« Rapport final sur les conséquences attachées aux conclusions des organismes des Nations Unies créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme »), rapport issu de la soixante et onzième conférence de l'Association de droit international, Berlin, 2004, p. 5, par. 15 (rapport non traduit en français); Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Rapport sur la mise en œuvre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme dans la législation nationale et sur le rôle des juridictions (adopté par la Commission de Venise à sa centième session plénière, Rome, les 10 et

autres termes génériques en usage, on trouve « conclusions<sup>46</sup> », « jurisprudence<sup>47</sup> » et « produits<sup>48</sup> ». Le mot « conclusions » peut prêter à confusion, dans le mesure où les organes d'experts ne se bornent pas à établir des faits mais s'emploient souvent à dire le droit, de façon explicite ou implicite. Le mot « jurisprudence » à l'inverse pourrait laisser penser que les organes d'experts rendent des décisions à caractère judiciaire, ce qui n'est généralement pas le cas. Le mot « produit » est neutre mais trop général. Le mot « décision » en revanche, relativement neutre, est susceptible d'embrasser à la fois les appréciations de fait et de droit auxquelles procèdent les organes d'experts.

### 3. Force juridique des décisions des organes d'experts : vue d'ensemble

15. La force juridique des décisions d'un organe d'experts dépend en tout premier lieu du traité lui-même. On la détermine en appliquant les règles d'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le plus souvent, il ressort du sens ordinaire du terme retenu dans le traité pour désigner le type de décisions rendues par l'organe d'experts que ces décisions n'ont pas force obligatoire<sup>49</sup>. Ainsi en est-il des termes « constatations » (art. 5, par. 4, du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques), « suggestions et recommandations » (art. 14, par. 8, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale) et « recommandations » (art. 76, par. 8, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer). Les traités contiennent parfois des termes dont il est difficile de déterminer s'ils véhiculent l'idée de force obligatoire, mais dont le contexte permet de cerner les effets juridiques éventuels<sup>50</sup>. La plupart des traités établissent

11 octobre 2014), CDL-AD(2014)036, p. 33, par. 78 (« prononcements » y est traduit par « décisions »).

<sup>46</sup> Art. 42, par. 7, al. c), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; Rapport de la Commission du droit international, *supra*, note 45, p. 5, par. 16.

<sup>47</sup> Arrêt rendu le 30 novembre 2010 dans l'affaire Ahmadou Sadio Diallo (*République de Guinée c. République démocratique du Congo*), C.I.J. Recueil 2010, p. 639, aux pages 663 et 664, par. 66; Rodley, *supra*, note 33, p. 640; A. Andrussevych, T. Alge et C. Konrad (dir.), *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2011)*, 2<sup>nd</sup> éd., Lviv, RACSE, 2011; compilation des conclusions adoptées depuis le 16 février 2005 par le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, disponible à l'adresse [http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Compilation\\_of\\_CC\\_findings.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Compilation_of_CC_findings.pdf) (page consulté le 3 mars 2016).

<sup>48</sup> R. Van Alebeek et A. Nollkaemper, « The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law », in H. Keller et L. Grover (dir.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 356 à 413, à la p. 402; Rodley, *supra*, note 33, p. 639; 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.

<sup>49</sup> Ce point est généralement admis dans la doctrine, voir Rodley, *supra*, note 33, p. 639; Tomuschat, *supra*, note 27, p. 233 et 267; D. Shelton, « The Legal Status of Normative Pronouncements of Human Rights Treaty Bodies », in H.P. Hestermeyer *et al.* (dir.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. I, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 559; Keller et Grover, « General Comments of the Human Rights Committee and their legitimacy », in Keller et Grover, *ibid.*, p. 129; Commission de Venise, *supra*, note 45, p. 32, par. 76.

<sup>50</sup> Ainsi en est-il du terme « déterminer » figurant à l'article 18 du Protocole de Kyoto et dans la décision 24/CP.7, voir G. Ulfstein et J. Werksmann, « The Kyoto Compliance System: Towards Hard Enforcement », in O. Stokke, J. Hovi et G. Ulfstein (dir.), *Implementing the Climate Regime: International Compliance*, London, 2005, p. 55 et 56.

donc clairement, par le choix des termes utilisés et par le contexte, que les décisions des organes d'experts ne sont pas en tant que telles juridiquement contraignantes<sup>51</sup>.

16. Cela n'exclut pas cependant que ces décisions puissent être prises en considération dans l'interprétation du traité, en tant que forme de pratique ultérieure découlant du traité<sup>52</sup>. Les différents instruments sont en général silencieux sur cet effet éventuel mais il y a en revanche débat dans la doctrine sur la valeur juridique qu'il convient d'accorder aux décisions des organes d'experts aux fins de l'interprétation des traités<sup>53</sup>. Le débat porte surtout sur les décisions des organes d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme (voir sous-partie 4) mais également sur les décisions d'organes établis par d'autres types d'instruments (voir sous-partie 5).

#### 4. Les organes d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme

17. Les organes d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme adoptent en général leurs décisions après examen de rapports étatiques (sous le nom par exemple d'« observations finales ») ou de communications individuelles (« constatations »), ou lorsqu'ils se prononcent sur des questions d'ordre général concernant l'application ou l'interprétation de leur instrument respectif (« observations générales »)<sup>54</sup>. La valeur de ces décisions aux fins de l'interprétation des différents traités est souvent analysée en termes généraux<sup>55</sup>.

18. Le Comité des droits de l'homme établi par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a tenté en une occasion de définir la valeur attachée à ses propres décisions aux fins de l'interprétation du Pacte dans les termes mêmes de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Dans son projet d'observation générale n° 33 soumis aux États pour commentaires, il a proposé d'assimiler son « corps de jurisprudence », ou l'acceptation par les États de cette jurisprudence, à une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 b) de l'article 31 de la Convention :

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

<sup>51</sup> Rapport de l'Association de droit international, *supra*, note 45, p. 5, par. 18; Rodley, *supra*, note 33, p. 639.

<sup>52</sup> Rodley, *supra*, note 33, p. 639; Tomuschat, *supra*, note 27, p. 267.

<sup>53</sup> Rapport de l'Association de droit international, *supra*, note 45, p. 5 à 7, par. 15 à 27; Rodley, *supra*, note 33, p. 639; H. Keller et L. Grover, « General Comments of the Human Rights Committee and their legitimacy », in Keller et Grover, *supra*, note 48, p. 116 à 198, aux pages 129 à 133; G. Ulfstein, « Individual Complaints », in Keller et Grover, *supra*, note 48, p. 73 à 115, aux pages 92 et 93; Van Alebeek/Nollkaemper, *supra*, note 48, p. 409 à 411; G. Ulfstein, « Treaty Bodies and Regimes », in D. Hollis (dir.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012; Mechlem, *supra*, note 48, p. 929 et 930.

<sup>54</sup> W. Kälin, « Examination of state reports », in Keller et Grover, *supra*, note 48, p. 16 à 72; Ulfstein, *supra*, note 53, p. 73 à 115; Mechlem, *supra*, note 48, p. 922 à 930; les observations générales ont pour fondement juridique l'article 40, par. 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, mais la pratique a été en général acceptée également en ce qui concerne les autres organes d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, voir Keller et Grover, *supra*, note 53, p. 127 et 128.

<sup>55</sup> Par exemple, Rodley, *supra*, note 33, p. 639; Shelton, *supra*, note 49, p. 574 et 575; A. Boyle et C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 155.

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<sup>56</sup>.

19. Les États-Unis d'Amérique, dans leurs commentaires concernant le projet d'observation générale n° 33, ont vigoureusement critiqué cette proposition :

Les constatations du Comité ne sauraient constituer du point de vue juridique « une pratique ultérieure » des États parties au Pacte [...]. La disposition visée en l'espèce, le paragraphe 3 b) de l'article 31, n'a jamais été interprétée, à la connaissance des États-Unis, comme s'appliquant aux constatations des organes d'experts. La « pratique ultérieure » dont il est question dans la disposition précitée s'entend généralement de la pratique effective des États parties, dès lors qu'elle est constante et commune à toutes les parties ou acceptée par elles. La « pratique ultérieure » des États parties ne saurait englober les constatations formulées par des experts « siégeant à titre personnel » au sujet de ce que ce doit être la pratique des États parties dans l'exercice des droits et obligations que leur confère le Pacte<sup>57</sup>.

20. Le Comité des droits de l'homme adoptera finalement l'observation générale n°33 sans y mentionner expressément le paragraphe 3 b) de l'article 31 ni avancer l'idée que ses constatations, et la suite que leur donnent les États parties, peuvent constituer une forme de pratique ultérieure<sup>58</sup>. Il se bornera à conclure :

Même si la fonction conférée au Comité des droits de l'homme pour examiner des communications émanant de particuliers n'est pas en soi celle d'un organe judiciaire, les constatations qu'il adopte en vertu du Protocole facultatif présentent certaines caractéristiques principales d'une décision judiciaire. Elles sont le résultat d'un examen qui se déroule dans un esprit judiciaire, marqué notamment par l'impartialité et l'indépendance des membres du Comité, l'interprétation réfléchie du libellé du Pacte et le caractère déterminant de ses décisions<sup>59</sup>.

[...]

Les constatations du Comité au titre du Protocole facultatif constituent une décision qui fait autorité, rendue par l'organe institué en vertu du Pacte lui-même et chargé d'interpréter cet instrument. Ces constatations tiennent

<sup>56</sup> 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, au paragraphe 17; cette position a été défendue par plusieurs auteurs, voir Keller et Grover, *supra*, note 53, p. 130 à 132, où sont citées d'autres références.

<sup>57</sup> Commentaires des États-Unis concernant le projet d'observation générale n° 33 du Comité des droits de l'homme (« Les obligations des États parties en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques »), par. 17, 17 octobre 2008, disponible à l'adresse <http://www.state.gov/documents/organization/138851.pdf> (page consultée le 3 mars 2016).

<sup>58</sup> CCPR/C/GC/33.

<sup>59</sup> *Ibid.*, par. 11.

leur caractère, et l'importance qui s'y attache, du fait que le rôle conféré au Comité en vertu du Pacte et du Protocole forme un tout<sup>60</sup>.

21. Le fait que le Comité n'a pas donné suite à sa proposition de considérer ses constatations, prises isolément ou dans leur ensemble, comme un « corps de jurisprudence » et une forme de pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 b) de l'article 31 ne signifie cependant pas que ses décisions ne doivent pas être prises en considération dans le cadre du présent sujet.

22. Des juridictions nationales et internationales, des sociétés savantes et de nombreux auteurs se sont intéressés à la valeur juridique qu'il convenait d'accorder aux décisions des organes d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme aux fins de l'interprétation de ces instruments<sup>61</sup>. Certains auteurs estiment que ces décisions ont une portée minimale<sup>62</sup>, d'autres en revanche considèrent qu'elles font autorité<sup>63</sup> et, de ce fait, « tendent à les transformer en obligations juridiquement contraignantes »<sup>64</sup>.

23. Le « Rapport final sur les conséquences attachées aux conclusions des organismes des Nations Unies créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme », adopté en 2004 par l'Association de droit international, nous offre une

<sup>60</sup> Ibid., par. 13.

<sup>61</sup> Voir *supra*, note 53, et P. Alston et R. Goodman, *International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 834 et 835; M. Nowak et E. McArthur, *The United Nations Convention against torture: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 77 et 78; Tomuschat, *supra*, note 27, p. 233 à 237 et p. 266 à 268; M. O'Flaherty, « The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies », *Human Rights Law Review*, vol. 6, 2006, p. 27 à 52, à la page 35; R. Hanski et M. Scheinin (dir.), *Leading Cases of the Human Rights Committee*, Turku/Åbo, Institute for Human Rights, 2007, p. 23 et 24.

<sup>62</sup> Voir par exemple N. Ando, « L'avenir des organes de supervision : limites et possibilités du Comité des droits de l'homme », *Annuaire Canadien des droits de la personne*, 1991-1992, p. 183 à 189, à la page 186; M. J. Dennis et D. P. Stewart, « Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health », *American Journal of International Law*, 98, 2004, p. 462 à 515, aux pages 493 à 495; Informations communiquées par la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'éducation, M<sup>me</sup> Katarina Tomasevski (3 février 2004), Commission des droits de l'homme, première session du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'élaborer un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (23 février-5 mars 2005) (E/CN.4/2004/WG.23/CRP.4, par. 8) (« L'une des autres grandes questions examinées par le Groupe de travail porte sur l'incidence que les observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels pourraient avoir sur l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Le Comité a adopté diverses observations générales qui débordent largement le texte du Pacte. [...] Si cette pratique tend à favoriser une conception des droits de l'homme assise sur les droits plutôt que les traités, elle porte néanmoins atteinte au principe de sécurité juridique, car elle fait dire à un texte de droit ce qu'il ne contient tout simplement pas. Par conséquent, une démarche interprétative utile pourrait consister à s'intéresser avant tout à la définition juridique que la jurisprudence internationale et interne donne des droits économiques, sociaux et culturels. »)

<sup>63</sup> Voir par exemple M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2<sup>e</sup> éd., Kehl am Rhein, Engel Verlag, 2005, p. 893; Scheinin, *supra*, note 61, p. 23; H. J. Steiner et P. Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 265.

<sup>64</sup> Van Alebeek/Nollkaemper, *supra*, note 48, p. 384 et 385; voir également Ulfstein, *supra*, note 53, p. 92 et 93.

bonne entrée en matière<sup>65</sup>. S'appuyant sur un vaste ensemble de décisions de justice rendues dans de nombreux États, de décisions de juridictions internationales et de publications disponibles au moment de l'établissement du rapport, ainsi que sur les débats du comité de l'Association chargé d'étudier la question, le rapport part de l'opinion communément admise selon laquelle les décisions des organes d'experts créés en vertu d'instruments des droits de l'homme « ne valent pas en elles-mêmes interprétation contraignante des traités »<sup>66</sup>. Il précise notamment :

Les États soulignent en général que, s'il convient d'attacher une grande importance aux constatations, observations, observations finales, observations générales et recommandations des organes conventionnels, en ce qu'elles constituent des avis d'experts sur des questions relevant du traité, elles ne constituent pas en elles-mêmes interprétation officielle et obligatoire du traité<sup>67</sup>.

24. Le rapport cite à titre d'exemple une déclaration de la Norvège :

Bien que les recommandations et les critiques formulées par les organes de surveillance soient dénuées de force obligatoire, les autorités norvégiennes leur attachent une grande importance, car elles permettent d'orienter utilement les efforts déployés sans relâche en vue d'assurer la stricte application des conventions relatives aux droits de l'homme<sup>68</sup>.

25. Cela étant posé, le rapport aborde ensuite une « question plus difficile », à savoir si les décisions des organes d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme « font partie des sources traditionnelles du droit international, que ce soit aux fins de l'interprétation des traités ou au regard du

<sup>65</sup> Rapport de l'Association de droit international, *supra*, note 45.

<sup>66</sup> Rapport de l'Association de droit international, *supra*, note 45, p. 5, par. 15; Tomuschat, *supra*, note 27, p. 233 et 267.

<sup>67</sup> Rapport de l'Association de droit international, *supra*, note 45, p. 5, par. 16.

<sup>68</sup> Ministère norvégien des Affaires étrangères, « Human Rights in Norway », White Paper to the Storting (St.meld. nr. 21 (1999-2000) Menneskeverd i sentrum, 4. Menneskerettigheter i Norge), texte anglais disponible à l'adresse [https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/ud/stmeld/19992000/report\\_no-21\\_to\\_the\\_storting\\_1999-2000/4/3/2/id192530/](https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/ud/stmeld/19992000/report_no-21_to_the_storting_1999-2000/4/3/2/id192530/) (page consultée le 3 mars 2016); commentaires du Gouvernement des États-Unis concernant les observations finales du Comité des droits de l'homme, 12 février 2008 (CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1/Add.1, 8-9); vues du Gouvernement australien concernant le projet d'observations générale n° 35 sur l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Liberté et sécurité de la personne et droit de ne pas être arrêté et détenu arbitrairement), mai 2014, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/DGCArticle9.aspx> (page consultée le 3 mars 2016), par. 6 (« Tout en considérant que les constatations du Comité font autorité eu égard à l'interprétation des droits consacrés par le Pacte, l'Australie ne pense pas qu'elles permettent de définir la nature et la portée des obligations qui en découlent »); déclaration de la délégation canadienne lors de l'examen par le Conseil des droits de l'homme du rapport présenté par le Canada, communiqué de presse, 8 juillet 2015 (« Bien que les constatations du Comité n'aient pas force obligatoire, le Canada les a fait siennes dans la majorité des cas »), <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16215&LangID=E> (page consultée le 3 mars 2016); observations du Gouvernement du Royaume-Uni concernant l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme (CCPR A/50/40) (1995) (« Le Royaume-Uni sait pertinemment que les observations générales du Comité n'ont pas force obligatoire »).

développement du droit international coutumier »<sup>69</sup>. Selon le rapport, deux approches sont possibles :

Dans le cadre d'une conception traditionnelle de l'interprétation des instruments relatifs aux droits de l'homme – conception fermement défendue par la Commission du droit international et certains États s'agissant spécifiquement des réserves – les conclusions des Comités eux-mêmes ne sauraient constituer une pratique étatique [...]. En revanche, les réponses de chaque État partie ou de l'ensemble des États parties à ces conclusions forment une telle pratique<sup>70</sup>.

26. Dans le cadre de la seconde approche :

Le passage de l'article 31 est libellé sur la pratique ultérieure – à l'instar de beaucoup d'autres dispositions [de la Convention de Vienne sur le droit des traités] – est libellé comme s'il n'existait aucun organe de surveillance créé par traité ni aucun intérêt tiers et comme s'il n'appartenait qu'aux États de se surveiller mutuellement et d'intervenir quand l'un d'eux manque à ses obligations. Les instruments relatifs aux droits de l'homme diffèrent à bien des égards de l'archétype du traité multilatéral qui a servi de base à l'élaboration des différentes dispositions [de la Convention de Vienne]. Compte tenu de ces différences, on peut soutenir qu'en interprétant ces types d'instruments [...], il convient d'englober dans la pratique ultérieure non seulement la pratique ultérieure des États, mais également les avis soigneusement pesés qu'ont rendus les organes conventionnels dans l'exercice des prérogatives que leur ont confiées les États parties<sup>71</sup>.

27. Sans prendre expressément parti en faveur de l'une ou l'autre approche, nous poursuivrons notre étude en examinant la suite donnée par les États parties aux décisions des organes des droits de l'homme. Nous nous intéresserons en particulier à la place que leur accordent les juridictions nationales et internationales aux fins de l'interprétation. Avant d'examiner la question de savoir si les instruments relatifs aux droits de l'homme doivent être interprétés selon des méthodes particulières<sup>72</sup>, il convient donc d'examiner quelle position les juridictions internationales et les États parties, notamment leurs tribunaux, ont adoptée concernant la valeur interprétative des décisions des organes d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme.

#### a) Juridictions internationales

28. La Cour internationale de Justice a confirmé, en particulier en 2010 dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, que les décisions du Comité des droits de l'homme étaient pertinentes aux fins de l'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques :

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

<sup>69</sup> Rapport de l'Association de droit international, *supra*, note 45, p. 5, par. 17.

<sup>70</sup> Rapport de l'Association de droit international, *supra*, note 45, p. 6, par. 21.

<sup>71</sup> Rapport de l'Association de droit international, *supra*, note 45, p. 6, par. 22.

<sup>72</sup> B. Schlütter, « Aspects of human rights interpretation by the UN treaty bodies », in Keller et Grover, *supra*, note 48, p. 261 à 319, aux pages 263 à 266.

individuelles qui peuvent lui être adressées à l'égard des États parties au premier Protocole facultatif, 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 celle 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<sup>73</sup>.

29. Le rapport de l'Association de droit international présente une conclusion similaire en ce qui concerne les juridictions internationales. Les cours régionales des droits de l'homme ont également retenu les décisions des organes d'experts comme une source d'inspiration possible, sans pour autant les considérer comme juridiquement contraignantes<sup>74</sup>.

30. La Cour internationale de Justice n'expose cependant pas davantage que les autres juridictions internationales la pertinence de « l'interprétation adoptée par cet organe indépendant » au regard des règles d'interprétation contenues dans la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, 30 novembre 2010, C.I.J. Recueil 2010, p. 639, [p. 663 et 664,] par. 66. Voir également 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, [p. 27,] par. 39; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*; C.I.J. Recueil 2004, [p. 136, p. 179-81,] par. 109, 110 et 112 et [p. 192-93,] par. 136, où la Cour mentionne diverses décisions prononcées par le Comité des droits de l'homme et le 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, [p. 457,] par. 101, où la Cour se réfère à des décisions du Comité contre la torture aux fins de déterminer la portée temporelle de la Convention contre la Torture.

<sup>74</sup> Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Case of the Constitutional Tribunal (Camba Campos et al.) v. Ecuador*, arrêt du 28 août 2013, par. 189 et 191; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Civil Liberties Organisation and others v. Nigeria*, Communication n° 218/98, Décisions sur les communications présentées à la Commission, vingt-neuvième session ordinaire, Tripoli, Libye, mai 2001, par. 24 (« En interprétant et en appliquant la Charte Africaine, la Commission se fonde sur les précédents juridiques de plus en plus nombreux créés par ses décisions prises sur presque quinze ans environ; elle 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 and The Centre for Economic and Social Rights v Nigeria*, Communication n° 155/96, Décisions sur les communications présentées à la Commission, trentième session ordinaire, Banjul, Gambie, octobre 2001, par. 63 (« s'inspire de la définition du terme "expulsions forcées" donnée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels [dans son Observation générale n° 7] »); *Margus c. Croatie*, arrêt du 27 mai 2014, Requête n° 4455/10 [2014] CEDH 523 par. 48 à 50; *Baka c. Hongrie*, arrêt du 27 mai 2014, requête n° 20261/12 [2014] CEDH 528, par. 58; *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, arrêt du 17 janvier 2012, requêtes n° 8139/09 [2012], CEDH 56, par. 107 et 108, 147 à 151, 155 et suiv., 158; *Gäfgen c. Allemagne*, arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2010, requête n° 22978/05 [2010] CEDH 759, par. 68 et 70 à 72; plus généralement, en ce qui concerne les cours régionales, voir : Rapport de l'ADI, *supra*, note 45 p. 5, p. 29 à 38, par. 116 à 155.

<sup>75</sup> Rapport de l'ADI, *supra*, note 45, p. 5, par. 17.

## b) Juridictions internes

31. Le rapport final de l'Association de droit international fait état d'un grand nombre de décisions judiciaires dans lesquelles des juridictions nationales ont mentionné des décisions prononcées par des organes créés par les traités relatifs aux droits de l'homme<sup>76</sup>. Ce rapport, dont les auteurs admettent qu'il comporte, pour ce qui est de la collecte et de l'analyse des données, un certain nombre de lacunes<sup>77</sup>, contient néanmoins une collection de décisions vaste et assez représentative des différentes régions, en lieu et place semble-t-il d'une analyse plus approfondie et détaillée<sup>78</sup>.

32. Dans la vaste majorité des cas, les juridictions internes ont considéré, dans leurs décisions, qu'elles n'étaient pas juridiquement liées par les décisions d'organes d'experts créés par les traités relatifs aux droits de l'homme<sup>79</sup>; dans d'autres cas, elles ont fait valoir que ces organes n'étaient pas des tribunaux<sup>80</sup> et qu'aucune base juridique ne pouvait rendre leurs décisions obligatoires en droit interne<sup>81</sup>. La plupart des juridictions ont cependant reconnu qu'il y avait lieu d'accorder à de telles décisions une grande importance aux fins d'établir le sens d'un droit à prendre en considération ou de déterminer la présence d'une violation<sup>82</sup>. La Cour fédérale administrative allemande a justifié cette approche :

Ces textes n'ont pas force obligatoire en droit international. Les observations finales qu'ils contiennent donnent cependant des indications à propos de ce qui est généralement admis dans la pratique des États. Les

<sup>76</sup> Rapport de l'ADI, *supra*, note 45, p. 13 à 27, par. 46 à 109.

<sup>77</sup> Rapport de l'ADI, *supra*, note 45, p. 44, par.179 et p. 7, par. 28, note de bas de p. 29.

<sup>78</sup> La collection « Oxford Reports on International Law in Domestic Courts (ILDC) » contient un certain nombre d'affaires pertinentes, voir <http://opil.ouplaw.com/page/ILDC/oxford-reports-on-international-law-in-domestic-courts> (site visité le 3 mars 2016).

<sup>79</sup> voir les décisions citées dans le rapport de la Commission de Venise, *supra*, note 45, p. 30 (Cour suprême d'Irlande, *Kavanagh (Joseph) v. Governor of Mountjoy Prison and Attorney General* [2002] IESC 13, par. 36; Conseil d'État français, *Hauchemaille c. France*; ILDC 767 (FR 2001) 11 octobre 2001, par. 22.

<sup>80</sup> France, Conseil d'État : *Hauchemaille c. France*, *supra*, note 79, par. 22; Sri Lanka, Cour suprême : *Singarasa (Nallaratnam) v. Attorney General, Application for judicial review*, 15 septembre 2006, SC Spl (LA) n° 182/99, par. 21; Nouvelle-Zélande, Court of Appeal: *Wellington District Legal Services Committee v. Tangiora* [1998] 1 NZLR 129, 137; Espagne, Cour constitutionnelle, arrêt du 3 avril 2002, affaire n° STC 70/2002, par. 7.

<sup>81</sup> Canada, Cour d'appel de l'Ontario : *Ahani v. Canada (Attorney General), Revised February 12, 2002*, par. 33 (« faire droit à la prétention d'Ahani, ce serait cependant convertir une demande non contraignante, formulée dans un pacte qui n'a jamais fait partie du droit canadien, non seulement en une obligation contraignante applicable au Canada par un tribunal canadien, mais encore en un principe constitutionnel de justice fondamentale. Ce résultat est à mon avis intenable »). *Kavanagh (Joseph) v. Governor of Mountjoy Prison and Attorney General*, *supra*, note 79, par. 42 (« les termes du Pacte n'ont pas été transposés en droit irlandais. Ils ne peuvent prévaloir sur les dispositions de la loi de 1939 sur les crimes contre l'État ou sur un jugement de culpabilité prononcé par une juridiction sur la base de ces dispositions. Pour les raisons déjà indiquées, on ne saurait annuler ce jugement sur la base des opinions du Comité sans enfreindre les dispositions de la section 6 de l'article 29, de la section 2 1) de l'article 15 et la section 1 de l'article 34 de la Constitution »). Voir cependant Van Alebeek/Nollkaemper, *supra*, note 48, p. 367 à 371, qui citent des décisions de juridictions internes ayant autorisé la prise en considération et l'application de décisions d'organes d'experts créés par les traités droits de l'homme dans des systèmes juridiques dualistes, p. 379 à 380.

<sup>82</sup> Rapport de l'ADI, *supra*, note 45, p. 43, par. 175.

Observations générales exposent de façon convaincante les normes tirées de la pratique du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et elles servent donc de moyens d'interprétation des termes du Pacte et contribuent à façonner leur compréhension par les États parties<sup>83</sup>.

33. Il est arrivé, mais seulement à titre exceptionnel, qu'une juridiction interne considère une décision d'organe d'experts soit comme « faisant autorité »<sup>84</sup> soit, au contraire, comme étant « dénuée de valeur »<sup>85</sup>. Une analyse plus récente a confirmé cette situation<sup>86</sup>. Les conclusions du rapport final de l'Association de droit international sont résumées comme suit :

S'il est vrai que les juridictions nationales ne sont généralement pas disposées à accepter d'être expressément liées par les interprétations de dispositions conventionnelles données par les comités, la plupart d'entre elles ont admis qu'il convient, étant donné que les organes d'experts sont chargés par les parties d'assumer des fonctions découlant des traités, d'accorder une grande importance aux interprétations qu'ils donnent de ces textes aux fins de déterminer le sens d'un droit à prendre en considération ou l'existence d'une violation de ce droit<sup>87</sup>.

34. Cette conclusion n'est cependant pas incompatible avec le fait qu'il existe également des cas dans lesquels des juridictions internes n'ont pas fait référence aux organes conventionnels dans leurs décisions, bien que ces organes aient prononcé des décisions pertinentes. Cela a conduit R. Van Alebeek et A. Nollkaemper à conclure ce qui suit :

En résumé, du fait du caractère non contraignant de ces décisions, il semble que l'approche générale des juridictions internes à l'égard des textes

<sup>83</sup> Allemagne, Cour fédérale administrative: BVerwGE vol. 134, p. 1, p. 22 par. 48 (traduction de l'auteur; original: « Diese Texte sind völkerrechtlich nicht verbindlich. Jedoch können den abschließenden Bemerkungen Hinweise auf die allgemeine konsentierete Staatenpraxis entnommen werden. Die allgemeinen Bemerkungen beschreiben in autorisierter Form die Standards in der Praxis des Sozialausschusses, dienen damit als Interpretationshilfe und prägen so das Verständnis der vertraglichen Rechtsbegriffe durch die Vertragsstaaten mit. »).

<sup>84</sup> Afrique du Sud, Haute Cour du Witwatersrand: *Residents of Bon Vista Mansions v. Southern Metropolitan Local Council*, 2002 (6) BCLR p. 625 à 629 (« les observations générales font autorité en droit international »); Hong Kong, Cour d'appel: *R v. Sin Yau-ming*, 30 septembre 1991, (1991) 1 HKPLR, p. 88 et 89, par. 3 (« poids considérable »); Canada, Cour suprême : *Suresh c. Canada*, 11 janvier 2002, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, par. 67 (« manifestement tiré du PIDCP »); Nouvelle-Zélande, Cour d'appel : *R. v. Goodwin (No. 2)*, [1990-1992] 3 N.Z.B.O.R.R. p. 314 à 321 (« source convaincante considérable »); Pays-Bas, Tribunal d'appel central : *Appellante v. de Raad van Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, 21 juillet 2006, LJN: AY5560 (où il est indiqué que les avis du Comité, même s'ils n'ont pas force obligatoire, ont un poids considérable à des fins d'interprétation et que seules des raisons impérieuses d'intérêt public justifient qu'on s'en écarte); Belize, Cour suprême : *Cal and Others v. Attorney-General of Belize and Minister of Natural Resources and Environment & Coy and Others v. Attorney-General of Belize and Minister of Natural Resources and Environment*, 18 October 2007, (2007) 135 ILR 77.

<sup>85</sup> Royaume-Uni, Chambre des Lords, *Jones v. Saudi Arabia*, 14 juin 2006, [2006] UKHL 26; (2007) 1 AC 270, par. 57 (« dénué de valeur »); Japon, Tribunal de district de Tokyo : jugement du 15 mars 2001, 1784 Hanrei Jiho 67, p. 74 (« l'observation générale ne constitue pas une interprétation du pacte faisant autorité et elle n'impose pas davantage au Japon une interprétation du pacte »).

<sup>86</sup> Van Alebeek/Nollkaemper, *supra*, note 48, p. 397 à 404.

<sup>87</sup> Rapport de l'ADI, *supra*, note 45, p. 43, par. 175.

émanant des organes conventionnels consiste à faire un choix sélectif. Si une juridiction est convaincue par l'interprétation des obligations de l'État donnée dans le texte en question, elle fait état de l'autorité de ce texte. Dans le cas contraire, elle souligne son caractère non contraignant<sup>88</sup>.

35. Lorsqu'elles ont considéré et mentionné des décisions d'organes d'experts, les juridictions internes n'ont que rarement tenté d'expliquer la base juridique sur laquelle elles se fondaient pour dire que ces décisions, bien qu'elles ne soient pas juridiquement contraignantes à proprement parler, devaient être prises en compte. Elles se sont contentées, pour la plupart, de mentionner ces décisions en passant<sup>89</sup>.

### c) Précédents travaux de la Commission

36. Dans son *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*<sup>90</sup>, la Commission a examiné la question de l'effet juridique, aux fins de l'interprétation des traités, des décisions d'organes d'experts créés par les traités des droits de l'homme. La Directive 3.2.1 est ainsi libellée :

#### **Compétence des organes de contrôle de l'application de traités en matière d'appréciation de la validité substantielle d'une réserve**

1. En vue de s'acquitter des fonctions dont il est chargé, un organe de contrôle de l'application d'un traité peut apprécier la validité substantielle des réserves formulées par un État ou une organisation internationale.

2. L'appréciation faite par un tel organe dans l'exercice de cette compétence n'a pas davantage d'effets juridiques que ceux de l'acte qui la contient.

37. Cette directive laisse supposer que les décisions d'organes de contrôle de l'application des traités contenant une appréciation de la validité substantielle d'une réserve ont un effet égal – et donc, non supérieur – à celui que produisent de telles décisions d'une manière générale. Prudemment libellée, elle n'aborde pas la question de savoir quel effet juridique au juste produisent lesdites décisions aux fins de l'interprétation des traités. La Directive 3.2.3 traite cependant plus directement de cette question :

#### **Prise en considération de l'appréciation des organes de contrôle de l'application de traités**

Les États et les organisations internationales qui ont formulé des réserves à un traité instituant un organe de contrôle de son application doivent tenir compte de l'appréciation par celui-ci de la validité substantielle des réserves.

<sup>88</sup> Van Alebeek/Nollkaemper, *supra*, note 48, p. 402 et 403.

<sup>89</sup> Van Alebeek/Nollkaemper, *supra*, note 48, p. 401; le jugement prononcé le 28 octobre 1994 par la Haute Cour d'Osaka, 1513 *Hanrei Jiho* 71, 87, 38 *Japanese Annual of International Law* 118 (1995), est l'un des rares dans lesquels cela a été le cas; Allemagne, Cour fédérale administrative, *supra*, note 83.

<sup>90</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-troisième session (2011) supra*, note 2.

38. Dans son commentaire de cette directive, la Commission a déclaré ce qui suit :

Il ne fait aucun doute que les États contractants ou organisations contractantes ont un devoir général de coopération avec les organes de contrôle de l'application du traité qu'elles ont créés – ce que rappelle l'expression « doivent tenir compte » dans la première partie de la directive. 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<sup>91</sup>.

39. Ce commentaire de la Commission n'a pas pour seul objet les décisions des organes de contrôle de l'application des traités concernant la validité substantielle des réserves. Il est formulé en termes généraux, sur la base de considérations qui sont communément applicables à toute décision prononcée par ces organes dans l'exercice de leur mandat. L'affirmation qu'il contient concerne non seulement l'effet juridique de la décision d'un organe de contrôle en tant que tel mais également, par conséquence nécessaire, son effet sur l'interprétation du traité proprement dit.

40. De même que la plupart des juridictions internationales et nationales, la Commission n'a pas explicité sa position au regard des règles générales d'interprétation prévues par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Nous aborderons à présent cette question.

**d) Pertinence des décisions d'organes d'experts au regard des règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités**

41. Certains auteurs ont mis en doute le bien-fondé d'une interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme conformément aux règles générales d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, au motif que ces textes auraient selon eux un caractère spécial<sup>92</sup>. D'autres auteurs ont soutenu que les articles 31 et 32 pouvaient s'appliquer aux traités relatifs aux droits de l'homme, faisant notamment valoir que leurs dispositions ménageaient la possibilité de tenir compte, en dernière analyse, des aspects spécifiques desdits traités<sup>93</sup>. La Commission elle-même, examinant le projet de conclusion 1 du présent projet d'articles, a décidé de laisser en suspens la question de savoir s'il convenait

<sup>91</sup> Ibid, p. 423, par. 3.

<sup>92</sup> M. Craven, « Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law », *European Journal of International Law* (2000), vol. 11 n° 3, p. 489 à 519, p. 497 à 499; T. Giegerich, « Reservations to Multilateral Treaties » (2010), in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible sur le site : <http://www.mpepil.com> (visité le 3 mars 2016), par. 31.

<sup>93</sup> M. Fitzmaurice, « Interpretation of Human Rights Treaties », in D. Shelton, (dir.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press 2013), p. 739 à 771, en particulier p. 769 et 770; R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford: Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2014), p. 474 à 478; Mechlem, *supra*, note 48, p. 919 à 920.; Schlütter, *supra*, note 72, p. 317.

de faire référence à la nature du traité en tant que considération pertinente à des fins d'interprétation, tout en estimant que toutes les questions d'interprétation des traités pouvaient être réglées dans le cadre des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne<sup>94</sup>. Il n'y a en effet aucune raison de penser que les articles 31 et 32 seraient insuffisants pour permettre de traiter des aspects particuliers des traités relatifs aux droits de l'homme. Ces deux dispositions, de même que la Convention de Vienne en général, ne sont pas seulement applicables à un « type idéal », limité, de traité multilatéral<sup>95</sup>, car elles ont été élaborées alors même que l'existence des organes d'experts, au sein du régime des droits de l'homme qui se faisait alors jour, était déjà bien connue<sup>96</sup>. De même que les cours internationales des droits de l'homme, les organes d'experts créés par des traités relatifs aux droits de l'homme invoquent et appliquent eux-mêmes à l'occasion les règles d'interprétation de la Convention de Vienne<sup>97</sup>. Il y a donc lieu d'apprécier la pertinence des décisions d'organes d'experts aux fins de l'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme sur la base et dans le cadre des règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne.

*Décisions répondant ou donnant lieu à des accords ultérieurs à une pratique ultérieure des États parties eux-mêmes*

42. Les décisions d'un organe d'experts créé par un traité relatif aux droits de l'homme ne peuvent, en elles-mêmes, constituer une pratique ultérieure au sens de l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31, étant donné que cette disposition suppose que l'accord des parties est établi par une pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité. Le Comité des droits de l'homme a d'ailleurs renoncé à considérer, ainsi qu'il l'avait lui-même proposé, ses décisions comme une forme de pratique ultérieure au sens de l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31<sup>98</sup>.

43. Les décisions d'organes d'experts peuvent cependant répondre ou donner lieu à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure *des parties elles-mêmes* par lesquels est établi l'accord à l'égard de l'interprétation du traité aux termes des alinéas a) ou b) du paragraphe 3 de l'article 31. Cette possibilité a été admise par la Commission<sup>99</sup>, par des États<sup>100</sup>, par l'Association de droit international dans son

<sup>94</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante cinquième session (2013)*, *supra*, note 3, p. 19 et 20, par. 16.

<sup>95</sup> Rapport de l'ADI, *supra*, note 45, p. 6, par. 22.

<sup>96</sup> La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont tous deux été adoptés en 1966, au terme de négociations longues et bien en vue.

<sup>97</sup> Voir, par exemple, Communication n° 118/1982, *Alberta Union c. Canada*, décision du 18 juillet 1986, par. 6.3; G. Nolte, « Second Report on Treaties over time », in G. Nolte, (dir.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford: Oxford University Press 2013), p. 276 et 277, 244 à 246 (Cour européenne des droits de l'homme), 269 et 270 (Cour interaméricaine des droits de l'homme); Schlütter, *supra*, note 72, p. 273; Keller/Grover, *supra*, note 53, p. 164.

<sup>98</sup> Voir *supra*, note 58.

<sup>99</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante cinquième session (2013)*, *supra*, note 3, p. 23, par. 10.

<sup>100</sup> « Les réactions des États parties aux décisions ou activités d'un organe conventionnel peuvent, dans certaines circonstances, constituer une pratique ultérieure (de ces États) au sens de l'article 31, par. 3. » Déclaration des États-Unis devant la Sixième Commission le 3 novembre 2015 (A/C.6/70/SR.22, par. 46).

rapport final<sup>101</sup> et par divers auteurs<sup>102</sup>. Rien n'empêche un accord ultérieur entre les parties ou une pratique ultérieure par laquelle est établi l'accord *des parties elles-mêmes* à l'égard de l'interprétation d'un traité de découler, ou d'être l'inspiration, d'une décision émanant d'un organe d'experts. Cela ne contredit nullement le principe selon lequel de telles décisions n'ont pas force obligatoire étant donné que l'effet juridique au sens des alinéas a) ou b) du paragraphe 3 de l'article 31 ne serait pas produit par la décision elle-même mais découlerait de la conduite et de l'accord des États parties.

44. S'il est donc possible, en principe, qu'une décision d'un organe d'experts créé par un traité relatif aux droits de l'homme soit à l'origine d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure *des parties* au sens des alinéas a) ou b) du paragraphe 3 de l'article 31, cela reste difficilement envisageable en pratique<sup>103</sup>. La plupart des traités de portée universelle relatifs aux droits de l'homme ont un grand nombre de parties. Il serait la plupart du temps très difficile d'établir que toutes les parties sont convenues, expressément ou ainsi que l'indique leur pratique, que telle décision d'un organe d'experts reflète l'interprétation correcte du traité. En réalité, les organes d'experts créés par les traités relatifs aux droits de l'homme ont eux-mêmes rarement tenté d'identifier précisément la pratique des parties aux fins d'interpréter une disposition conventionnelle<sup>104</sup>.

45. La décision du Comité des droits économiques sociaux et culturels, dans son observation générale n° 15 (2002), selon laquelle les articles 11 et 12 du Pacte relatif aux droits économiques sociaux et culturels prévoient implicitement le droit à l'eau, offre l'exemple d'une façon selon laquelle peut s'établir un accord des parties<sup>105</sup>. Après avoir débattu de la question plusieurs années, l'Assemblée générale a finalement adopté par consensus, le 17 décembre 2015, une résolution qui reprend l'interprétation du Comité<sup>106</sup>. Si le consensus signifie effectivement que toutes les parties ont acquiescé à l'interprétation qui est contenue dans la décision du Comité, alors cette résolution peut correspondre à un accord au sens des alinéas a) ou b) du paragraphe 3 de l'article 31<sup>107</sup>.

46. Une autre façon, pour les décisions d'organes d'experts, de faire écho ou de donner naissance à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure au sens des alinéas a) ou b) du paragraphe 3 de l'article 31 peut résulter de la pratique récente

<sup>101</sup> Rapport de l'ADI, *supra*, note 45, p. 6, par. 21.

<sup>102</sup> Mechlem, *supra*, note 48, p. 920 et 921; Schlütter, *supra*, note 72, p. 289 et 290; M. Herdegen, *Völkerrecht* (Munich, 10<sup>e</sup> éd., 2011), p. 125; Ulfstein, *supra*, note 53, p. 96; M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – A Perspective on its Development* (Oxford: Clarendon Press 1995), p. 91.

<sup>103</sup> Schlütter, *supra*, note 72, p. 293 et 318.

<sup>104</sup> Pour des exemples, voir Nolte, *supra*, note 97, p. 278-282, en particulier p. 281; Schlütter, *supra*, note 72, p. 318; à cet égard, la pratique des organes d'experts créés par les traités universels relatifs aux droits de l'homme diffère considérablement de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, voir Nolte, *ibid.*, p. 246 à 262.

<sup>105</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 15 (2002) (E/C.12/2002/11), 20 janvier 2003.

<sup>106</sup> Résolution 70/169 (17 décembre 2015) adoptée par l'Assemblée générale sans avoir été mise aux voix, rappelant l'observation générale n° 15 : le droit à l'eau (20 janvier 2003) (E/C.12/2002/11) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels; voir au préalable la résolution 64/292 (28 juillet 2010) de l'Assemblée générale, adoptée avec 41 abstentions.

<sup>107</sup> Voir le projet de conclusion 10 3) et son commentaire dans *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-sixième session (2013)*, *supra*, note 5, p. 222 à 224, par. 31 à 38.

suivie par le Comité des droits de l'homme dans le cadre de sa surveillance de l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, consistant à soumettre préalablement à leur adoption ses observations générales aux États membres pour commentaires<sup>108</sup>. Selon les réactions des États, ces observations générales peuvent finir par refléter un accord des parties concernant l'interprétation du pacte, ou donner naissance à un tel accord.

47. Dans bien des cas, l'accord de toutes les parties à un traité au sujet de l'interprétation contenue dans une décision d'organe d'experts ne peut être envisageable que si une absence d'objection peut être assimilée à un accord de la part des États parties qui ont gardé le silence. À cet égard, la Commission a provisoirement adopté le projet de conclusion 9 2), ainsi libellé : « Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction »<sup>109</sup>.

48. S'il est vrai que tout État partie à un traité relatif aux droits de l'homme peut être tenu, au titre du devoir général de coopérer dans le cadre de ce traité, de prendre en considération les décisions d'un organe d'experts qui lui sont spécifiquement adressées (par exemple, une décision concernant la validité substantielle d'une réserve que cet État a formulée<sup>110</sup>, ou des communications individuelles concernant sa conduite ou son rapport<sup>111</sup> et d'y donner suite, on ne saurait attendre de lui qu'il réagisse à toute décision d'un tel organe, prononcée à l'intention d'autres États ou de l'ensemble des États parties<sup>112</sup>. De même, la pratique suivie par un ou plusieurs États parties « dans l'application du traité » conformément à la décision d'un organe d'experts créé par un traité relatif aux droits de l'homme n'appelle généralement pas de réaction de la part des autres États parties qui ne suivent pas cette pratique<sup>113</sup>. Il est vrai que les cours régionales des droits de l'homme ont parfois reconnu que la pratique d'une majorité substantielle d'États parties pouvait avoir un effet sur l'interprétation d'un traité<sup>114</sup>. Mais elles n'ont pas dit que les autres États parties auraient dû réagir afin d'empêcher qu'un tel

<sup>108</sup> Rodley, *supra*, note 33, p. 631 et 632; Keller/Grover, *supra*, note 53, p. 172 et 173 : voir à l'adresse suivante : <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/DGCArticle9.aspx> (site visité le 3 mars 2016), sous « Procedure for the Adoption of the General Comment », les déclarations de l'Irlande, du Bélarus, de la Suisse, du Royaume-Uni, du Canada, des États-Unis, de l'Australie et du Japon, préalablement à l'adoption de l'observation générale n° 35 du Comité des droits de l'homme, faites par ces États sur la base du projet d'observation générale.

<sup>109</sup> Voir projet de conclusion 9 2), *supra*, note 107, p. 167, par. 71.

<sup>110</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-troisième session (2011)*, *supra*, note 2, chap. XI, p. 423, par. 3.

<sup>111</sup> C. Tomuschat, « Human Rights Committee », in R. Wolfrum, (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, consultable sur le site : <http://www.mpepil.com>, para. 14 (« une absence totale de réaction constituerait une violation »).

<sup>112</sup> Ulfstein, *supra*, note 53, p. 97; il a été observé que « dans la pratique du Comité des droits de l'homme à ce jour, aucun État n'a officiellement fait de commentaires sur les observations finales formulées par le Comité au terme d'un examen concernant un autre État », G. Citroni, « The Human Rights Committee and its Role in Interpreting the International Covenant on Civil and Political Rights vis-à-vis States Parties », Blogpost EJIL: Talk!, sur le site : <http://www.ejiltalk.org/the-human-rights-committee-and-its-role-in-interpreting-the-international-covenant-on-civil-and-political-rights-vis-a-vis-states-parties/> (site visité le 3 mars 2016).

<sup>113</sup> Voir Van Alebeek/Nollkaemper, *supra*, note 48, p. 410.

<sup>114</sup> *Rapport de la Commission du droit International, 2014*, *supra*, note 107, p. 200; *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, arrêt du 23 mars 1995, requête n°15318/89, Cour européenne des droits de l'homme, série A, n° 310, par. 79, 80 et 82.

effet se produise. Les traités relatifs aux droits de l'homme sont appliqués dans une multitude d'affaires et leur exécution doit normalement avoir lieu dans le cadre de procédures de droit interne spécifiques. Compte tenu de cette multiplicité d'applications, il serait donc très difficile de déterminer dans quelles circonstances une réaction de la part d'autres États parties devrait avoir lieu. Il ne faut cependant pas exclure la possibilité que telle décision ou telle pratique puissent exceptionnellement « appeler une réaction », sans doute en raison de l'importance de la règle considérée ou de l'intensité du débat entre les États sur un point particulier.

*Décisions des organes créés par les traités constituant en elles-mêmes des moyens d'interprétation pertinents*

49. Outre la possibilité qu'elle donne naissance ou qu'elle fasse écho à des accords ultérieurs ou à une pratique ultérieure des parties au sens des alinéas a et b du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les décisions d'organes d'experts créés par les traités relatifs aux droits de l'homme peuvent aussi être en tant que telles des moyens d'interprétation pertinents.

50. Étant donné que les décisions d'organes d'experts ne sont généralement pas contraignantes, leur éventuel effet juridique à des fins d'interprétation doit nécessairement être moindre que celui d'une disposition juridiquement obligatoire<sup>115</sup>. Un tel effet de moindre intensité peut relever de deux catégories bien connues : dans le premier cas, les décisions d'organes d'experts, bien que non contraignantes, « doivent » néanmoins être « prises en considération ». Dans le second cas, elles « peuvent » l'être. La distinction entre « devoir » et « pouvoir » se retrouve dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'article 31 désigne les principaux moyens d'interprétation que tout interprète d'un traité doit prendre en considération, alors que l'article 32 expose les moyens complémentaires d'interprétation auxquels l'interprète peut faire appel.

51. La raison pour laquelle les décisions d'organes d'experts *devraient*, en application des règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, être prises en considération n'est pas évidente. Ces décisions ne sont pas, en tant que telles, des moyens d'interprétation au sens de l'article 31. La Commission a cependant affirmé, dans le commentaire de son *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, que si « leurs conclusions ne sont pas juridiquement obligatoires, [...] les États parties *doivent* seulement « tenir compte » de bonne foi de leur appréciation » [non souligné dans l'original]<sup>116</sup>. Cette affirmation ne se limite pas à une « possibilité » de faire appel à des décisions d'organes d'experts en tant que moyens supplémentaires d'interprétation, au sens de l'article 32, car elle semble bien désigner ces décisions comme des moyens d'interprétation qui « doivent » être pris en considération, au sens de l'article 31.

52. L'affirmation contenue dans le commentaire du *Guide de la pratique sur les réserves aux traités* ne concerne cependant pas la pertinence des décisions d'organes d'experts au regard des règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Elle concerne le devoir qu'a chaque État partie à un traité relatif aux droits de l'homme de coopérer de bonne foi et donc

<sup>115</sup> Rodley, *supra*, note 33, p. 632 et 639.

<sup>116</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-troisième session (2011)*, *supra*, note 2, chap. XI, p. 443, par. 3.

de tenir compte des décisions qui lui sont adressées (telles que les décisions concernant la validité substantielle d'une réserve)<sup>117</sup>. De surcroît, il ressort du contexte dans lequel le commentaire est formulé que le propos de la Commission n'était pas tant de chercher à savoir si les parties sont effectivement *tenuës*, d'une manière générale, de prendre considération les décisions des organes créés par les traités relatifs aux droits de l'homme, que d'indiquer que de telles décisions ne sont pas contraignantes. Cela n'exclut pas la possibilité que les décisions d'organes d'experts, comme d'une manière générale la pratique suivie en application du traité, puissent contribuer « à la détermination du sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité »<sup>118</sup>.

53. Il ressort de la pratique des juridictions internationales et internes que dans la grande majorité des cas, les décisions d'organes d'experts créés par les traités relatifs aux droits de l'homme ne sont pas prises en considération à titre de moyen d'interprétation obligatoire mais à titre de moyen complémentaire<sup>119</sup>. En conséquence, la façon dont les juridictions internes et internationales utilisent normalement ces décisions correspond à ce que l'article 32 présente comme des moyens supplémentaires d'interprétation. Ainsi, la Haute cour d'Osaka a déclaré ce qui suit : « on peut considérer que les « observations générales » et « constatations »... doivent être invoquées comme des moyens complémentaires d'interprétation du PIDCP »<sup>120</sup>.

54. Les États parties à un traité relatif aux droits de l'homme ne considèrent pas que leurs juridictions ont l'obligation générale, conformément à ce traité, de prendre en considération les décisions d'un organe d'experts à chaque fois qu'ils appliquent ledit traité<sup>121</sup>. Étant donné que les traités relatifs aux droits de l'homme sont

<sup>117</sup> Ibid.

<sup>118</sup> Commentaire du projet de conclusion 1, *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-cinquième session (2013)*, op. cit. (*supra*, note 3, chap. IV, p. 19, note 58; voir également le projet de conclusion 11 3), *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-septième session (2015)*, *supra*, note 7, chapitre VIII, p.108, par. 34.

<sup>119</sup> Voir, par exemple, Pays-Bas : d'une part : Tribunal d'appel central, *supra*, note 84; d'autre part : *Rapport annuel du Comité des droits de l'homme, 1991, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément n° 40 (A/46/40)*, chap. V, sect. J : les Pays-Bas ne souscrivent pas à la constatation du Comité des droits de l'homme et annoncent qu'ils n'effectueront un paiement que « par respect pour le Comité »; Royaume-Uni : d'une part, Chambre des Lords, *supra*, note 85 (« aucune valeur »); d'autre part : Chambre des Lords : *A. v Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71, par. 34 à 36, où l'intervenant cite abondamment des décisions d'organes créés par les traités à l'appui d'une règle d'irrecevabilité interdisant l'utilisation de renseignements obtenus par le moyen de la torture; Court of Appeal : *R. (on the application of Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence, Application for judicial review*, (2005) EWCA Civ 1609, (2006) HRLR 7, par. 101, citant l'observation générale n° 31 du Comité des droits de l'homme pour établir l'application extraterritoriale de la loi de 1998 sur les droits de l'homme; Afrique du Sud : d'une part : *supra*, note 84 (« les observations générales font autorité en droit international »); d'autre part : Cour constitutionnelle : *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (No 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; Japon : d'une part : Haute Cour d'Osaka, *supra*, note 89 (« on peut considérer qu'il convient d'invoquer les observations générales et les constatations »); d'autre part : Tribunal de district de Tokyo, *supra*, note 85 (« l'observation générale ne constitue pas une interprétation du Pacte faisant autorité et elle n'impose pas davantage au Japon une interprétation du Pacte »).

<sup>120</sup> Haute cour d'Osaka, *supra*, note 89.

<sup>121</sup> Van Alebeek/Nollkaemper, *supra*, note 48, p. 408.

généralement appliqués au niveau interne et qu'ils laissent généralement aux États une certaine latitude quant à la manière selon laquelle il convient de transposer en droit interne les obligations qu'ils leur imposent<sup>122</sup>, on ne saurait présumer qu'ils prévoient de mettre les juridictions internes dans l'obligation juridique de prendre en considération les décisions des organes d'experts. Une telle obligation peut cependant découler du droit interne de l'État considéré, en particulier si sa constitution est considérée comme favorable à la réception du droit international en général ou, au moins, de certains types d'obligations internationales<sup>123</sup>.

55. Cela n'écarte pas l'idée selon laquelle ces décisions doivent néanmoins être prises très au sérieux. Comme l'a dit la Cour internationale de justice, les interprètes devraient « accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant [le Comité des droits de l'homme], spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité »<sup>124</sup>. Ce qui importe, c'est que le poids qu'il convient d'accorder à de telles décisions dans chaque affaire dépend de considérations spécifiques, qui incluent le bien-fondé du raisonnement sur lequel elles reposent<sup>125</sup>, la nature du traité considéré et de ses dispositions<sup>126</sup>, la composition professionnelle de l'organe d'experts<sup>127</sup>, la procédure par laquelle la décision a été produite<sup>128</sup> et sans doute encore d'autres éléments<sup>129</sup>. Il serait donc

<sup>122</sup> B. Çali, « Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights » in D. Hollis, *supra*, note 53, p. 529 et 530.

<sup>123</sup> Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, décision de la deuxième chambre, 14 octobre 2004 – 2 BvR 1481/04 (« Görgülü »), par. 33 (« cette importance constitutionnelle d'un accord de droit international [en l'occurrence, la Convention européenne des droits de l'homme], qui vise la protection régionale des droits de l'homme, est l'expression de l'engagement envers le droit international inscrit dans la Constitution (Völkerrechtsfreundlichkeit); la Constitution encourage à la fois l'exercice de la souveraineté nationale, par l'application du droit des accords internationaux et la coopération internationale, et l'incorporation des règles générales du droit international public et il convient donc, si possible, de l'interpréter de manière à ne pas donner naissance à un conflit avec les obligations de la République fédérale d'Allemagne au regard du droit international public. »), disponible sur le site : [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014\\_2bvr148104en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014_2bvr148104en.html) (visité le 3 mars 2016); Rodley, *supra*, note 33, p. 641.

<sup>124</sup> Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639, p. 663 et 664, par. 66.

<sup>125</sup> Suède (s'exprimant au nom des pays nordiques) (A/C.6/70/SR.20, par. 8); les motifs des décisions d'organes d'experts créés par les traités relatifs aux droits de l'homme sont souvent très succincts et ils manquent souvent de méthode pour ce qui est des considérations qu'ils contiennent au sujet de l'interprétation des obligations juridiques découlant du traité : Nolte, *supra*, note 104, p. 277; Kälin, *supra*, note 54, p. 50 à 60; Mechlem, *supra*, note 48, p. 908 et 930; Shelton, *supra*, note 49, p. 574.

<sup>126</sup> Schlütter, *supra*, note 72, p. 266 et 267.

<sup>127</sup> Selon, notamment, que des « personnes ayant une expérience juridique » en aient fait partie; voir Rodley, *supra*, note 33, p. 624 et 625.

<sup>128</sup> Rodley, *supra*, note 33, p. 641 à 644, estime qu'en raison du champ variable de leurs activités, les différents organes d'experts créés par les traités relatifs aux droits de l'homme n'ont pas tous la « même autorité » et note par ailleurs que ces organes « ont trop de travail à accomplir, dans des délais trop brefs, avec des ressources insuffisantes »; Van Alebeek/Nollkaemper, *supra*, note 48, p. 402 et 403.

<sup>129</sup> Il peut arriver, par exemple, que les circonstances extraordinaires d'une affaire conduisent un organe d'experts à porter une appréciation déséquilibrée; voir M. Happold, « Julian Assange and Diplomatic Asylum », sur le site : <http://www.ejiltalk.org/julian-assange-and-diplomatic-asylum/> (visité le 3 mars 2016) (s'agissant d'un organe d'experts dont les compétences ne relèvent pas du sujet examiné dans le présent rapport), voir *supra*, par. 11.

excessif de leur accorder une « présomption de justesse quant au fond »<sup>130</sup>, ou même de supposer que « l'arbitre final de l'interprétation du pacte est le Comité et non les différents États »<sup>131</sup>.

56. Cela signifie en particulier qu'une décision isolée a normalement moins de poids qu'une série de décisions ou une observation générale traduisant une position établie dans la jurisprudence sur une question d'interprétation. Ainsi, la Cour internationale de justice a mis en avant la « jurisprudence interprétative considérable » à l'appui de la thèse selon laquelle elle « estim[ait] devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant » dans une observation générale qu'étaient « trente années d'expérience dans l'application de l'article 14 susmentionné »<sup>132</sup>. Pour qu'une observation générale ait une valeur interprétative, il faut donc qu'elle reflète une opinion mûrement réfléchie du Comité quant au contenu juridique effectif (*lex lata*) de certaines dispositions du Pacte<sup>133</sup>, et notamment qu'elle arrive au terme de travaux répétés du Comité sur certains cas ou situations spécifiques<sup>134</sup>. Il convient d'évaluer selon ce critère chaque élément d'une observation générale<sup>135</sup>. Le degré d'acceptation par les États parties de telles décisions, ou de telles séries de décisions, est également un facteur important qui détermine à quel point les États, et leurs juridictions, devraient les prendre en considération<sup>136</sup>. Il va également de soi qu'un organe d'experts peut

<sup>130</sup> Tomuschat, *supra*, note 27, p. 267; Scheinin, *supra*, note 61, p. 23.

<sup>131</sup> M. Fabián Omar Salvioli, Président du Comité des droits de l'homme, à l'occasion de l'examen du rapport par le Canada, communiqué de presse publié par l'ONU, 8 juillet 2015, disponible sur le site : <http://ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16215&LangID=E> (visité le 3 mars 2016).

<sup>132</sup> *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, [p. 27,] par. 39; voir également *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, [p. 179] par. 109, où il est fait mention de la « pratique constante du Comité des droits de l'homme »; Rodley, *supra*, note 33, p. 631 (« proches d'une codification de la pratique en évolution »).

<sup>133</sup> Keller/Grover, *supra*, note 53, p. 124.

<sup>134</sup> *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, [p. 27,] par. 39, où la Cour a opposé la première observation générale (n° 13) du Comité des droits de l'homme concernant l'égalité d'accès aux cours et tribunaux et la deuxième observation générale sur la même question (n° 32), pour s'en remettre à cette dernière, qui reflétait « trente années d'expérience dans l'application de l'article 14 susmentionné »; G. Ulfstein, « Law-making by human rights treaty bodies », in R. Liivoja and J. Petman, (dir.), *International Law-Making – Essay in Honour of Jan Klabbers* (London; New York : Routledge, 2014) p. 249 à 258 [p. 252].

<sup>135</sup> Voir, par exemple, l'observation générale n°14, dans laquelle le Comité des droits économiques, sociaux et culturels déclare que « [p]our s'acquitter des obligations internationales leur incombant au titre de l'article 12, les États parties doivent respecter l'exercice du droit à la santé *dans les autres pays et empêcher tout tiers de violer ce droit dans d'autres pays* [non souligné dans l'original], s'ils sont à même d'influer sur ce tiers en usant de moyens d'ordre juridique ou politique compatibles avec la Charte des Nations Unies et le droit international applicable », ce qui constitue manifestement une décision *de lege ferenda*, voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, [p. 180,] par 112.

<sup>136</sup> L'argumentation du Comité des droits économiques, sociaux et culturels concernant le droit à l'eau constitue un exemple dans lequel ces facteurs, par leur effet conjugué, ont conduit à des conditions identiques ou presque à celles d'une situation de pratique ultérieure au sens de

toujours réexaminer sa propre pratique ou jurisprudence interprétative à la lumière des développements futurs<sup>137</sup>.

57. L'évaluation du poids à accorder, à des fins d'interprétation, aux décisions d'organes d'experts créés par des traités relatifs aux droits de l'homme se fonde sur une analyse de la pratique des États et des juridictions et des écrits juridiques consacrés à la question. Elle évite l'alternative trompeuse entre « l'approche traditionnelle » de l'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme et celle qui consiste à dire que « les traités relatifs aux droits de l'homme sont différents »<sup>138</sup>. Les décisions d'organes d'experts ne sont pas plus contraignantes ou ne font pas davantage autorité que les dispositions des traités qui leur correspondent, conformément aux règles d'interprétation (art. 31 et 32), mais ces règles sont suffisamment ouvertes pour que toute caractéristique propre à ces traités puisse être prise en considération<sup>139</sup>.

**e) Décisions des organes créés par les traités en tant qu' « autre pratique ultérieurement suivie » relevant de l'article 32**

58. Les décisions d'organes d'experts sont une forme de pratique suivie en application des traités relatifs aux droits de l'homme qui a lieu après la conclusion desdits traités. La question est donc de savoir si, aux fins du présent projet d'articles, ces décisions constituent une « autre pratique ultérieurement suivie » relevant de l'article 32.

59. Dans le cadre des travaux consacrés au présent sujet, la Commission a adopté le projet de conclusion 1 4), aux termes duquel « [i]l 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 »<sup>140</sup>. Les décisions d'organes d'experts sont effectivement prononcées « dans l'application du traité », étant donné que selon la Commission, cette « application » :

[...] 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<sup>141</sup>.

60. Les décisions des organes d'experts créés par les traités relatifs aux droits de l'homme sont des actes accomplis par ces organes dans l'exercice des mandats que leur ont attribués les États parties en vertu desdits traités et, à ce titre, sont des « déclarations officielles concernant l'interprétation du traité » même si elles n'ont pas force obligatoire. Du reste, les déclarations officielles des différents États parties concernant l'interprétation d'un traité ne sont pas davantage obligatoires (à

l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31, donnant lieu à l'obligation de prendre cette pratique en considération; voir *supra*, par. 45.

<sup>137</sup> Comité des droits de l'homme, Communication n° 829/1998, *Judge c. Canada*, Constatations adoptées le 5 août 2003, par. 10.4; Nolte, *supra*, note 104, p. 277.

<sup>138</sup> Alternative mentionnée dans le rapport de l'ADI, *supra*, note 45, par. 25 et 26; voir cependant *supra*, par. 41.

<sup>139</sup> Ulfstein, *supra*, note 53, p. 99 et 100.; Van Alebeek/Nollkaemper, *supra*, note 48, p. 386.

<sup>140</sup> Projet de conclusion 1 4), *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-cinquième session (2013)*, *supra*, note 3, chap. IV, p. 11, par. 38.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 35, par. 17.

l'égard des autres États parties). Le fait de qualifier « d'officielles » les décisions d'organes d'experts ne signifie bien évidemment pas que celles-ci sont assimilées à des actes (officiels) de l'État. De même que les actes (officiels) des organisations internationales ne sont pas attribuées à leurs États membres, le terme « officiel » n'est utilisé dans le présent contexte que pour qualifier des actes qui sont exécutés dans l'exercice d'un élément d'autorité publique, par opposition aux « actes et omissions privés »<sup>142</sup>. Cet élément d'autorité peut provenir des États ou être établi par ces derniers, comme dans le cas d'un mandat attribué par un traité à un organe d'experts.

61. La classification des décisions d'organes d'experts parmi les « autres pratiques ultérieurement suivies dans l'application du traité » relevant de l'article 32 serait cependant à exclure si cette pratique concernait seulement la conduite d'une seule des *parties* au traité. La Commission a provisoirement adopté le projet de conclusion 4 3), aux termes duquel « [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 »<sup>143</sup>. Elle a cependant adopté, à titre provisoire, le projet de conclusion 11 3), aux termes duquel « [l]a pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif peut contribuer à l'interprétation de cet acte, lors de l'application des articles 31, paragraphe 1, et 32 »<sup>144</sup>. Dans son commentaire du projet de conclusion 11 3), la Commission a noté ce qui suit :

La Commission pourra revenir sur la définition de l'expression « autre pratique ultérieure » figurant dans les projets de conclusions 1 4) et 4 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<sup>145</sup>.

62. Les décisions d'organes d'experts créés par les traités relatifs aux droits de l'homme et la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son propre instrument ont ceci de commun que, bien qu'elles ne relèvent pas de la pratique d'une partie au traité, elles sont néanmoins des décisions et des éléments de pratique à caractère officiel ayant pour but de contribuer à la bonne application du traité en vertu de celui-ci. Pas davantage que la pratique des organisations internationales, les décisions d'organes d'experts ne peuvent être elles-mêmes une forme de pratique ultérieurement suivie au sens de l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31. Elles ont cependant pour but, en vertu du traité, de contribuer à l'interprétation de celui-ci. Ce moyen d'interprétation est « complémentaire » au sens de l'article 32 et, contrairement à la pratique ultérieure visée à l'alinéa b) du

<sup>142</sup> Voir l'article 8 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-troisième session (2011), Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, chap. V, p. 54 : « Le comportement d'un organe ou agent d'une organisation internationale est considéré comme un fait de l'organisation d'après le droit international si cet organe ou agent agit en qualité officielle et dans le cadre des fonctions générales de l'organisation, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions »; voir également le commentaire, *ibid.*, p. 95, par. 4.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 11, par. 38.

<sup>144</sup> Projet de conclusion 11 3), *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-septième session (2015)*, *supra*, note 7, chap. VII, p. 95, par. 128.

<sup>145</sup> *Ibid.* p. 107, note 354, en référence au *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-cinquième session (2013)*, *supra*, note 3, chapitre IV, p. 11 et 12.

paragraphe 3 de l'article 31, il n'existe aucune obligation stricte de le « prendre en considération ». Il suffit de considérer ces décisions comme « d'autres pratiques ultérieurement suivies » relevant de l'article 32. Les décisions d'organes d'experts peuvent aussi « contribu[er] à la détermination du sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité »<sup>146</sup> sans pour autant figurer elles-mêmes parmi les principaux moyens d'interprétation visés au paragraphe 1 de l'article 31.

63. On retrouve également à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, en substance, la conclusion selon laquelle les décisions d'organes d'experts créés par les traités relatifs aux droits de l'homme sont, en tant que telles, des moyens complémentaires d'interprétation relevant de l'article 32. Cette disposition fait état des « décisions judiciaires et [de] la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Elle ne mentionne pas explicitement les décisions d'organes d'experts, qui ne sont ni des « décisions judiciaires », ni des éléments de la « doctrine des publicistes », mais ces décisions peuvent « présenter plusieurs des caractéristiques importantes » de ces deux moyens d'interprétation<sup>147</sup>. Alors que les constatations concernant les communications individuelles ont certains éléments en commun avec les décisions de justice, les observations générales se rapprochent davantage de la doctrine en raison de leur portée générale. Les observations générales peuvent également présenter des caractéristiques jurisprudentielles. La raison pour laquelle l'alinéa d) du paragraphe 5 de l'article 38 du Statut de la Cour ne mentionne explicitement, parmi les moyens auxiliaires classiques, que les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes peut tenir au fait que cette disposition a initialement été rédigée en 1920, puis été conservée en 1946 sans faire l'objet d'un débat approfondi, longtemps avant que les organes d'experts et leur pratique ne se fasse jour<sup>148</sup>.

64. Les décisions d'organes d'experts peuvent à la fois constituer une « autre pratique ultérieurement suivie » relevant de l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et un moyen auxiliaire de détermination des règles du droit au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice. Ces deux dispositions ne s'excluent pas mutuellement mais se recoupent en partie lorsqu'elles se réfèrent aux mêmes moyens d'interprétation, comme l'atteste le fait que des décisions de juridictions internes renvoient de toute évidence

<sup>146</sup> Commentaire du projet de conclusion 1, *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-cinquième session (2013)*, *supra*, note 3, chap. IV, p. 19, note de bas de page 58.

<sup>147</sup> Voir CCPR/C/GC/33, 5 novembre 2008, à l'adresse suivante : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.33.pdf> (site visité le 3 mars 2016); van Alebeek/Nollkaemper, *supra*, note 48, p. 404 à 408 et 410 à 411 examinent des facteurs importants qui distinguent les organes d'experts des juridictions, notamment les différences de statut concernant l'indépendance de leurs membres, voir également Ulfstein, *supra*, note 53, p. 79 à 82; A. Pellet, in A. Zimmermann, K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat, C. J. Tams, *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary* (2<sup>e</sup> éd. 2012), art. 38, p. 859 et 860, par. 318, qui traite de la « pratique constante » du Comité des droits de l'homme dans le cadre de la « jurisprudence ».

<sup>148</sup> Voir l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (adopté le 16 décembre 1920 et entré en vigueur le 20 août 1921), *Recueil des traités de la Société des Nations*, vol. 6, p. 389; Pellet, *ibid.*, p. 738 à 744, par. 17 à 46; Conférence des Nations Unies sur les organisations internationales, vol. XIV, p. 170 et 435 et 436.

à l'une et à l'autre<sup>149</sup>. La principale différence entre les deux dispositions ne tient pas aux types de moyens qu'elles envisagent, mais à la façon dont s'opère la « détermination des règles du droit ». Alors que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour concerne l'identification des différentes sources du droit international dans le cadre d'une procédure judiciaire, l'article 32 de la Convention de Vienne porte sur l'interprétation des traités indépendamment d'un tel contexte.

65. Il est manifeste que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la cour internationale de justice, qu'il vise ou non les décisions des organes créés par les traités, n'établit pas une obligation, pour la Cour ou pour tout autre interprète, de prendre en considération ces « moyens auxiliaires ». Les interprètes sont seulement « invités » à le faire<sup>150</sup>. Les moyens auxiliaires de détermination des différentes sources du droit international prévus à l'alinéa d) de l'article 1 du paragraphe 38 du Statut de la Cour sont donc comparables aux « moyens complémentaires d'interprétation » des traités prévus à l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et sont des éléments que les interprètes peuvent (y étant invités sans y être obligés) prendre en considération.

## 5. Autres organes d'experts

66. Le droit des droits de l'homme n'est pas le seul domaine dans lequel des organes d'experts ont été créés par traité. Parmi les traités multilatéraux prévoyant ce type d'organe, on peut citer la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, la Convention d'Aarhus et la Convention unique sur les stupéfiants de 1961<sup>151</sup>.

67. Il n'est pas nécessaire, aux fins du présent rapport, d'analyser tous les organes d'experts qui ont été créés par traité, car nous n'avons pas pour objectif d'élaborer un projet de conclusion énonçant une règle qui s'appliquerait à tous les cas. Après tout, l'effet juridique des décisions d'organes d'experts dépend d'abord du traité concerné<sup>152</sup> et doit être déterminé en appliquant les règles relatives à l'interprétation des traités (art. 31 et 32). Ces règles sont suffisamment générales pour guider l'interprétation de tous les traités, puisqu'elles prévoient un processus associant plusieurs moyens d'interprétation dans « une seule opération complexe ». Ce qu'elles ne font pas, par contre, c'est énoncer des règles absolues qui risqueraient de passer outre les intentions des Parties<sup>153</sup>. Le présent rapport a pour objectif, dans ce contexte, de présenter certains cas de figure susceptibles de fournir des orientations pour des cas similaires, et d'en tirer une conclusion indicative sur le rôle que peuvent jouer les décisions d'organes d'experts dans l'interprétation d'un traité.

<sup>149</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-cinquième session (2013), supra*, note 3, Chap. IV, p. 36, par. 17.

<sup>150</sup> Pellet, *supra*, note 147, par. 305; Van Alebeek/Nollkaemper, *supra*, note 48, p. 411.

<sup>151</sup> Voir *supra*, par. 12.

<sup>152</sup> Voir *supra*, par. 15.

<sup>153</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-cinquième session (2013), supra*, note 3, chap. IV, p. 13 et p. 18 à 20, par. 14 à 18.

68. Les organes d'experts décrits ci-après sont des exemples bien connus et importants d'organes qui ont, du moins à première vue, certains points communs avec les organes d'experts créés par les traités relatifs aux droits de l'homme<sup>154</sup>.

**a) Commission des limites du plateau continental**

69. Aux termes du paragraphe 8 de l'article 76 et de l'annexe II de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la Commission des limites du plateau continental est formée de 21 membres, experts en matière de géologie, de géophysique ou d'hydrographie. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 2 de l'annexe II de la Convention, ces experts exercent leurs fonctions à titre individuel. L'article 76 énonce ce qui suit :

La Commission adresse aux États côtiers des recommandations sur les questions concernant la fixation des limites extérieures de leur plateau continental. Les limites fixées par un État côtier sur la base de ces recommandations sont définitives et de caractère obligatoire.

70. Les recommandations de la Commission ne sont pas contraignantes en tant que telles. Par contre, elles sont nécessaires si un État souhaite établir de façon obligatoire à l'égard des autres Parties à la Convention les limites extérieures de son plateau continental. En d'autres termes, un État est obligé d'accepter une recommandation de la Commission s'il veut définir de façon définitive et obligatoire, en application de la Convention, les limites de son plateau continental à plus de 200 milles marins des lignes de base. En cas de désaccord avec une recommandation de la Commission, un État peut lui soumettre une nouvelle demande (article 8 de l'annexe II de la Convention). Ce processus peut se répéter à plusieurs reprises et conduire à ce que l'on a pu appeler une « partie de ping-pong »<sup>155</sup>.

71. Bien que les recommandations de la Commission formulées en application du paragraphe 8 de l'article 76 de la Convention sur le droit de la mer ne soient pas contraignantes en tant que telles, la question de leurs possibles effets juridiques a fait débat<sup>156</sup>. La Commission elle-même a souligné que son rôle d'organe d'examen technique ne lui donne pas compétence pour procéder à l'interprétation juridique de

<sup>154</sup> J. E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 318; G. Ulfstein, « Treaty Bodies », in D. Bodansky, J. Brunnée, E. Hey (dir.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 888.

<sup>155</sup> P. R. R. Gardiner, « The Limits of the Area beyond National Jurisdiction – Some Problems with particular reference to the Role of the Commission on the Limits of the Continental Shelf », in G. Blake (dir.), *Maritime Boundaries and Ocean Resources*, Totowa, New Jersey, 1987, p. 69; T. L. McDorman, « The Continental Shelf », in D. R. Rothwell, A. G. Oude Elferink, K. N. Scott, T. Stephens (dir.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 195.

<sup>156</sup> D. Anderson, « Developments in Maritime Boundary Law and Practice », in D. A. Colson, R. W. Smith (dir.), *International Maritime Boundaries*, vol. 5, Leyde, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 3214; A. Canvar, « Accountability and the Commission on the Limits of the Continental Shelf: Deciding Who Owns the Ocean Floor », *Cornell International Law Journal*, vol. 42, 2009, p. 402 à 407.

la Convention, à l'exception de l'article 76 et de l'annexe II<sup>157</sup>. Par exemple, la Commission a admis, à la suite d'une demande déposée par le Japon en 2008<sup>158</sup>, qu'elle n'avait aucun rôle à jouer dans les questions ayant trait à l'interprétation juridique de l'article 121 de la Convention<sup>159</sup>. Toutes les parties intéressées (Chine, Japon et République de Corée) ont souscrit à cette position. La Chine, par exemple, a déclaré dans sa communication du 3 août 2011 :

Composée d'experts dans les domaines de la géologie, de la géophysique et de l'hydrographie, la Commission devrait éviter d'exercer une influence sur l'interprétation et l'application des dispositions de la Convention, y compris l'article 121<sup>160</sup>.

72. Si la Commission elle-même ne semble pas avoir formulé d'avis plus détaillés sur le poids possible de ses décisions à des fins d'interprétation, l'Association de droit international a traité de ce point dans un rapport en 2004 :

La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ne donne pas pour mandat à la Commission d'examiner les questions juridiques et de faire des recommandations sur elles. Cependant, il existe une nécessaire présomption de compétence de la Commission à l'égard des questions relatives à l'interprétation ou à l'application de l'article 76 et d'autres articles pertinents de la Convention, dans la mesure où cette compétence est requise pour qu'elle puisse remplir les fonctions qui lui ont été expressément dévolues. Cette conclusion découle également du fait que la Commission est chargée d'étudier les communications qui lui sont adressées conformément à l'article 76 de la Convention. Dans ce cadre, elle doit notamment déterminer si les informations qui lui ont été fournies démontrent que les conditions nécessaires pour justifier le tracé de la limite extérieure proposée par l'État côtier, telles qu'énoncées à l'article 76, sont effectivement remplies. Pour cela, la Commission doit parfois interpréter certaines dispositions de l'article 76<sup>161</sup>.

<sup>157</sup> Voir, par exemple, CLCS/64, vingt-quatrième session (2009), par. 18 et 25, disponible à l'adresse suivante : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/536/22/PDF/N0953622.pdf?OpenElement> (document consulté le 10 mars 2016); Canvar, *ibid.*, p. 403.

<sup>158</sup> Voir la demande présentée par le Japon à la Commission des limites du plateau continental, en application du paragraphe 8 de l'article 76 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Le résumé analytique est disponible en anglais à l'adresse suivante : [http://www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/jpn08/jpn\\_execsummary.pdf](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/jpn_execsummary.pdf) (page consultée le 10 mars 2016); d'autres documents relatifs à cette affaire sont disponibles à l'adresse suivante : [http://www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/submission\\_jpn.htm](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_jpn.htm) (page consultée le 10 mars 2016); voir, en général, M. S. Gau, « Recent Decisions by the Commission on the Limits of the Continental Shelf on Japan's Submission for Outer Continental Shelf », *Chinese Journal of International Law*, 2012, p. 487 à 504.

<sup>159</sup> Déclaration du Président de la Commission des limites du plateau continental sur l'avancement des travaux de la Commission (CLCS/62), vingt-troisième session (2009), par. 54 et 59, disponible à l'adresse suivante : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/307/59/PDF/N0930759.pdf?OpenElement> (page consultée le 10 mars 2016).

<sup>160</sup> Note verbale de la Chine en date du 3 août 2011 (CML/59/2011), disponible à l'adresse suivante : [http://www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/jpn08/chn\\_3aug11\\_f.pdf](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/chn_3aug11_f.pdf) (page consultée le 10 mars 2016); voir également la déclaration prononcée à cet effet par le Canada (A/CONF.62/WS/4, par. 15).

<sup>161</sup> Association de droit international, *Legal Issues of the Outer Continental Shelf*, Berlin Conference (2004), p. 5.

73. L'Association de droit international souligne en outre dans son rapport :

D'un autre côté, ce sont les États parties à la Convention qui sont compétents au premier chef pour interpréter et appliquer l'article 76. La Commission est compétente pour interpréter les dispositions de l'article 76 et d'autres dispositions de la Convention, mais uniquement si cela s'avère nécessaire pour qu'elle puisse s'acquitter des fonctions qui lui ont été confiées en application de la Convention. En conséquence, cette compétence doit être interprétée de façon restrictive<sup>162</sup>.

74. Cette position fait écho à la directive 3.2.1 du *Guide de la pratique sur les réserves aux traités* de la CDI<sup>163</sup>, selon laquelle, « [e]n vue de s'acquitter des fonctions dont il est chargé, un organe de contrôle de l'application d'un traité peut apprécier la validité substantielle des réserves formulées par un État ou une organisation internationale ». La question est de savoir si la conclusion qu'en a tirée la CDI dans la directive 3.2.3 (« Les États et les organisations internationales [...] doivent tenir compte de l'appréciation [fournie par l'organe de contrôle concerné] ») peut s'appliquer aux recommandations de la Commission des limites du plateau continental. Celle-ci a pour fonction, en premier lieu, d'émettre « des avis scientifiques et techniques », comme le montre sa composition, puisqu'elle est composée d'« experts en matière de géologie, de géophysique ou d'hydrographie ». Elle se distingue clairement en cela des organes d'experts créés par des traités relatifs aux droits de l'homme, qui ont généralement pour fonctions, entre autres, de formuler des « opinions » sur l'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme et qui sont composés de membres « possédant une compétence reconnue dans le domaine des droits de l'homme », compte tenu « de l'intérêt que présente la participation aux travaux du Comité de quelques personnes ayant une expérience juridique » (paragraphe 2 de l'article 28 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques). Ces différences doivent être prises en considération pour déterminer le poids des décisions d'organes d'experts aux fins de l'interprétation des traités.

75. La Commission des limites du plateau continental a cependant adopté des directives scientifiques et techniques dans lesquelles elle explique, notamment, comment elle interprète certains aspects de l'article 76 de la Convention du droit de la mer<sup>164</sup> :

En établissant ces directives, la Commission souhaite aussi clarifier son interprétation des termes scientifiques, techniques et juridiques contenus dans la Convention, ce qui est d'autant plus nécessaire que des termes scientifiques sont utilisés dans un contexte juridique, dans un sens qui peut s'écarter notablement du sens scientifique habituel. Parfois aussi, des clarifications sont nécessaires, ... parce que le texte de la Convention peut se prêter à plusieurs interprétations possibles et également acceptables<sup>165</sup>.

<sup>162</sup> Ibid., p. 5 et 6.

<sup>163</sup> Voir *supra*, note 90, A/66/10/Add.1.

<sup>164</sup> Document CLCS/11 du 13 mai 1999, accessible à l'adresse suivante : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/171/09/IMG/N9917109.pdf?OpenElement> (page consultée le 3 mai 2016).

<sup>165</sup> CLCS/11, Introduction, par. 1.3.

76. Cet ensemble de directives remplit une fonction comparable à celle d'une observation générale formulée par un organe d'experts créé par un traité relatif aux droits de l'homme. Il contient des conseils d'ordre général sur la façon d'interpréter certaines dispositions de la Convention, la Commission ayant « voulu que, grâce aux présentes directives, une pratique uniforme soit suivie tout au long » par les États côtiers<sup>166</sup>.

**b) Comité de contrôle du respect des dispositions du Protocole de Kyoto**

77. Le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques prévoit la création de différents organes d'experts dont les membres siègent à titre personnel. Le Comité de contrôle s'occupe des cas de non-respect des dispositions et est compétent pour déterminer si une violation du Protocole a été commise<sup>167</sup>. Les équipes d'examen, quant à elles, sont essentiellement chargées d'examiner les données relatives aux quantités attribuées, conformément aux paragraphes 7 et 8 de l'article 3 du Protocole, et de veiller à ce que la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto et le Comité de contrôle disposent d'informations adéquates<sup>168</sup>.

78. Le Comité de contrôle est formé de deux groupes, un groupe chargé de la facilitation et un groupe chargé de l'exécution, chacun étant composé de 10 membres siégeant à titre personnel<sup>169</sup> et ayant « une compétence avérée dans le domaine des changements climatiques et dans des domaines pertinents tels que les domaines scientifique, technique, socioéconomique ou juridique »<sup>170</sup>.

79. Le groupe de la facilitation est chargé de donner des conseils et d'apporter une aide aux Parties, mais ne rend pas de décisions juridiquement contraignantes sur les questions de non-respect des dispositions du Protocole. De leur côté, les membres du groupe de l'exécution doivent avoir « une expérience dans le domaine juridique »<sup>171</sup>. Ce dernier groupe a pour fonction de « déterminer » les cas de non-respect de certaines obligations. Il s'occupe en outre des désaccords qui opposent les Parties aux équipes d'examen composées d'experts au sujet des ajustements ou des corrections proposés par ces équipes aux États parties<sup>172</sup>.

80. La responsabilité de « déterminer » les mesures à prendre en cas de non-respect des dispositions du Protocole de Kyoto qui a été attribuée au groupe de l'exécution découle de l'article 18 du Protocole. Le verbe « déterminer » semble indiquer que ces décisions sont définitives (à moins qu'elles ne soient annulées en appel) et contraignantes, mais l'article 18 lui-même dispose expressément qu'il faudrait, pour qu'elles le soient, que le Protocole soit modifié en conséquence<sup>173</sup>. C'est à la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto qu'il revient d'étudier les rapports des équipes d'examen, de fournir des

<sup>166</sup> CLCS/11, Introduction, par. 1.4; Canvar, *supra*, note 156, p. 404 et 407.

<sup>167</sup> Décision 24/CP.7, FCCC/CP/2001/13/Add.3, *Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto*, annexe; Ulfstein/Werksmann, *supra*, note 50, p. 44.

<sup>168</sup> Décision 23/CP.7, FCCC/CP/2001/13/Add.3, *Lignes directrices pour l'examen prévu à l'article 8 du Protocole de Kyoto*, appendice I, A.

<sup>169</sup> Décision 24/CP.7, *supra*, note 167, sect. II, IV, V.

<sup>170</sup> *Ibid.*, sect. II, par. 6.

<sup>171</sup> *Ibid.*, sect. V, par. 3.

<sup>172</sup> *Ibid.*, sect. X, XIV et XV.

<sup>173</sup> Ulfstein/Werksmann, *supra*, note 50, p. 55 à 59.

orientations politiques générales et d'examiner les recours et de statuer sur eux. Il entre également dans ses prérogatives de décider du format juridique des procédures et des mécanismes relatifs au respect des dispositions<sup>174</sup>.

81. Comme d'autres organes d'experts, le mécanisme de contrôle du respect des dispositions créé en application du Protocole de Kyoto a suscité la question du poids à accorder, aux fins de l'interprétation du Protocole, aux décisions du Comité de contrôle. Par exemple, dans une affaire concernant le calcul de la quantité de CO<sub>2</sub> attribuée à la Croatie (2009), l'équipe d'experts chargée de l'examen a conclu que la façon dont la Croatie avait calculé sa quantité attribuée de CO<sub>2</sub> n'était pas conforme aux paragraphes 7 et 8 de l'article 3 et au paragraphe 4 de l'article 7 du Protocole<sup>175</sup>. La Croatie avait ajouté 3,5 millions de tonnes d'équivalent CO<sub>2</sub> au volume de ses émissions correspondant à l'année de référence, invoquant l'article 4 de la Convention-cadre sur les changements climatiques (qui octroie une certaine flexibilité aux Parties qui sont en transition vers une économie de marché) et la décision 7/CP.12 (qui l'autorisait à ajouter 3,5 millions de tonnes d'équivalent CO<sub>2</sub> au volume de ses émissions). Le groupe de l'exécution a suivi l'avis de l'équipe d'examen et déclaré que la décision 7/CP.12, adoptée en vertu de la Convention-cadre, ne pouvait pas s'appliquer à un calcul réalisé dans le cadre du Protocole de Kyoto<sup>176</sup>.

82. La Croatie a formulé l'objection suivante :

L'erreur du groupe de l'exécution du Comité de contrôle du respect des dispositions est due principalement à son interprétation *grammaticale* de la disposition, qui contredit la Convention et les décisions de la Conférence des Parties, la décision 9/CP.2 en particulier.

Au lieu d'une interprétation grammaticale, le groupe de l'exécution aurait dû appliquer une interprétation *téléologique* basée sur l'intention des Parties à la Convention, et tenir compte des circonstances particulières de chaque Partie. Une telle interprétation permettrait au groupe de l'exécution de prendre une décision juste et équitable à l'égard de la Croatie et basée sur la Convention, sur la décision 7/CP.12, sur les circonstances historiques du pays et sur les dispositions du Protocole de Kyoto<sup>177</sup>.

83. Le groupe de l'exécution, dans sa décision finale du 26 novembre 2009, a exprimé son désaccord :

Après un examen complet de la nouvelle communication écrite de la Croatie, la chambre de l'exécution a conclu que les motifs exposés dans cette communication n'étaient pas suffisants pour qu'elle modifie sa constatation préliminaire. À cet égard, elle a noté ce qui suit :

a) Conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et au droit international coutumier, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire attribué aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Au cours de

<sup>174</sup> Décision 24/CP.7, *supra*, note 167, préambule et annexe, sect. XIII; Ulfstein/Werksmann, *supra*, note 50, p. 58.

<sup>175</sup> FCCC/IRR/2008/HRV, *Report of the review of the initial report of Croatia*, par. 157.

<sup>176</sup> CC-2009-1-6/Croatie/EB, *Conclusion préliminaire*, par. 21.

<sup>177</sup> CC-2009-1-7/Croatie/EB, *Further written submission from Croatia*, p. 6.

l'examen des questions de mise en œuvre dont elle a été saisie, la chambre de l'exécution a suivi cette règle générale et n'a pas été convaincue de la nécessité d'adopter une autre méthode d'interprétation<sup>178</sup>.

84. La Croatie a déposé un recours contre la décision finale du groupe de l'exécution auprès de la Conférence des Parties<sup>179</sup>, mais elle l'a retiré avant que la Conférence ne commence son examen<sup>180</sup>.

85. Le Comité de contrôle créé en application du Protocole de Kyoto n'a pas beaucoup de marge d'interprétation. Le paragraphe 1 de la section XV de l'annexe de la décision 24/CP.7 énumère de façon précise les mesures consécutives à appliquer dans différentes situations<sup>181</sup>. Le Comité peut avoir une certaine liberté pour ce qui est de décider des sanctions, mais cela ne concerne généralement pas des questions d'interprétation<sup>182</sup>. Comme le montre l'affaire de la Croatie, il se peut que dans certains cas exceptionnels le Comité, dans le cadre de ses fonctions, doive interpréter le traité d'une façon qui peut être sujette à controverse. Dans ce cas, cependant, la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto a le dernier mot et n'a pas besoin de déterminer si la décision du Comité est fondée sur une interprétation correcte du traité. Si la question est soumise à un tribunal ou à un autre organe, celui-ci devrait évaluer si, et dans quelle mesure, la décision du Comité de contrôle s'appuie sur des compétences juridiques adéquates.

86. Les décisions du Comité de contrôle contribuent à la pratique de l'application du traité. Cependant, il serait exagéré de dire que les décisions du groupe de l'exécution peuvent influencer la détermination du droit applicable dans le régime international du climat et avoir « un impact semblable à celui des décisions judiciaires internationales en tant que sources subsidiaires du droit international<sup>183</sup> ».

### c) Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus

87. Le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus contrôle l'application de ces dispositions, formule des recommandations et établit des rapports<sup>184</sup>. Il est composé d'experts indépendants, c'est-à-dire de « personnes de haute moralité possédant des compétences reconnues dans les domaines auxquels

<sup>178</sup> CC-2009-1-8/Croatie/EB, *Décision finale*, par. 3 a).

<sup>179</sup> FCCC/KP/CMP/2010/2; CC-2009-1-9/Croatia/EB, *Comments from Croatia on the final decision*, par. 2.

<sup>180</sup> FCCC/KP/CMP/2011/2; les documents relatifs à l'affaire peuvent être consultés à l'adresse suivante : [http://unfccc.int/kyoto\\_protocol/compliance/enforcement\\_branch/items/5456.php](http://unfccc.int/kyoto_protocol/compliance/enforcement_branch/items/5456.php) (page consultée le 5 mai 2016).

<sup>181</sup> Voir Ulfstein/Werksmann, *supra*, note 50, p. 55.

<sup>182</sup> Décision 24/CP.7, *supra*, note 167, annexe, sect. XV, par. 1; Ulfstein/Werksmann, *supra*, note 50, p. 55 à 59.

<sup>183</sup> S. Schiele, *Evolution of International Environmental Regimes, The Case of Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 180.

<sup>184</sup> V. Koester, « The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention) », in Ulfstein/Marauhn/Zimmermann (dir.), *Making Treaties Work, Human Rights, Environment and Arms Control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 203; Décision I/7, ECE/MP.PP/2/Add.8, rapport de la première réunion des parties, annexe, sect. III.

la Convention se rapporte, y compris une expérience juridique »<sup>185</sup>. Pour devenir définitive, une décision du Comité doit être acceptée par la partie concernée<sup>186</sup> ou approuvée par la Réunion des Parties à la Convention<sup>187</sup>.

88. Le Comité rend compte de ses activités et soumet ses recommandations à la Réunion des Parties<sup>188</sup>. Celle-ci peut alors, après examen des rapports ou des recommandations du Comité, décider des mesures à prendre pour assurer le plein respect de la Convention<sup>189</sup>. Ainsi, bien que le Comité d'examen soit formé d'experts indépendants, ses décisions doivent toujours, soit être acceptées par la partie concernée, soit être approuvées par la Réunion des Parties<sup>190</sup>. Elles diffèrent en cela des décisions des organes d'experts créés par les traités relatifs aux droits de l'homme et ont un caractère préliminaire qui réduit le poids qu'il convient de leur accorder aux fins de l'interprétation.

89. Il convient cependant de mentionner que le Comité d'examen a déterminé qu'en faisant des recommandations il se prononçait implicitement (à titre provisoire) sur le non-respect des obligations<sup>191</sup>. C'est pourquoi certains auteurs ont avancé que le Comité devrait être considéré comme un organe d'examen indépendant et impartial de nature quasi judiciaire<sup>192</sup>, dont les décisions « font jurisprudence »<sup>193</sup>. La Cour suprême du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a ainsi déclaré que « les décisions du Comité doivent être respectées lorsqu'elles portent sur des questions relatives aux normes de participation du public<sup>194</sup> ». La Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (division civile) a pour sa part déclaré qu'« il y a une autorité persuasive dans les décisions du Comité d'examen de la Convention d'Aarhus »<sup>195</sup>. L'avocat général de la Cour de justice européenne a également invoqué à plusieurs reprises des recommandations du Comité quand il avait à traiter de dispositions de la Convention d'Aarhus<sup>196</sup>.

<sup>185</sup> Décision I/7, *supra*, note 184, annexe, section I, par. 1 et 2; le Comité peut examiner des questions relatives au respect de la Convention, formuler des recommandations et élaborer des rapports (sect. III de l'annexe de la décision I/7).

<sup>186</sup> Décision I/7, annexe, sect. XI, par. 36.

<sup>187</sup> *Ibid.*, sect. XII, par. 37.

<sup>188</sup> *Ibid.*, sect. X, par. 35.

<sup>189</sup> *Ibid.*, sect. XII, par. 37.

<sup>190</sup> *Ibid.*, sect. XI et XII, par. 37.

<sup>191</sup> Koester, *supra*, note 184, p. 204; Rapport de la cinquième réunion du Comité d'examen du respect des dispositions (MP.PP/C.1/2004/6, par. 42 et 43), disponible sur : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/324/94/pdf/G0432494.pdf?OpenElement> (page consultée le 5 mai 2016).

<sup>192</sup> Koester, *supra*, note 184, p. 204.

<sup>193</sup> Terme employé en anglais par Andrusevych/Alge/Konrad, *supra*, note 47.

<sup>194</sup> *Walton v. The Scottish Ministers (Scotland)* [2012] UKSC 44, par. 100 (Lord Carnwath).

<sup>195</sup> *The Secretary of State for Communities and Local Government v. Venn* [2014] EWCA Civ 1539, par. 13.

<sup>196</sup> C-401/12 P (« Il convient également de faire référence à la position adoptée par le Comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Aarhus »); C-72/12 P (« Le comité d'examen du respect des dispositions d'Aarhus considère lui aussi que le fait de limiter les moyens pouvant être invoqués dans le cadre de recours de riverains à ceux portant atteinte à leurs droits, à l'exclusion de toute prétention fondée sur une violation du droit de l'environnement, enfreignait l'article 9, paragraphe 2, de ladite convention. Cette appréciation, même si elle n'est pas contraignante pour la Cour, étaye l'interprétation que je défends »). Voir également Andrusevych/Alge/Konrad, *supra*, note 47, p. 138, 146 et 148.

#### d) Organe international de contrôle des stupéfiants

90. L'Organe international de contrôle des stupéfiants a pour mandat de surveiller l'application de plusieurs traités internationaux de contrôle des drogues. Aux termes de l'article 9 de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961<sup>197</sup>, il se compose de 13 membres ayant l'expérience de la médecine, de la pharmacologie ou de la pharmacie et siégeant à titre personnel<sup>198</sup>. L'Organe a pu être décrit comme un exemple précoce des « comités indépendants d'experts » qui ont été adoptés et développés dans le système onusien de protection des droits de l'homme, avec lesquels il a bien plus de points communs que de différences<sup>199</sup>.

91. L'Organe peut prendre des mesures pour assurer l'exécution des dispositions de la Convention et appeler l'attention des Parties, du Conseil économique et social et de la Commission des stupéfiants s'il convient d'imposer des sanctions à un État partie qui ne remplit pas ses obligations<sup>200</sup>. Dans ses rapports annuels, l'Organe analyse la situation mondiale en matière de stupéfiants, formule des recommandations<sup>201</sup> et examine si les États parties ont suivi ses recommandations antérieures.

92. Les États ne sont pas juridiquement tenus de suivre l'interprétation que l'Organe fait des conventions. Plusieurs d'entre eux, par exemple, se sont déclarés en désaccord avec ses recommandations en ce qui concerne la création de lieux appelés « salles d'injection de drogues » et d'autres mesures de réduction des risques<sup>202</sup> et ont critiqué l'Organe en disant qu'il interprétait de façon trop stricte les conventions relatives aux stupéfiants et outrepassait les limites de son mandat<sup>203</sup>.

<sup>197</sup> L'Organe international de contrôle des stupéfiants a été créé en application de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, *supra*, note 37. La Convention sur les substances psychotropes de 1971 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1019, p. 175) et la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1582, p. 95) lui attribuent des compétences supplémentaires; voir, en général, S. Klinger, *Die Implementationssicherungsmechanismen der UN-Drogenkonventionen von 1961, 1971 und 1988*, Berlin 1999, p. 137.

<sup>198</sup> J. Csete et D. Wolfe, « Closed to Reason: The International Narcotics Control Board and HIV/AIDS », Canadian HIV/AIDS Legal Network/International Harm Reduction Development (2007), p. 3 : les auteurs critiquent le fait qu'aucun des 13 membres du Comité n'ait de qualifications formelles en droit international, malgré l'importance de ces compétences pour interpréter les dispositions conventionnelles.

<sup>199</sup> D. Barrett, *Unique in International Relations? A Comparison of the International Narcotics Control Board and the UN Human Rights Treaty Bodies*, International Harm Reduction Association, Londres, 2006, p. 5, 12 et 13.

<sup>200</sup> Art. 14 de la Convention unique sur les stupéfiants, article 19 de la Convention sur les substances psychotropes et article 22 de la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes.

<sup>201</sup> L'obligation faite à l'Organe de produire des rapports annuels sur ses activités découle de l'article 15 de la Convention unique sur les stupéfiants, de l'article 18 de la Convention sur les substances psychotropes et de l'article 23 de la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes.

<sup>202</sup> *Rapport de l'Organe international de contrôle des stupéfiants pour 2009* (E/INCB/2009/1), par. 278; voir également Csete et Wolfe, *supra*, note 198, p. 12 à 18.

<sup>203</sup> Barrett, *supra*, note 199, p. 9.

e) **Conclusion relative aux autres organes d'experts**

93. Pour résumer, les décisions de la Commission des limites du plateau continental, du Comité de contrôle du respect des dispositions du Protocole de Kyoto, du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus et de l'Organe international de contrôle des stupéfiants – quatre organes d'experts dotés de prérogatives importantes et qui n'ont pas été créés par des traités relatifs aux droits de l'homme – visent principalement à aider les Parties à s'entendre sur l'application du traité pertinent plutôt qu'à contribuer à son interprétation.

6. **Proposition de projet de conclusion 12**

94. Nous proposons le projet de conclusion suivant :

**Projet de conclusion 12**

**Décisions d'organes d'experts**

- 1) Aux fins des présents projets de conclusion, un organe d'experts est un organe composé d'experts siégeant à titre individuel et chargé de contribuer à la bonne exécution du traité par lequel il est créé. Ce terme n'inclut pas les organes d'organisations internationales.
- 2) Les accords et la pratique ultérieurs au sens du paragraphe 3 de l'article 31 ou toute autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 peuvent résulter de décisions d'un organe d'experts ou être exprimés par elles.
- 3) Une décision adoptée par un organe d'experts dans le cadre de l'exécution du traité relevant de son mandat peut contribuer à l'interprétation de ce traité par application du paragraphe 1 de l'article 31 et de l'article 32.
- 4) Le silence d'un État partie n'est pas présumé valoir acceptation de l'interprétation d'un traité telle qu'elle ressort d'une décision d'un organe d'experts ou de la pratique d'autres Parties en réaction à ladite décision.
- 5) Les paragraphes 1 à 4 s'appliquent sans préjudice de toute règle applicable du traité.

### III. Décisions des juridictions nationales

95. Si la Commission du droit international s'intéresse au présent sujet, c'est notamment parce que les accords et pratiques ultérieurs comme moyen d'interprétation des traités ont des conséquences à l'échelle nationale<sup>204</sup>. Lorsqu'elle a adopté son projet de conclusion 4, la Commission a déclaré que la pratique ultérieure au sens de la lettre b) du paragraphe 3) de l'article 31 de la Convention, comme « conduite dans l'application du traité », pouvait aussi comprendre les décisions des juridictions nationales<sup>205</sup>. Elle a également conclu que les autres

<sup>204</sup> *Commission du droit international, Rapport de la soixantième session, 2008, supra*, note 2, p. 155, par. 17 (annexe I).

<sup>205</sup> *Commission du droit international, Rapport de la soixante-cinquième session, 2013, supra*, note 3, chapitre IV, p. 36, par. 17.

pratiques ultérieures prévues par l'article 32 pouvaient revêtir la forme d'une décision juridictionnelle<sup>206</sup>.

96. Dans le présent contexte, les décisions des tribunaux nationaux sont donc intéressantes à double titre : a) elles peuvent constituer en elles-mêmes une forme de pratique ultérieure suivie dans l'application du traité; b) les juridictions nationales doivent convenablement examiner les accords et pratiques ultérieurs lorsqu'elles sont appelées à interpréter et à appliquer un traité. Formes de pratique ultérieure visées par les articles 31 et 32, les décisions rendues par les tribunaux nationaux ne soulèvent pas de problème particulier. Cependant, comme l'un des objets du présent rapport est de fournir aux juridictions nationales des orientations sur la manière d'interpréter et d'appliquer correctement les traités<sup>207</sup>, il peut être utile d'examiner comment ces juridictions ont envisagé la question des accords et pratiques ultérieurs comme moyen d'interprétation et de déterminer dans quelle mesure la pratique concorde avec le projet de conclusions que la Commission a provisoirement adopté. Cet examen servira de fondement à un projet de conclusion dont l'objet est d'attirer l'attention des tribunaux nationaux sur certains points qui ont été mis en évidence dans ce cadre.

97. Il est impossible d'étudier toutes les décisions des juridictions nationales qui ont été publiées et dans lesquelles un traité a été interprété ou aurait dû être interprété en tenant compte d'un accord ultérieur au sens de la lettre a) du paragraphe 3) de l'article 31, ou des pratiques ultérieures visées à la lettre b) du paragraphe 3) de l'article 31, ou à l'article 32. La recension qui suit, quoique nécessairement incomplète, s'appuie sur un travail de recherche dont l'objet était de savoir comment les tribunaux de plusieurs États différents ont pris en considération les accords et pratiques ultérieurs comme moyen d'interprétation des traités<sup>208</sup>.

## 1. Limites imposées par le droit interne

98. Dans la plupart des États, les tribunaux ne peuvent appliquer les traités que dans le cadre du droit interne. Ainsi, l'ordre juridique interne peut exclure l'application directe des traités ou fixer certaines limites à cette application<sup>209</sup>. Ces limites peuvent avoir une incidence sur la manière dont les traités sont interprétés, et notamment sur la manière dont les accords et pratiques ultérieurs visés aux lettres a) et b) du paragraphe 3) de l'article 31 et à l'article 32 de la Convention sont pris en compte dans le processus d'interprétation. La Cour fédérale allemande des finances a par exemple déclaré que, quand bien même un accord ultérieur au sens de

<sup>206</sup> Ibid., p. 42, par. 36.

<sup>207</sup> Sur l'interprétation des traités par les juridictions nationales en général, voir H. P. Aust et G. Nolte (dir.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts : Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

<sup>208</sup> Katharina Berner, « Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Domestic Courts », thèse de doctorat inédite (Université Humboldt de Berlin, 2015). Ce travail de recherche a permis de trouver des décisions pertinentes rendues en Allemagne, en Australie, en Autriche, en Belgique, au Canada, aux États-Unis, à Hong Kong (République populaire de Chine), en Inde, en Nouvelle-Zélande, au Royaume-Uni et en Suisse. Cette étude s'est limitée à ces pays ou territoires pour différentes raisons, notamment des considérations pratiques, l'existence de telles décisions ou la question de la langue. Ainsi, l'Espagne, dans sa réponse à la demande d'information adressée par la Commission, a déclaré n'avoir trouvé aucun exemple récent de cette nature dans la pratique de ses tribunaux.

<sup>209</sup> M. Forteau, « The Role of International Rules of Interpretation for the Determination of Direct Effect of International Agreements », in Aust et Nolte, *supra*, note 207, p. 96 à 112.

la lettre a) du paragraphe 3) de l'article 31 aurait un caractère obligatoire, le droit constitutionnel y ferait échec en droit interne<sup>210</sup>. La Cour a en particulier considéré qu'un tel accord ne saurait prévaloir sur la loi par laquelle le Parlement a ratifié le traité et qu'il fallait donc écarter une interprétation conduisant à une modification informelle du traité<sup>211</sup>. En revanche, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a confirmé que la Constitution allemande reconnaissait la possibilité en droit international de modifier (implicitement) le contenu ou au moins l'interprétation d'un traité sur certains points précis par la pratique de son application avec l'accord des autres parties (voir articles 31, paragraphe 3), lettre b), et 39 de la Convention de Vienne sur le droit des traités)<sup>212</sup>. Cette jurisprudence repose sur l'hypothèse selon laquelle la distinction entre une interprétation autorisée et une modification informelle est pertinente du point de vue du droit constitutionnel interne et du droit international et que cette distinction peut être établie en recherchant si les parties, par leurs pratiques respectives, ont entendu interpréter ou modifier le traité<sup>213</sup>.

## 2. Classification

99. Les juridictions nationales ont parfois expressément reconnu que les accords et pratiques ultérieurs au sens des lettres a) et b) du paragraphe 3) de l'article 31 de la Convention constituaient d'« authentiques » moyens d'interprétation<sup>214</sup>. Elles n'ont toutefois pas toujours exprimé de certitudes quant aux conséquences juridiques de cette qualification. Si certains tribunaux ont supposé que les accords et pratiques ultérieurs adoptés par les parties dans le cadre d'un traité pouvaient produire certains effets obligatoires<sup>215</sup>, d'autres ont à raison souligné que le paragraphe 3) de l'article 31 exigeait seulement que ces accords et pratiques soient pris en compte<sup>216</sup>.

100. Les décisions des juridictions nationales ne sont pas uniformes quant au poids relatif à accorder aux accords et pratiques ultérieurs dans le processus d'interprétation d'un traité. Si, dans certains arrêts, la conduite ultérieure au sens de l'article 31 a manifestement été considérée comme un moyen principal

<sup>210</sup> Allemagne, Cour fédérale des finances, *Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs* (BFHE), vol. 181, p. 161; vol. 219, p. 527 et 528.

<sup>211</sup> Ibid., vol. 157, p. 43 et 44; vol. 227, p. 426.

<sup>212</sup> Décision du 15 décembre 2015 (inédiée), 2 BvL 1/12, par. 90 [« völkerrechtlich vorgesehene Möglichkeit, den Inhalt oder zumindest die Auslegung eines Abkommens durch die Praxis seiner Anwendung in Übereinstimmung mit der anderen Vertragspartei in ganz bestimmten Punkten (konkludent) zu ändern (vgl. Art. 31 Abs. 3 Buchstabe b, Art. 39 WVRK) »].

<sup>213</sup> Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BverfGE), vol. 90, p. 359 à 363; vol. 104, p. 201.

<sup>214</sup> Suisse, Tribunal fédéral, arrêt du 8 avril 2004, 4C.140/2003, *Recueil des arrêts du Tribunal fédéral suisse*, vol. 130 III, p. 439 (où le Tribunal qualifie les parties de « maîtres du traité » (« Herren der Verträge »); Tribunal fédéral, arrêt du 12 septembre 2012, 2C 743/2011, BGE, vol. 138 II, p. 527 et 528; Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BverfGE), vol. 90, p. 362; voir aussi Inde, Cour suprême, *Godhra Electricity Co Ltd. v. The State of Gujarat*, *All India Reporter*, 1975, p. 32, accessible à l'adresse <http://indiankanoon.org/doc/737188/> (consultée le 3 mars 2016).

<sup>215</sup> Allemagne, Cour fédérale des finances, BFHE, vol. 215, p. 241; vol. 181, p. 161.

<sup>216</sup> Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, *Attorney-General v. Zaoui (No. 2)*, 2005, *New Zealand Law Reports*, vol. 1, p. 690, par. 130; Hong Kong, Cour d'appel final, *Ng Ka Ling v. Director of Immigration*, 1999, *Hong Kong Law Reports & Digest*, vol. 1, p. 354; Autriche, Cour administrative, VwGH, arrêt du 30 mars 2006, 2002/15/0098, 2, 5.

d'interprétation<sup>217</sup>, dans d'autres, les accords et pratiques ultérieurs semblent avoir été subordonnés à d'autres moyens d'interprétation mentionnés à l'article 31, en particulier l'interprétation textuelle<sup>218</sup>. Toutefois, cette divergence est peut-être plus apparente que réelle, car les mêmes juridictions ont suivi des raisonnements différents en fonction du litige. En définitive, l'article 31 ne dispose pas qu'il faille accorder le même poids prédéterminé à tous les moyens d'interprétation dans chaque affaire<sup>219</sup>. Au contraire, cette disposition permet de privilégier tel ou tel moyen selon qu'il convient.

### 3. Diversité des interprétations possibles

101. La détermination de la pratique ultérieure au sens de la lettre b) du paragraphe 3) de l'article 31 et de l'article 32 de la Convention 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 de Varsovie comme incluant aussi la « perte », en invoquant la conduite ultérieure des Parties<sup>220</sup>. 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 devait être interprété strictement comme excluant les événements qui n'étaient pas causés par un fait inattendu ou inhabituel, mais qui étaient uniquement provoqués par l'état de santé du passager<sup>221</sup>. Autre exemple d'interprétation restrictive : dans un de ses arrêts, la Cour fédérale australienne 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 nuisance ou d'insultes<sup>222</sup>.

<sup>217</sup> Royaume-Uni, Chambre des lords, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department*, 2004, arrêt n° 18, par. 47 et 48 (Lord Steyn); États-Unis, Cour suprême, *Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano*, *Recueil des arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, vol. 457, p. 183 à 185; *O'Connor v. United States*, *Recueil des arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, vol. 479, p. 31 et 32; Suisse, Tribunal administratif fédéral, arrêt du 21 janvier 2010, BVGE, 2010/7, par. 3.7.11; Suisse, Tribunal fédéral, arrêt du 8 avril 2004, 4C.140/2003, *Recueil des arrêts du Tribunal fédéral suisse*, vol. 130 III, p. 439.

<sup>218</sup> Royaume-Uni, Chambre des lords, *Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation*, 2005, arrêt n° 72, par. 31 (Lord Steyn). À la Cour suprême des États-Unis, le juge Scalia a reproché à la majorité de la Cour de se fonder sur « la pratique des signataires du traité », 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 », *United States v. Stuart*, *Recueil des arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, vol. 489, p. 371.

<sup>219</sup> *Commission du droit international, Rapport de la soixante-cinquième session, 2013, supra*, note 3, chapitre IV, p. 19, par. 15.

<sup>220</sup> Royaume-Uni, Chambre des lords, *Fothergill v. Monarch Airlines*, 1980, arrêt n° 6, p. 278 (Lord Wilberforce) et 279 (Lord Diplock); dans le même sens, Allemagne, Cour fédérale de justice (affaires civiles), *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ)*, vol. 84, p. 343 et 344.

<sup>221</sup> États-Unis, Cour suprême, *Air France v. Saks*, *Recueil des arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, vol. 470, p. 403 et 404.

<sup>222</sup> Australie, Cour fédérale australienne, *Commissioner of the Australian Federal Police and the Commonwealth of Australia v. Magno and Almeida*, 1992, arrêt n° 566, par. 30 à 35 (juge Einfeld); voir aussi Royaume-Uni, Chambre des lords, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department*, 2004, arrêt n° 18, par. 47 et 48 (Lord Steyn).

102. De manière similaire, la pratique ultérieure au sens de la lettre b) du paragraphe 3) de l'article 31 et de l'article 32 ont conduit les juridictions nationales à une interprétation tantôt plus évolutive tantôt plus statique des traités. Ainsi, dans une affaire concernant la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants<sup>223</sup>, 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 la lettre b) du paragraphe 3) de l'article 31, la Cour a estimé que cette pratique « témoign[ait] 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 »<sup>224</sup>. De même, dans une série d'affaires relative à l'interprétation du traité instituant l'Organisation 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 allemande a également jugé que les accords et la pratique ultérieurs au sens de la lettre b) du paragraphe 3) de l'article 31 « pouvaient acquérir de l'importance pour la signification du traité » et a conclu que tel avait été le cas<sup>225</sup>.

103. D'autres décisions rendues par des juridictions nationales confirment que les accords et pratiques ultérieurs 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*, la Cour suprême des États-Unis a été amenée à rechercher si l'expression « lésion corporelle » figurant à l'article 17 de la Convention de Varsovie 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<sup>226</sup>.

<sup>223</sup> *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1343, n° 89.

<sup>224</sup> Nouvelle-Zélande, Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, *C v. H*, 2009, arrêt n° 100, par. 175 à 177, 195 et 196 (juge Baragwanath); voir aussi par. 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), lettre 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, Canada, Cour suprême, *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)*, *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*, 1998, vol. 1, p. 982, par. 129 (juge Cory).

<sup>225</sup> Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, BverfGE, vol. 90, p. 363 et 364, par. 276; vol. 104, p. 206 et 207.

<sup>226</sup> États-Unis, Cour suprême, *Recueil des arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, vol. 499, p. 547 à 549; voir aussi Royaume-Uni, Chambre des lords, *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)*, 2002, arrêt n° 7, par. 98 et 125 (Lord Hope).

#### 4. Distinction entre le paragraphe 3 de l'article 31 et l'article 32 et importance de l'accord des parties

104. Il est plus regrettable de constater que, souvent, les juridictions nationales n'établissent pas clairement de distinction entre les accords et pratiques ultérieurs au sens du paragraphe 3 de de l'article 31 (qui prévoit l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité) et les autres formes de pratique ultérieure visées par l'article 32 (qui n'exige pas un tel accord). L'absence de distinction est sans conséquence lorsqu'elle ne concerne que l'ordre dans lequel un tribunal examine les différents moyens d'interprétation<sup>227</sup>. Il n'en va pas de même lorsque les tribunaux invoquent la lettre b) du paragraphe 3) de l'article 31 sans vérifier si les parties sont réellement en accord au sujet de telle ou telle interprétation.

105. Cette situation s'est principalement manifestée dans deux types d'affaires : tout d'abord, dans des affaires où les tribunaux ont invoqué le paragraphe 3) de l'article 31 mais ont seulement fait état de la pratique d'un nombre restreint de parties au traité et ont donc méconnu l'obligation selon laquelle l'accord des parties doit être établi par la pratique en question<sup>228</sup>; ensuite, dans des affaires où les tribunaux ont simplement supposé que les autres parties avaient donné leur accord exprès ou tacite à la pratique d'un nombre restreint de parties sans apporter ni preuve ni justification à l'appui de cette conclusion<sup>229</sup>.

106. En revanche, dans d'autres décisions, des juridictions ont justement reconnu que l'accord des parties n'était pas établi par une pratique ultérieure particulière<sup>230</sup> ou ont appliqué une règle identique à celle qui figure au paragraphe 2 du projet de conclusion 9, à savoir que le silence d'une partie à un traité ne peut être considéré comme une acceptation que « lorsque les circonstances appellent une réaction »<sup>231</sup>. 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<sup>232</sup>. La situation peut être différente lorsque la forme de coopération envisagée par le traité intervient dans le cadre d'une

<sup>227</sup> Voir par exemple, États-Unis, Cour suprême, *O'Connor v. United States*, *Recueil des arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, vol. 479, p. 31 à 33.

<sup>228</sup> Royaume-Uni, Chambre des lords, *Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation*, 2005, arrêt n° 72, par. 54, 55 et 66 à 85 (Lord Mance); *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department*, 2004, arrêt n° 18, par. 47 (Lord Steyn); *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)*, 2002, arrêt n° 7, par. 80 (Lord Hope); Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, *Attorney-General v. Zaoui and Others (No. 2)*, *New Zealand Law Reports*, 2005, vol. 1, p. 690, par. 130 (juge Glazebrook); *Lena-Jane Punter v. Secretary for Justice, ex p Adam Punter*, *New Zealand Law Reports*, 2004, vol. 2, p. 28, par. 61 (juge Glazebrook); Allemagne, Tribunal administratif fédéral, BverwGE, vol. 104, p. 256 et 257.

<sup>229</sup> Royaume-Uni, Chambre des lords, *R (Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, 2007, arrêt n° 58, par. 38; Allemagne, Tribunal administratif fédéral, arrêt du 29 novembre 1988, 1 C 75/86, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, p. 766.

<sup>230</sup> Australie, High Court, *Minister for Immigration v. Ibrahim*, 2000, arrêt n° 55, par. 140 (juge Gummow); Allemagne, Tribunal administratif fédéral, arrêt du 7 février 2008, 10 C 33/07, par. 35, accessible à l'adresse <http://lexetius.com/2008,925> (consulté le 3 mars 2016), qui concerne toutefois une affaire dans laquelle la pratique existante n'était pas uniforme.

<sup>231</sup> Suisse, Tribunal fédéral, arrêt du 17 février 1971, *Recueil des arrêts du Tribunal fédéral suisse*, vol. 97 I, p. 370 et 371.

<sup>232</sup> Voir États-Unis, Cour suprême, *O'Connor v. United States*, *Recueil des arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, vol. 479, p. 33 à 35; Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, BverfGE, vol. 59, p. 94 et 95.

organisation internationale dont les règles écartent la possibilité que la pratique des parties et leur silence puissent être utilisés à des fins d'interprétation<sup>233</sup>.

##### 5. Invocation d'une pratique ultérieure qui n'est pas assortie d'un accord des parties

107. Toutefois, le fait que les juridictions nationales ont parfois appliqué l'article 31, paragraphe 3) b), sans vérifier si l'accord des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité était établi par une pratique ultérieure particulière ne signifie pas que l'invocation d'une telle pratique aux fins d'interprétation ne doit être ni admise ni encouragée. Comme l'a fait observer le juge Glazebrook (Cour d'appel de Nouvelle-Zélande), il est possible de tenir compte des décisions rendues par une juridiction nationale d'un autre État, car : « La Convention de Vienne permet également de faire appel aux moyens complémentaires d'interprétation visés à l'article 32, par exemple les décisions rendues dans d'autres pays<sup>234</sup> ».

108. De nombreuses juridictions nationales ont invoqué les décisions rendues dans d'autres États sans faire expressément référence à l'article 32<sup>235</sup> et ont donc engagé un « dialogue judiciaire » même si l'accord des parties ne pouvait être établi de cette manière. Outre qu'il peut confirmer une interprétation prévue par l'article 32, ce dialogue, tout comme les décisions d'autres juridictions nationales, peut enrichir le développement d'une pratique ultérieure<sup>236</sup>. Cependant, l'invocation sélective d'une certaine pratique administrative ou judiciaire qui méconnaît une pratique contraire significative ou qui ne peut être considérée comme représentative pour une autre raison ne devrait pas acquérir beaucoup d'importance et peut légitimement susciter des critiques<sup>237</sup>. La frontière qui sépare une exploitation appropriée des décisions d'autres juridictions nationales et une invocation sélective de telles décisions peut être mince. Lord Hope (Chambre des lords), citant les règles d'interprétation qui figurent dans la Convention de Vienne, a présenté une orientation générale raisonnable lorsqu'il a déclaré :

« 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

<sup>233</sup> Voir Royaume-Uni, Cour suprême, *Assange v. The Swedish Prosecution Authority*, 2012, arrêt n° 22, par. 68 à 71 (Lord Phillips), et *Bucnys v. Ministry of Justice, Lithuania*, 2013, arrêt n° 71, par. 39 à 43 (Lord Mance).

<sup>234</sup> Nouvelle-Zélande, Cour d'appel : *Ye v. Minister of Immigration* [2009] 2 NZLR 596, par. 71.

<sup>235</sup> Voir par exemple, États-Unis, Cour suprême : *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392, p. 397 à 407; *Abbott v. Abbott* 560 U.S. \_\_\_\_ (2010), opinion (juge Kennedy), résumé de l'arrêt accessible à l'adresse suivante : <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf> (consulté le 3 mars 2016), p. 12 à 16; Allemagne, Tribunal administratif fédéral : BVerwGE vol. 139, p. 272, aux pages 288 et 289; Australie, High Court : *Macoun v. Commissioner of Taxation* [2015] HCA 44, p. 75 à 82.

<sup>236</sup> A. Tzanakopoulos, « Judicial Dialogue as a Means of Interpretation », dans Aust et Nolte, *supra* note 207, p. 94; E. Benvenisti, « Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts », 102 (2008) *American Journal of International Law*, p. 241 à 274.

<sup>237</sup> Royaume-Uni, Cour suprême : *R (Adams) v. Secretary of State for Justice* [2011] UKSC 18, par. 17 (Lord Philips) (« 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, par. 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. »).

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<sup>238</sup>. »

109. Le problème dépend en grande partie de la manière dont cette orientation générale est appliquée. Ainsi, il n'est pas approprié, en règle générale, d'invoquer sélectivement les décisions rendues dans un pays particulier ou la pratique d'un groupe particulier de pays, aussi importants soient-ils<sup>239</sup>. En revanche, dans une situation où les pratiques suivies dans différents pays divergent, il peut être judicieux de privilégier la pratique du groupe d'États le plus représentatif<sup>240</sup> et d'accorder plus de poids aux décisions des juridictions supérieures<sup>241</sup>.

## 6. Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure

110. Naturellement, les juridictions nationales ont plus souvent identifié des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3) a), lorsque le traité en question ne concernait guère plus de deux parties, que pour des traités multilatéraux ouverts<sup>242</sup>. Dans ce cadre, ces juridictions n'ont pas toujours examiné les faits avec soin avant de conclure que les parties étaient ultérieurement parvenues à un accord au sujet d'une interprétation particulière. Ainsi, dans l'arrêt *Diatlov v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*<sup>243</sup>, la Cour fédérale d'Australie a déclaré qu'« il apparaît manifestement que la Convention relative au statut des apatrides joue un rôle dans l'interprétation de la Convention sur les réfugiés : voir l'article 31, paragraphe 3), alinéas a) et c) de la Convention de Vienne ». Pour pouvoir conclure que la Convention relative au statut des apatrides constituait un accord ultérieur au sujet de la Convention relative au statut des réfugiés au sens de l'article

<sup>238</sup> Royaume-Uni, Chambre des lords : *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)* [2002] UKHL 7, par. 81.

<sup>239</sup> Voir, par exemple, Royaume-Uni, Chambre des lords : *King v. Bristow Helicopters Ltd.*, *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 US 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, le juge Einfeld (Cour fédérale d'Australie) (*Commissioner of the Australian Federal Police and the Commonwealth of Australia v. Magno and Almeida* [1992] FCA 566, par. 30), a fait référence à l'article 31, paragraphe 3) b), et déclaré que « l'application de la Convention de Vienne 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. »

<sup>240</sup> Canada, Cour suprême : *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.* [2010] 1 RCS 649, par. 21 (juge Rothstein).

<sup>241</sup> Royaume-Uni, Chambre des lords : *Sidhu v. British Airways* [1997] AC 430, par. 453 (Lord Hope); *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* [1980] UKHL 6, par. 275 et 276 (Lord Wilberforce).

<sup>242</sup> Berner, *supra* note 208, chap. 6.

<sup>243</sup> [1999] FCA 468, par. 28.

31, paragraphe 3) a), la Cour aurait plutôt dû déterminer si la Convention relative au statut des apatrides s'étendait à toutes les Parties à la Convention sur les réfugiés (ce qui n'est pas le cas) et si l'on pouvait considérer que la Convention relative au statut des apatrides avait été conclue « au sujet de l'interprétation » de la Convention sur les réfugiés.

111. Appelée à interpréter la Déclaration commune sino-britannique dans le cadre de l'affaire *Ng Ka Ling v. Director of Immigration*<sup>244</sup>, la Cour d'appel final de Hong Kong a adopté une démarche plus rigoureuse. Dans cette affaire, l'une des parties soutenait que le Groupe de liaison sino-britannique, composé de représentants de la Chine et du Royaume-Uni et créé en vertu de l'article 5 de la Déclaration commune, était parvenu à un accord au sujet de l'interprétation de cette Déclaration. À l'appui de cette allégation, elle avait signalé l'existence d'une brochure qui, selon ses auteurs, avait été établie « à partir des réglementations et pratiques en vigueur en matière d'immigration et du point de vue commun de la partie britannique et de la partie chinoise au sein du [Groupe de liaison] ». La Cour n'a toutefois pas tenu pour établi que l'objet de la brochure était « d'interpréter ou d'appliquer » la Déclaration commune, au sens de l'article 31, paragraphe 3) a)<sup>245</sup>.

## 7. Projet de conclusion 13 proposé

112. Nous proposons le projet de conclusion suivant :

### **Projet de conclusion 13** **Décisions des juridictions nationales**

- 1) Les décisions des juridictions nationales qui portent sur l'application du traité peuvent constituer une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3) b), et de l'article 32 aux fins de l'interprétation du traité.
- 2) Lorsqu'elles appliquent un traité, les juridictions nationales devraient :
  - a) Considérer que les accords et pratiques ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3), alinéas a) et b), ne lient pas les parties en tant que tels;
  - b) Être conscientes que les accords et pratiques ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3), alinéas a) et b), et les autres pratiques ultérieures visées par l'article 32 peuvent étayer une interprétation large ou étroite du sens d'un terme d'un traité, interprétation qui peut être constante ou évoluer au fil du temps;
  - c) Distinguer les accords et pratiques ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3), alinéas a) et b), qui requièrent l'accord des parties, des autres pratiques ultérieures visées par l'article 32, pour lesquelles un tel accord n'est pas nécessaire;
  - d) Prendre le soin de vérifier si l'accord des parties à l'égard d'une interprétation d'un traité est établi par une pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité et en particulier si le silence

<sup>244</sup> [1999] 1 HKLRD 315.

<sup>245</sup> Ibid., par. 152 et 153.

d'une ou plusieurs parties constitue une acceptation de la pratique ultérieure en question;

- e) Chercher à identifier un éventail large et représentatif de la pratique ultérieure, y compris les décisions des juridictions nationales, lorsqu'elles envisagent cette pratique comme moyen d'interprétation d'un traité.

#### IV. Structure et champ d'application du projet de conclusions

113. Étant donné que, sur le sujet à l'examen, le stade de la première lecture approche, il convient d'examiner certains éléments concernant le projet de conclusions proposé, considéré dans son ensemble. Le Rapporteur spécial propose de structurer le projet de conclusions comme suit :

- I. Introduction [avec un nouveau projet de conclusion introductive (1a)]
- II. Règles et définitions fondamentales (projets de conclusion 1, 2, 4 et 5 provisoirement adoptés)
- III. Rôle des accords et pratiques ultérieurs dans le processus d'interprétation (projets de conclusion 3, 6, 7, 8 et 9 provisoirement adoptés)
- IV. Formes et aspects particuliers des accords et pratiques ultérieurs (projets de conclusion 10, 11, 12 et 13 provisoirement adoptés)
- V. Conclusion finale (nouveau projet de conclusion 14)

114. Lorsqu'elle aura examiné le présent rapport, la Commission aura étudié tous les aspects des « Accords et pratiques ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » que le Rapporteur spécial avait proposé de traiter à l'origine<sup>246</sup>. Il est possible que certains points n'aient pas été abordés explicitement ou implicitement, mais, compte tenu du caractère transversal et multiforme du sujet, il n'est pas nécessaire d'examiner toutes les questions envisageables.

115. L'importance des accords et pratiques ultérieurs dans le cadre des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales est un des aspects de ce sujet qui n'a pas été traité. Le Rapporteur spécial propose que cet aspect soit examiné séparément, si nécessaire, comme l'a fait la Commission dans ses précédents travaux sur le droit des traités. En outre, le Rapporteur spécial juge qu'il n'est pas nécessaire d'étudier spécifiquement la question des accords et pratiques ultérieurs qui concernent des traités « adoptés au sein d'une organisation internationale » au sens de l'article 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>247</sup>. Il ne semble pas y avoir de différences générales importantes, au moins du point de vue de l'interprétation, entre ces traités et ceux qui sont conclus à l'issue d'une conférence diplomatique<sup>248</sup>.

<sup>246</sup> A/67/10, p. 127, par. 237 à 239.

<sup>247</sup> Voir El Salvador (A/C.6/70/SR.22, par. 107) et Malaisie (A/C.6/70/SR.23, par. 50).

<sup>248</sup> H. Anderson, Introduction, dans O. Corten et P. Klein (dir.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary* (Oxford: Oxford University Press 2011), p. 94, par. 19, C. Brölmán, « Specialized Rules of Treaty Interpretation: International Organizations », in D. Hollis (dir.), *The*

116. Par conséquent, le commentaire qui accompagnera le nouveau projet de conclusion introductive précisera que le projet de conclusions dans son ensemble ne porte pas sur toutes les circonstances dans lesquelles les accords et pratiques ultérieurs peuvent être pris en compte pour l'interprétation des traités.

117. Nous proposons le projet de conclusion suivant :

**Nouveau projet de conclusion 1a**

**Introduction**

Le présent projet de conclusions concerne l'influence des accords et pratiques ultérieurs sur l'interprétation des traités.

## V. Révision du paragraphe 3 du projet de conclusion 4

118. Les travaux menés sur le sujet à l'examen étant bien avancés au sein de la Commission, il est possible, au vu des développements ultérieurs, de revenir sur un projet de conclusion déjà adopté. Dans ce contexte, le Rapporteur spécial, à l'instar de deux États<sup>249</sup>, propose de reconsidérer le paragraphe 3 du projet de conclusion 4 provisoirement adopté, selon lequel « [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 ». Comme il a été expliqué plus haut<sup>250</sup>, la Commission a ultérieurement adopté le paragraphe 3 du projet de conclusion 11, selon lequel « [l]a pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif peut contribuer à l'interprétation de cet acte, lors de l'application des articles 31, paragraphe 1, et 32<sup>251</sup> ». Dans son commentaire du paragraphe 3 du projet de conclusion 11, la Commission a noté que :

« La Commission pourra revenir sur la définition de l'expression "autre pratique ultérieure" figurant dans les projets de conclusions 1 4) et 4 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<sup>252</sup>. »

119. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial propose de considérer que les décisions rendues par les organes d'experts créés par les traités relatifs aux droits de l'homme, même si elles ne constituent pas une pratique suivie par une partie dans l'application d'un traité, n'en sont pas moins des décisions officielles dont l'objet, aux fins du traité concerné, est de contribuer à la bonne application de celui-ci. Ces décisions interviennent « dans l'application du traité », car, selon la Commission, cette « pratique » :

---

*Oxford Guide to Treaties* (Oxford : Oxford University Press 2012), p. 507 à 524 et Gardiner, *supra*, note 93, p. 126 et 127, n'abordent pas la question des « traités adoptés au sein d'une organisation internationale ». Voir aussi K. Schmalenbach, art. 5, in O. Dörr et K. Schmalenbach (dir.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary* (Springer, 2012), p. 93 à 95, par. 10 à 13.

<sup>249</sup> Voir *supra* note 17 (Autriche et Malaisie).

<sup>250</sup> *Supra* par. 58 à 62.

<sup>251</sup> Paragraphe 3 du projet de conclusion 11, *Commission du droit international, Rapport de la soixante-septième session (2015)* (*supra* note 7), chap. VII, p. 96, par. 128.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 107, note 354, à propos de *Commission du droit international, Rapport de la soixante-cinquième session (2013)*, *supra* note 3, chap. IV, p. 11 et 12.

« [C]omprend 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<sup>253</sup> ».

120. Les décisions des organes d'experts représentent effectivement un moyen d'interprétation « complémentaire » au sens de l'article 32. Contrairement à la pratique ultérieure visée à l'article 31, paragraphe 3) b), il n'est pas strictement obligatoire de « ten[ir] compte » de ce moyen. Le fait que les décisions d'organes d'experts soient conçues par un traité comme un moyen officiel de contribuer à la bonne application du traité en question est suffisant pour les considérer comme une « autre pratique ultérieure » visée à l'article 32. Dans le paragraphe 3 du projet de conclusion 4, le Rapporteur spécial propose donc de remplacer la formule « d'une ou plusieurs parties » par le mot « officielle » et de reformuler ce paragraphe comme suit :

Toute autre « pratique ultérieure » en tant que moyen complémentaire d'interprétation en vertu de l'article 32 est constituée par toute conduite officielle dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci.

Il n'est pas nécessaire de modifier la formulation du paragraphe 4 du projet de conclusion 1, mais uniquement de faire figurer la mention adéquate dans le commentaire correspondant.

121. Le commentaire préciserait ainsi que l'expression « conduite officielle » englobe non seulement la conduite des États parties à un traité, mais aussi la conduite des organes qui ont été créés par le traité en question et qui ont pour mission de contribuer à la bonne application de ce traité.

122. Nous proposons le projet de conclusion 4 révisé suivant :

**Projet de conclusion 4 révisé**

1) et 2) [inchangés]

3) Toute autre « pratique ultérieure » en tant que moyen complémentaire d'interprétation en vertu de l'article 32 est constituée par toute conduite officielle dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci.

## VI. Programme de travail futur

123. Dans le présent rapport, nous avons cherché à compléter le projet de conclusions que nous avons proposé. Si la Commission adopte à titre provisoire les projets de conclusion qui figurent dans le présent rapport, l'ensemble du projet de conclusions pourrait être adopté en première lecture à l'issue de la soixante-huitième session, en 2016. La Commission aurait alors adopté en quatre ans (entre 2013 et 2016) l'ensemble du projet de conclusions et des commentaires qui l'accompagnent. Une deuxième lecture pourrait être envisagée pour 2018, ce qui laisserait suffisamment de temps aux États, aux organisations internationales et aux

<sup>253</sup> Ibid., p. 36, par. 17.

autres acteurs concernés pour présenter des observations écrites concernant le projet de conclusions et les commentaires adoptés en première lecture. Nous sommes conscients que ce programme de travail est ambitieux et sommes prêts à modifier le rythme de progression en fonction des circonstances.

## Annexe

### Projet de conclusions proposé

#### Nouveau projet de conclusion 1a

##### Introduction

Le présent projet de conclusions concerne l'influence des accords et pratiques ultérieurs sur l'interprétation des traités.

##### Proposition de projet de conclusion 4 révisé

1) et 2) [inchangés]

3) Toute autre « pratique ultérieure » en tant que moyen complémentaire d'interprétation en vertu de l'article 32 est constituée par toute conduite officielle dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci.

#### Projet de conclusion 12

##### Décisions d'organes d'experts

- 1) Aux fins des présents projets de conclusion, un organe d'experts est un organe composé d'experts siégeant à titre individuel et chargé de contribuer à la bonne exécution du traité par lequel il est créé. Ce terme n'inclut pas les organes d'organisations internationales.
- 2) Les accords et la pratique ultérieurs au sens du paragraphe 3 de l'article 31 ou toute autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 peuvent résulter de décisions d'un organe d'experts ou être exprimés par elles.
- 3) Une décision adoptée par un organe d'experts dans le cadre de l'exécution du traité relevant de son mandat peut contribuer à l'interprétation de ce traité par application du paragraphe 1 de l'article 31 et de l'article 32.
- 4) Le silence d'un État partie n'est pas présumé valoir acceptation de l'interprétation d'un traité telle qu'elle ressort d'une décision d'un organe d'experts ou de la pratique d'autres Parties en réaction à ladite décision.
- 5) Les paragraphes 1 à 4 s'appliquent sans préjudice de toute règle applicable du traité.

#### Projet de conclusion 13

##### Décisions des juridictions nationales

- 1) Les décisions des juridictions nationales qui portent sur l'application du traité peuvent constituer une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3) b), et de l'article 32 aux fins de l'interprétation du traité.
- 2) Lorsqu'elles appliquent un traité, les juridictions nationales devraient :
  - a) Considérer que les accords et pratiques ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3), alinéas a) et b), ne lient pas les parties en tant que tels;
  - b) Être conscientes que les accords et pratiques ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3), alinéas a) et b), et les autres pratiques ultérieures visées par l'article 32 peuvent étayer une interprétation large

ou étroite du sens d'un terme d'un traité, interprétation qui peut être constante ou évoluer au fil du temps;

- c) Distinguer les accords et pratiques ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3), alinéas a) et b), qui requièrent l'accord des parties, des autres pratiques ultérieures visées par l'article 32, pour lesquelles un tel accord n'est pas nécessaire;
  - d) Prendre le soin de vérifier si l'accord des parties à l'égard d'une interprétation d'un traité est établi par une pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité et en particulier si le silence d'une ou plusieurs parties constitue une acceptation de la pratique ultérieure en question;
  - e) Chercher à identifier un éventail large et représentatif de la pratique ultérieure, y compris les décisions des juridictions nationales, lorsqu'elles envisagent cette pratique comme moyen d'interprétation d'un traité.
-