



# Assemblée générale

Distr. générale  
8 février 2023  
Français  
Original : anglais

## Commission du droit international

Soixante-quatorzième session

Genève, 24 avril-2 juin et 3 juillet-4 août 2023

### Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

**Éléments figurant dans les travaux antérieurs de la Commission du droit international et pouvant être particulièrement utiles pour l'examen du sujet**

**Étude du secrétariat**

#### *Résumé*

La présente étude fait suite à la demande formulée par la Commission du droit international à sa soixante-treizième session, en 2022. Elle vise à recenser, dans les travaux antérieurs de la Commission, les éléments qui pourraient être particulièrement utiles pour l'examen du sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international ».

Cette étude consiste en une série d'observations assorties d'explications. Après avoir formulé, dans l'introduction, quelques remarques préliminaires sur la tâche confiée au secrétariat par la Commission, on présentera comment la Commission a analysé les notions de « décisions judiciaires » et de « doctrine » aux fins de la détermination des règles de droit international.

On examinera ensuite la façon dont la Commission a utilisé les décisions judiciaires et la doctrine dans ses travaux, y compris lors de l'examen de questions générales concernant le système juridique international et les interactions entre les sources du droit international. Enfin, on exposera la manière dont la Commission a intégré ces éléments dans ses méthodes de travail.



## Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	3
II. Analyse par la Commission des notions de « décisions judiciaires » et de « doctrine » aux fins de la détermination des règles de droit international . . . . .	6
A. Moyens auxiliaires . . . . .	6
B. Décisions judiciaires . . . . .	7
C. Doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations . . . . .	11
D. Poids relatif à accorder aux décisions judiciaires et à la doctrine aux fins de la détermination des règles de droit international . . . . .	16
III. Utilisation des décisions judiciaires et de la doctrine dans la pratique de la Commission . . . .	21
A. Utilisation des décisions judiciaires et de la doctrine dans la pratique de la Commission	21
B. Exemples d'utilisation de décisions de juridictions et de la doctrine comme moyens de détermination de règles du droit des traités, de règles du droit international coutumier et de principes généraux du droit . . . . .	59
C. Utilisation par la Commission des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes lors de l'examen de questions plus générales, notamment la nature du système juridique international et les interactions entre les sources et les règles de droit international . . . .	71
IV. Intégration des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes dans les méthodes de travail de la Commission . . . . .	75

## I. Introduction

1. À sa soixante-douzième session (2021), la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » à son programme de travail à long terme<sup>1</sup>. À sa soixante-treizième session (2022), elle a inscrit le sujet à son programme de travail et désigné M. Charles Chernor Jalloh comme Rapporteur spécial<sup>2</sup>. À cette même session, elle a prié le secrétariat de procéder à une étude visant à recenser les éléments des travaux antérieurs de la Commission qui pourraient être particulièrement utiles pour ce sujet<sup>3</sup>.

2. Aux termes de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, la Cour, pour régler les différends qui lui sont soumis, applique « sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

3. Pour donner suite à la demande de la Commission et recenser dans ses travaux les aspects les plus intéressants concernant les « décisions judiciaires » et la « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations », le secrétariat a passé en revue l'ensemble des travaux menés par la Commission depuis 1949. Notons que, sauf dans les travaux dont il est question à la section II de la présente étude, dans lesquels elle entend donner un contenu à la notion de « moyens auxiliaires », la Commission ne précise pas en général, lorsqu'elle cite une décision judiciaire ou un élément de doctrine, si elle s'en sert comme moyen auxiliaire au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. On a adopté dans la présente étude une perspective très large : on a retenu des exemples où la Commission cite des décisions judiciaires et des textes de doctrine sans toujours chercher à savoir si, ce faisant, elle les invoque ou non à titre de moyen auxiliaire au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38.

4. Cette précision étant donnée, on trouvera dans la présente étude des exemples tirés des travaux de la Commission qui montrent comment celle-ci a compris la notion de moyens auxiliaires, comment elle a utilisé les décisions judiciaires et la doctrine et quel poids elle leur a accordé, en particulier, dans la section III, lorsqu'elle s'est penchée sur la nature du système juridique international et les interactions entre les sources du droit international visées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. On a rendu compte des travaux de la Commission par des observations accompagnées au besoin de notes explicatives. Enfin, l'étude se conclut par des observations sur la façon dont la Commission a intégré cette matière dans ses méthodes de travail.

5. Pour réaliser la présente étude, le secrétariat s'est aidé du plan d'études établi par M. Charles Chernor Jalloh<sup>4</sup>, où sont énumérés les principaux points à traiter dans le cadre du sujet, à savoir : le champ d'application des moyens auxiliaires et les questions terminologiques y afférentes, le poids et la valeur à accorder à ces moyens auxiliaires, leurs fonctions et les relations qu'ils entretiennent avec les sources du droit international<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 10 (A/76/10)*, par. 302. Dans sa résolution 76/111 du 17 décembre 2021, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission.

<sup>2</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, par. 20.

<sup>3</sup> *Ibid.*, par. 245.

<sup>4</sup> Voir l'annexe au rapport de la Commission de 2021, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 10 (A/76/10)*.

<sup>5</sup> *Ibid.*, annexe, par. 38.

6. Notons d'emblée que, compte tenu de la quantité de travail exigée par l'étude (passer en revue les annuaires de la Commission depuis 1949, compiler et analyser la matière, rédiger le document), le secrétariat a dû se montrer pragmatique et faire des choix. Tout d'abord, certaines procédures de travail de la Commission, comme les rapports des rapporteurs spéciaux ou les débats en séance plénière, bien qu'utiles à la présente étude, n'en constituent pas l'axe central. En effet, ces travaux ne représentent pas l'activité de la Commission en tant que telle, mais les points de vue de personnes particulières (rapporteurs spéciaux ou membres individuels de la Commission). Le secrétariat s'est donc surtout intéressé aux textes assortis de commentaires adoptés en seconde lecture<sup>6</sup> et aux rapports finaux des groupes d'étude<sup>7</sup>, qui, selon lui, étaient plus à même de refléter la façon dont la Commission, en tant qu'organe collectif, concevait les moyens auxiliaires. Par ailleurs, vu l'abondance de la matière, il a choisi de ne fournir à l'appui de ses observations qu'un certain nombre d'exemples et n'a pas cherché à être exhaustif.

7. Avant de procéder aux observations, formulons brièvement ici quelques remarques préliminaires.

8. Première remarque préliminaire, la Commission cite des décisions de justice et la doctrine des publicistes dans presque tous les sujets qu'elle traite. Toutefois, comme nous l'avons dit plus haut, ces renvois ne s'inscrivent pas tous forcément dans la cadre de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

9. Deuxième remarque préliminaire, l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice s'applique « sous réserve de la disposition de l'Article 59 » de ce statut, lequel stipule que les décisions de la Cour sont obligatoires pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Ces décisions ne sont pas des moyens auxiliaires de détermination des droits et obligations *inter partes* décidés par la Cour dans un cas particulier.

10. Troisième remarque préliminaire, la classification figurant au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui distingue sources du droit international et moyens auxiliaires, diffère de celle qui ressort de l'article 24 du statut de la Commission, selon lequel la Commission « examine les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », y compris la compilation et la publication de documents « établissant la pratique des États et des décisions de juridictions nationales et internationales sur des questions de droit international [...] »<sup>8</sup>. En 1950, la Commission a présenté à l'Assemblée générale un rapport sur les « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », qui souligne cette différence :

30. L'article 24 du statut de la Commission semble s'écarter de la classification de l'Article 38 du Statut de la Cour puisqu'il fait figurer, parmi les sources du

<sup>6</sup> A toutefois également été retenu dans l'étude le texte des articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État adoptés par la Commission en première lecture à sa soixante-treizième session (2022).

<sup>7</sup> Rapports finaux des groupes d'étude sur la fragmentation du droit international, sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), et sur la clause de la nation la plus favorisée.

<sup>8</sup> L'article 24 du statut de la Commission dispose que :

La Commission examine les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, par exemple la compilation et la publication de documents établissant la pratique des États et des décisions de juridictions nationales et internationales sur des questions de droit international, et elle fait rapport à l'Assemblée générale sur ce sujet.

droit international coutumier, les décisions judiciaires sur des questions de droit international. Cela peut cependant logiquement se défendre, car des décisions de cette nature, notamment celles des juridictions internationales, peuvent comporter la formulation et l'application de principes et de règles de droit international coutumier. D'autre part, la pratique suivie par un État peut ressortir des décisions rendues par ses tribunaux nationaux<sup>9</sup>.

Dans ce même rapport était ensuite abordé le rôle des décisions des juridictions nationales et indiqué que « les décisions des tribunaux nationaux constituent une précieuse source de documentation pour ce qui est de la pratique des États dont relèvent ces tribunaux, même si elles ne peuvent être considérées, par ailleurs, comme source du droit international coutumier »<sup>10</sup>.

11. Quatrième remarque préliminaire, la Commission a déjà eu l'occasion de se pencher sur le sujet des « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international » et d'interroger les concepts enfermés dans les termes « décisions judiciaires » et « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ». Dans ses travaux concernant l'interprétation des traités, la détermination du droit international coutumier, les principes généraux du droit et les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), elle a examiné les sources du droit international visées à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et analysé la façon dont les décisions judiciaires et la doctrine avaient été utilisées. Les projets de conclusion et les commentaires qu'elle a arrêtés sur ces sujets sont particulièrement utiles, certains d'entre eux se livrant à une analyse conceptuelle des moyens auxiliaires.

12. Les remarques préliminaires qui précèdent constituent la section I de l'étude. La suite du présent document est divisée en trois autres sections. La section II est consacrée aux observations, accompagnées d'explications, sur la manière dont la Commission a analysé les notions de « décisions judiciaires » et de « doctrine » aux fins de la détermination des règles de droit international.

13. La section III porte sur la pratique de la Commission et l'utilisation qu'elle a faite des décisions judiciaires et de la doctrine dans ses travaux. Elle comprend trois sous-sections, chacune constituée d'observations étayées d'exemples. La première examine cette pratique d'un point de vue général. La deuxième examine cette pratique lorsque la Commission s'est intéressée à la détermination des règles du droit des traités et du droit international coutumier et des principes généraux de droit. La troisième examine cette pratique lorsque la Commission s'est penchée sur des questions générales concernant la nature du système juridique international et les interactions entre les sources du droit international visées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

14. La section IV contient des observations sur la manière dont la Commission a intégré les décisions judiciaires et la doctrine dans ses méthodes de travail aux fins de la bonne exécution de ses fonctions statutaires. On en trouvera des exemples dans les annuaires et les rapports annuels présentés par la Commission à l'Assemblée générale, les rapports des rapporteurs spéciaux, les études réalisées par le secrétariat et les textes issus des travaux de la Commission, dans lesquels figurent parfois des bibliographies énumérant des décisions judiciaires et des ouvrages de doctrine.

<sup>9</sup> *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II, p. 368, par. 30 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)* p. 4 et 5, par. 30.

<sup>10</sup> *A/1316*, p. 7, par. 54.

## II. Analyse par la Commission des notions de « décisions judiciaires » et de « doctrine » aux fins de la détermination des règles de droit international

15. On s'intéresse dans la présente section aux travaux dans lesquels la Commission a expliqué ce que recouvraient selon elle les termes de « décisions judiciaires » et de « doctrine » et ce, en faisant parfois expressément référence aux « moyens auxiliaires » visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. On fait état également des travaux dans lesquels la Commission a montré que les décisions judiciaires nationales avaient une double fonction et pouvaient être à la fois une forme de pratique des États et un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. On présente également les critères que la Commission a appliqués pour déterminer la valeur à accorder aux différents éléments invoqués par elle.

### Observation 1

**La Commission reprend le libellé du texte de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice quand elle traite dans ses projets de disposition des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit.**

16. Dans ses travaux sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), qu'elle a conclus récemment, la Commission a indiqué que<sup>11</sup> :

2) Le paragraphe 1 du projet de conclusion 9 comporte deux phrases. La première dispose que les décisions des juridictions internationales constituent un moyen auxiliaire de détermination du caractère impératif des normes du droit international général. *Cette disposition reflète le paragraphe 1 d) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, aux termes duquel les décisions judiciaires sont « un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».* C'est en partie pour cette raison qu'en anglais, c'est l'expression « *means for determining* » (« moyens [...] de détermination ») qui figure au paragraphe 1 au lieu du terme « *identifying* » (« identification »), plus fréquemment employé dans le présent projet de conclusions. (non souligné dans l'original)

### A. Moyens auxiliaires

#### Observation 2

**La Commission a précisé le sens du terme « moyens auxiliaires » employé à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.**

17. Le commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier précise ce que la Commission entend par « moyens auxiliaires » lorsqu'elle se réfère à des décisions judiciaires :

L'emploi de l'expression « moyens auxiliaires » vise à indiquer que les décisions de justice jouent un rôle secondaire dans la détermination du droit et

<sup>11</sup> Par. 2 du commentaire de la conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, p. 46.

*ne sont pas elles-mêmes une source de droit international (contrairement aux traités, au droit international coutumier et aux principes généraux du droit)*<sup>12</sup>.

18. Le commentaire de la conclusion 14 de ces mêmes conclusions, portant sur la doctrine comme moyen de déterminer les règles de droit international coutumier, va dans le même sens :

Comme les décisions des juridictions, qui font l'objet du projet de conclusion 13 ci-dessus, *la doctrine ne constitue pas en tant que telle une source du droit international, mais elle peut donner des indications aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de ce droit*. Cette fonction auxiliaire s'explique par l'intérêt que peut présenter la doctrine en tant qu'elle collecte des informations sur la pratique des États et qu'elle en fait l'analyse, qu'elle relève les divergences dans cette pratique et l'absence ou la formation éventuelles de règles et qu'elle évalue le droit<sup>13</sup>. (non souligné dans l'original)

19. Le commentaire de la conclusion 14 indique en outre que<sup>14</sup> :

Calqué sur le libellé de l'Article 38, paragraphe 1) d), du Statut de la Cour internationale de Justice, ce projet de conclusion indique que ces travaux peuvent être utilisés comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier, c'est-à-dire pour rechercher s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*).

20. Un angle de vue similaire a été adopté dans le cadre du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), où il est indiqué que :

Il convient de souligner que, *dans ce contexte, l'emploi de l'adjectif « auxiliaire » vise non pas à minorer l'importance des éléments en question, mais à exprimer l'idée qu'ils facilitent la détermination de « l'acceptation et de la reconnaissance » sans pour autant être eux-mêmes des preuves d'acceptation et de reconnaissance*<sup>15</sup>. (non souligné dans l'original)

## B. Décisions judiciaires

21. La Commission suit la position concernant les décisions de la Cour internationale de Justice établie par l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de celle-ci ; par exemple dans le commentaire de la conclusion 13 sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a déclaré que le texte de la conclusion 13<sup>16</sup> :

est largement inspiré du libellé du paragraphe 1 d) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, selon lequel, si les décisions de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige, les décisions de justice constituent

<sup>12</sup> Par. 2 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Yearbook of the International Law Commission 2018*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 109 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, p. 158 et 159.

<sup>13</sup> A/73/10, par. 2 du commentaire de la conclusion 14, p. 160.

<sup>14</sup> Ibid., par. 1 du commentaire de la conclusion 14 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, p. 160.

<sup>15</sup> Par. 1 du commentaire de la conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), (note 11 *supra*), p. 46.

<sup>16</sup> Par. 2 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, (note 12 *supra*), p. 158 et 159.

des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international, y compris le droit international coutumier.

### Observation 3

#### **La Commission a précisé ce qu'il fallait entendre selon elle par « décisions » des juridictions.**

22. Dans les conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a fait observer ce qui suit, aux fins de la conclusion 13<sup>17</sup> :

... le terme « décisions » s'entend des jugements et des avis consultatifs, ainsi que des ordonnances portant sur des questions de procédure et des décisions interlocutoires. Si les opinions individuelles et dissidentes peuvent faire la lumière sur telle ou telle décision et aborder des questions qui ne sont pas couvertes par celle-ci, elles doivent néanmoins être traitées avec circonspection car elles ne reflètent que le point de vue de leur auteur et il se peut qu'y soient exposés des arguments auxquels la juridiction concernée n'adhère pas.

23. Dans le commentaire de la conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), on a interprété le terme « décisions judiciaires » employé à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice comme désignant « les décisions des juridictions tant internationales que nationales »<sup>18</sup>.

### Observation 4

#### **La Commission a précisé quels organes constituaient selon elle des juridictions nationales et internationales.**

24. Dans le cadre de la détermination du droit international coutumier, la Commission a indiqué dans le commentaire de la conclusion 13 que l'expression « juridictions internationales » désignait « tout organe international doté de compétences judiciaires qui [était] appelé à examiner des règles de droit international coutumier ». La Commission a précisé que l'expression « désign[ait] notamment, mais non exclusivement, les tribunaux régionaux et spécialisés tels que le Tribunal international du droit de la mer, la Cour pénale internationale et les autres tribunaux pénaux internationaux, les tribunaux régionaux des droits de l'homme et l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, ainsi que les tribunaux arbitraux interétatiques et les autres tribunaux arbitraux appliquant le droit international »<sup>19</sup>.

25. Dans le commentaire de la même conclusion, la Commission a fait observer que la distinction entre les juridictions internationales et les juridictions nationales n'était pas toujours évidente et que « l'expression "juridictions nationales" englob[ait] les juridictions [...] qui appliqu[ai]ent le droit d'un ou plusieurs pays, tels les tribunaux

<sup>17</sup> Par. 5 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *ibid.*, p. 159.

<sup>18</sup> Par. 5 du commentaire de la conclusion 9 du projet des conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), (note 11 *supra*), p. 48, faisant référence à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

<sup>19</sup> Voir aussi par. 4 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *A/73/10*, p. 159.

“hybrides”, de composition et de compétence à la fois nationales et internationales »<sup>20</sup>.

### Observation 5

**La Commission a indiqué que les décisions judiciaires pouvaient apporter des éléments de méthode aux fins de la détermination et de l'interprétation des règles de droit international.**

26. Les décisions de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions donnent des indications à la Commission quant à la méthode à employer pour déterminer les règles de droit international ainsi que celle employée pour interpréter les dispositions conventionnelles<sup>21</sup>.

27. Dans le cadre de ses travaux sur la détermination du droit international coutumier, par exemple, la Commission a précisé que « ... toute référence, dans les présents commentaires, à des décisions particulières de juridictions vise à illustrer la méthodologie, et non le fond des décisions »<sup>22</sup>.

28. Le rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international a mentionné les décisions judiciaires comme moyen d'étudier les éventuels conflits normatifs lorsque des juridictions internationales interprètent le droit différemment dans des situations analogues. La Commission a fait observer ce qui suit<sup>23</sup> :

Il ne s'agit pas de prendre position en faveur de *Tadić* ou de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, simplement pour illustrer le type de conflit normatif qui existe lorsque deux institutions placées devant des faits analogues interprètent la loi de manière antagonique. (non souligné dans l'original)

29. Dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, la Commission a décrit la démarche adoptée par la Cour internationale de Justice pour déterminer l'objet et le but d'un traité, qui tient compte de divers éléments, notamment le titre, le préambule, les travaux préparatoires et les articles fixant un objectif, tout en doutant que cela puisse être véritablement considéré comme une « méthode » de détermination<sup>24</sup>. La Commission a fait observer ce qui suit<sup>25</sup> :

4) Mais il est difficile de considérer qu'il s'agit là de « méthodes » à proprement parler : ces différents éléments sont pris en compte, indifféremment, séparément

<sup>20</sup> Par. 6 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *ibid.*, p. 160.

<sup>21</sup> Par. 18 du commentaire de l'article 28 des articles sur le droit des traités, *Annuaire ... 1966*, Vol. II, p. 243. (« Dans la pratique, les tribunaux internationaux, de même que les États et les organisations internationales, ont recours à des moyens subsidiaires d'interprétation, plus particulièrement aux travaux préparatoires, pour vérifier ou confirmer le sens qui paraît résulter d'une interprétation du traité conformément à l'article 27. »)

Par. 18 du commentaire de la directive 1.2. du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire ... 2011*, vol. II (3<sup>e</sup> partie), p. 56. (« Il suffit de constater que, conformément à une formule maintes fois reprises par la Cour internationale de Justice, par l'expression "interprétation", il faut entendre l'indication précise du "sens" et de la "portée" d'un instrument juridiquement obligatoire, en l'occurrence un traité. »)

<sup>22</sup> Par. 6 du commentaire de la conclusion 1 sur la détermination du droit international coutumier, (note 12 *supra*), note 669.

<sup>23</sup> Rapport final du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire ... 2006*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), additif 2, par. 51, p. 20.

<sup>24</sup> Par. 3 du commentaire de la directive 3.1.5.1 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, (note 21 *supra*), p. 225.

<sup>25</sup> *Ibid.*, au paragraphe 4 du commentaire de la directive 3.1.5.1 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités.

ou cumulativement, et la Cour se forge une « impression générale » dans laquelle la subjectivité a, inévitablement, une part considérable. Toutefois, dès lors qu'il s'agit d'un problème d'interprétation, *mutatis mutandis*, il paraît légitime de transposer à la détermination de l'objet et du but du traité, en les adaptant, la « règle générale d'interprétation » énoncée à l'article 31 des Conventions de Vienne et les « moyens complémentaires » énoncés à l'article 32, les principes applicables à l'interprétation des traités figurant aux articles 31 et 32 des Conventions de Vienne.

### Observation 6

#### **La Commission a indiqué que les décisions des juridictions nationales avaient une double fonction.**

30. Pour la Commission, les décisions des juridictions nationales ne sont pas seulement un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international mais aussi une forme de pratique des États. Elle a en outre considéré que les décisions des juridictions nationales étaient l'une des multiples formes que pouvait revêtir la pratique ultérieure des États aux fins de l'interprétation des traités<sup>26</sup>.

31. Dans le commentaire des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a rappelé que « les décisions des juridictions nationales p[ouvaient] avoir une double fonction à cet égard. D'une part, elles peuvent valoir pratique ainsi que preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) de la part de l'État du for » et « [d]'autre part, lorsqu'elles sont elles-mêmes relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, elles peuvent constituer un moyen auxiliaire de détermination de ces règles »<sup>27</sup>.

32. La Commission a souligné dans le commentaire des conclusions sur la détermination du droit international coutumier qu'il « conv[enait] de distinguer le rôle des décisions des juridictions internes comme forme de pratique de l'État de leur rôle éventuel en tant que “moyen auxiliaire” de détermination des règles de droit international coutumier »<sup>28</sup>. Elle a également préconisé de « faire preuve d'une certaine prudence lorsqu'on envisage[ait] de considérer les décisions de juridictions nationales comme des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international coutumier », faisant observer que ces juridictions appliquaient un droit particulier et pouvaient refléter la perspective d'un pays<sup>29</sup>.

33. La Commission a également estimé que les décisions des juridictions nationales pouvaient avoir une double fonction, celle de preuve de l'acceptation d'une règle comme ayant un caractère impératif, et celle de moyen auxiliaire de détermination du

<sup>26</sup> Par. 1 de la conclusion 5 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs, *Yearbook of the International Law Commission 2018*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 24 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir [A/73/10](#), p. 38. (« Une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peut être constituée par toute conduite dans l'application d'un traité suivie par une partie, dans l'exercice de ses fonctions exécutives, législatives, judiciaires ou autres. ») (non souligné dans l'original)

Par. 35 du commentaire de la conclusion 4 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs, *ibid.*, p. 38. (« Cette “conduite d'une ou plusieurs parties dans l'application du traité” peut être constituée, en particulier, par une application directe du traité en question, conduite qui sera attribuable à un État partie en tant qu'application du traité, ou par une déclaration ou décision juridictionnelle au sujet de l'interprétation ou de l'application du traité. »)

<sup>27</sup> Par. 1 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, (note 12 *supra*), p. 158.

<sup>28</sup> Par. 6 du commentaire de la conclusion 6 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *ibid.*, p. 142.

<sup>29</sup> Par. 7 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *ibid.*, p. 161.

caractère impératif d'une norme de droit international général (*jus cogens*). Avec les mêmes précautions qu'elle a prises en évoquant les décisions des juridictions nationales dans le cadre de la détermination du droit international coutumier, la Commission a employé les formules « peut également » et « le cas échéant » pour indiquer que, si les décisions des juridictions nationales pouvaient servir de moyen auxiliaire de détermination des normes impératives du droit international général, il fallait néanmoins se montrer prudent lorsqu'on y recourait<sup>30</sup>.

34. Dans le projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), la Commission a cité les décisions des juridictions nationales comme étant l'une des formes de « preuve de l'acceptation et de la reconnaissance qu'une norme du droit international général est une norme impérative (*jus cogens*) »<sup>31</sup>. Elle a ajouté dans le commentaire que « la pertinence de telle ou telle décision dépend[ait] de la question de savoir si celle-ci refl[était] l'opinion de l'État plutôt que son appréciation générale de la reconnaissance et de l'acceptation, par la communauté des États dans son ensemble, de la norme en question comme ayant un caractère péremptoire »<sup>32</sup>.

### C. Doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations

#### Observation 7

**La Commission s'est prononcée sur le sens de l'expression « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » figurant au paragraphe 1 d) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.**

35. Dans le commentaire relatif aux conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a fait référence à la doctrine comme moyen auxiliaire de détermination des règles du droit international coutumier et a précisé le sens de l'expression « les publicistes les plus qualifiés des différentes nations » figurant au paragraphe 1 d) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Elle a noté ce qui suit<sup>33</sup> :

4) Le mot « publicistes », qui est tiré du Statut de la Cour internationale de Justice, vise toutes les personnes dont les travaux peuvent contribuer à éclaircir des points de droit international. Naturellement, la plupart de ces auteurs seront des spécialistes du droit international public, mais d'autres ne sont pas à exclure. La référence aux publicistes « les plus qualifiés » souligne qu'une attention doit être accordée aux écrits des auteurs éminents dans le domaine concerné. [...] La référence aux publicistes « des différentes nations » vise à souligner qu'il importe de tenir compte autant que possible de la doctrine représentative des principaux systèmes juridiques et des principales régions du monde dans les

<sup>30</sup> Par. 5 du commentaire de la conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), (note 11 *supra*), p. 48.

<sup>31</sup> Conclusion 8 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), *ibid.*, p. 13.

<sup>32</sup> Par. 6 du commentaire de la conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), *ibid.*, p. 48.

<sup>33</sup> Par. 4 du commentaire de la conclusion 14 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier (note 12 *supra*), p. 110 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir [A/73/10](#), p. 159.

différentes langues de travail lorsqu'il s'agit d'identifier le droit international coutumier.

### Observation 8

#### **La Commission a parfois utilisé des expressions autres que l'expression « doctrine des publicistes les plus qualifiés ».**

36. À certaines occasions, la Commission a employé les termes « littérature »<sup>34</sup> et « écrits »<sup>35</sup> au lieu du terme « doctrine », et les termes « juristes »<sup>36</sup>, « auteurs »<sup>37</sup> et « commentateurs »<sup>38</sup> au lieu du terme « publicistes ».

<sup>34</sup> Par. 12 du commentaire de l'article 10 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 52. (« Arbitral decisions, together with State practice and the literature, indicate a general acceptance of the two positive attribution rules in article 10. »). (« Les décisions arbitrales, ainsi que la pratique des États et la doctrine indiquent que les deux règles d'attribution positive énoncées à l'article 10 sont généralement acceptées »).

<sup>35</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 16 des articles sur les effets des conflits armés sur les traités, *Annuaire ... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 119. (« In particular, the primacy of Security Council decisions under Article 103 has been widely accepted in practice as well as in writings on international law. »). (« En particulier, la primauté des décisions du Conseil de sécurité selon l'Article 103 a été largement acceptée dans la pratique comme dans la doctrine en droit international », p. 120).

<sup>36</sup> Voir, par exemple, par. 4 du commentaire de l'article 7 des articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 48, qui vise le comportement des organes ou agents d'un État attribuable à l'État même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions, en notant que « [l]a règle moderne est à présent fermement établie en ce sens par la jurisprudence internationale, la pratique des États et la doctrine » (« [t]he modern rule is now firmly established in this sense by international jurisprudence, State practice and the writings of jurists. », p. 46).

<sup>37</sup> Voir, par exemple, par. 2 du commentaire de l'article 37 des articles sur les relations et immunités diplomatiques, où l'on explique que pour ce qui est des privilèges et immunités de l'agent diplomatique ressortissant de l'État accréditaire, la pratique n'était pas uniforme « et les opinions des auteurs diffèrent également ». *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 106.

Voir également par. 3 du commentaire de l'article 39 des articles sur le droit de la mer, où la Commission a noté qu'elle suivait « aussi à cet égard l'opinion de la majorité des auteurs ». *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 282.

Au paragraphe 4 du commentaire de l'article 4 des articles sur la détermination du droit international coutumier (note 12 *supra*), p. 97 [en anglais uniquement], il est noté que « [s]i, de temps à autre, des auteurs ont tenté de concevoir d'autres approches pour la détermination du droit international coutumier, en privilégiant un élément constitutif par rapport à l'autre, voire en excluant totalement un élément, de telles théories n'ont pas été adoptées par les États ni étayées par la jurisprudence ». Pour le texte français, voir [A/73/10](#), p. 131 et 132.

<sup>38</sup> Voir par. 4 du commentaire de la conclusion 3 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (note 26 *supra*), p. 30 et 31 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir [A/73/10](#), p. 25.

37. Le terme « doctrine »<sup>39</sup> a été utilisé pour désigner collectivement les écrits d'un groupe de publicistes<sup>40</sup>. Par exemple, dans le commentaire relatif aux articles sur la clause de la nation la plus favorisée, la Commission a noté que, jusqu'aux premières décennies du XX<sup>e</sup> siècle, « la doctrine et la pratique internationales étaient divisées » quant à l'interprétation d'une clause de la nation la plus favorisée ne précisant pas explicitement son caractère conditionnel ou inconditionnel<sup>41</sup>. La Commission a ensuite conclu « qu'à l'heure actuelle la doctrine comme la pratique des États sont favorables à la présomption d'inconditionnalité de la clause de la nation la plus favorisée »<sup>42</sup>. La Commission a fait référence aux travaux d'organismes d'experts privés comme faisant partie de la doctrine<sup>43</sup>.

### Observation 9

#### La Commission s'est référée aux formes que pouvait prendre la doctrine.

38. Dans le commentaire relatif aux conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a observé que [l]e mot « doctrine » « doit s'entendre au sens large ; il englobe la doctrine se présentant sous une forme non écrite, par exemple les conférences et les matériels audiovisuels »<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 3 des articles sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, *Annuaire ... 1981*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 108 (« C'est en partant de cette hypothèse que l'on examinera, dans les paragraphes qui suivent, la pratique des États et la doctrine »).

Au paragraphe 2 du commentaire de l'article 21 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 79, il est indiqué que « [l]a jurisprudence, la pratique des États et la doctrine confirment que les contre-mesures, sous réserve qu'elles répondent à certaines conditions de fond et de procédure, peuvent être légitimes ».

Par. 3 du commentaire général des directives sur la protection de l'atmosphère, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10 (A/76/10)*, p. 16. (« On retiendra que, bien que les auteurs soient divisés sur sa portée, sa teneur et ses conséquences, l'expression "préoccupation commune [de l'humanité]" est courante en droit de l'environnement »).

<sup>40</sup> Voir, par exemple, par. 2 du commentaire de l'article premier des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire ... 1999*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 26 (« 2) La Commission reconnaît que le caractère positif de l'article 15 a été contesté dans la doctrine »).

Voir aussi par. 17 du commentaire de la directive 1.6.1 relative aux réserves aux traités (note 21 *supra*), p. 83, où il est indiqué que « [d]ès lors, une "réserve" à un traité bilatéral apparaît comme une proposition d'amendement du traité sur lequel elle porte ou une offre de le renégocier. Cette analyse correspond aux vues largement dominantes de la doctrine ».

<sup>41</sup> Par. 12 du commentaire de l'article 10 des articles sur les clauses de la nation la plus favorisée, *Annuaire ... 1978*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 40.

<sup>42</sup> Par. 22 du commentaire de l'article 10 des articles sur les clauses de la nation la plus favorisée, *ibid.*, p. 42.

<sup>43</sup> Voir, par exemple, par. 12 du commentaire de la directive 1.4 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités (note 21 *supra*), p. 68, note 243. (Le caractère par nature conditionnel des réserves est privilégié par de nombreuses définitions doctrinales, dont celle de la Harvard School of Law (Research in International Law of the Harvard Law School), « Draft Convention on the Law of Treaties », *American Journal of International Law*, 1935, Supplément n° 4, p. 843.).

<sup>44</sup> Par. 1 du commentaire de la conclusion 14 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier (note 12 *supra*), p. 110 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir [A/73/10](#), p. 160.

**Observation 10****La Commission s'est parfois référée aux produits des organes d'experts pouvant servir de moyens auxiliaires.**

39. La Commission s'est parfois référée aux produits des organes conventionnels d'experts ainsi qu'à ceux des organes d'experts établis par les États ou les organisations internationales pouvant servir de moyens auxiliaires.

40. Dans le commentaire relatif aux conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, la Commission a défini un organe conventionnel d'experts comme un organe « composé d'experts siégeant à titre individuel, qui est institué en vertu d'un traité et qui n'est pas un organe d'une organisation internationale »<sup>45</sup>.

41. Dans le même texte, la Commission s'est référée aux termes employés dans les traités pour désigner les produits des organes conventionnels d'experts et a expliqué comme suit la raison de l'emploi du terme « prononcés »<sup>46</sup> :

Différents termes sont employés dans les traités pour désigner les actes des organes conventionnels d'experts, par exemple « constatations », « recommandations », « commentaires » ou « observations », « mesures » et « mesures consécutives ». Dans le projet de conclusion 13, aux fins du présent projet de conclusions, c'est le terme général « prononcés » qui est employé. Ce terme recouvre toutes les appréciations factuelles et normatives faites par des organes conventionnels d'experts. Parmi les autres termes généraux utilisés pour certains organes, on peut notamment citer « jurisprudence » et « produits ». Ces termes sont soit d'interprétation trop étroite, laissant entendre que le produit de cet organe a une signification juridique particulière, soit d'interprétation trop large, couvrant tous les actes d'un organe conventionnel d'experts, pour être appropriés aux fins du présent projet de conclusion, qui s'applique à une grande variété d'organes conventionnels d'experts.

42. La Commission a employé le terme « travaux » pour faire référence aux textes émanant des organes d'experts et aux travaux débouchant sur l'établissement de ces textes finals<sup>47</sup>.

43. Dans le projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), il est également indiqué que « [I]es travaux des organes d'experts établis par les États ou les organisations internationales et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peuvent aussi servir de moyens auxiliaires de détermination du caractère impératif des normes du droit international général »<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Par. 1 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (note 26 *supra*), p. 82 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir A/73/10, p. 112.

<sup>46</sup> Par. 6 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *ibid.*, p. 83. Pour le texte français, voir A/73/10, p. 114 et 115.

<sup>47</sup> Par. 8 du commentaire du projet de conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), (note 11 *supra*), p. 49. (« Le terme "travaux" couvre non seulement le résultat final auquel sont parvenus les organes d'experts, mais aussi les travaux eux-mêmes. »).

<sup>48</sup> Par. 2 du projet de conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), *ibid.*, p. 45.

## Observation 11

**La Commission s'est référée de diverses manières à ceux dont la doctrine pourrait servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international, y compris les organes d'experts privés et les organes établis par les États et les organisations internationales.**

44. La Commission s'est référée à plusieurs reprises aux produits des organes internationaux œuvrant à la codification du droit international.

45. Dans le commentaire des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, par exemple, la Commission a reconnu l'intérêt des travaux des organes collectifs œuvrant à la codification et au développement du droit international en tant que doctrine. À ce titre, elle a noté ce qui suit<sup>49</sup> :

Les textes issus des travaux des organes internationaux œuvrant à la codification et au développement du droit international peuvent être une ressource utile à cet égard. Figurent notamment parmi ces organes collectifs l'Institut de droit international et l'Association de droit international ainsi que des organes internationaux d'experts spécialisés dans certains domaines et issus de différentes régions.

46. Dans le commentaire du projet de conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), la Commission s'est référée aux travaux des organes d'experts établis par les États ou les organisations internationales, en observant ce qui suit :

[Au second paragraphe du projet de conclusion 9] [s]ont énumérés, en tant qu'exemples d'autres moyens auxiliaires, les travaux des organes d'experts et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations<sup>50</sup>.

47. La Commission a également établi une distinction entre les organes établis par les États ou les organisations internationales et les organes privés, tout en reconnaissant que les prononcés de ces derniers peuvent aussi servir de moyens auxiliaires<sup>51</sup> :

La formule « établis par les États ou les organisations internationales » indique que les organisations privées qui n'ont pas de mandat intergouvernemental n'appartiennent pas à ces catégories d'organes d'experts. Cela ne signifie pas pour autant que les travaux des organes d'experts qui n'ont pas de mandat intergouvernemental ne sont pas pertinents. Les travaux de l'Institut de droit international ou de l'Association de droit international peuvent, par exemple, prétendre au statut de « doctrine des publicistes les plus qualifiés » au sens du paragraphe 2 du projet de conclusion 9.

<sup>49</sup> Par. 5 du commentaire de l'article 14 des articles sur la détermination du droit international coutumier (note 12 *supra*), p. 110 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir A/73/10, p. 161.

<sup>50</sup> Par. 7 du commentaire du projet de conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) (note 11 *supra*), p. 48.

<sup>51</sup> Par. 8 du commentaire du projet de conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), *ibid.*, p. 48.

**Observation 12**

**La Commission a mentionné les moyens auxiliaires au sens du paragraphe 1 d) de l'Article 38 comme une catégorie non exhaustive de documents aux fins de la détermination des règles impératives du droit international général (*jus cogens*).**

48. Dans ses travaux sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), la Commission a mentionné l'existence potentielle d'autres moyens auxiliaires pouvant contribuer à la détermination des règles de droit international. Le projet de conclusion 9 se réfère aux décisions de juridictions nationales et internationales, aux travaux des organes d'experts et à la doctrine des publicistes les plus qualifiés comme pouvant servir de moyens auxiliaires de détermination du caractère impératif des normes du droit international général (*jus cogens*)<sup>52</sup>. Dans le commentaire, on explique ce qui suit :

Il convient de souligner que les moyens auxiliaires recensés aux paragraphes 1 et 2 du projet de conclusion 9 ne sont pas exhaustifs ; ils constituent néanmoins les moyens auxiliaires les plus souvent invoqués aux fins de la détermination des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)<sup>53</sup>.

La Commission n'a toutefois pas donné d'exemples précis d'autres documents qui pourraient également être considérés comme des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international.

**D. Poids relatif à accorder aux décisions judiciaires et à la doctrine aux fins de la détermination des règles de droit international**

49. La Commission s'est référée à la valeur ou au poids relatif à accorder aux décisions judiciaires et à la doctrine. Dans certains domaines, la Commission a mis en évidence les caractéristiques de certains organes lors de l'évaluation de la portée juridique de leurs décisions, en accordant une importance particulière aux travaux de la Cour internationale de Justice et à ses propres travaux.

**Observation 13**

**La Commission a reconnu l'importance particulière des décisions de la Cour internationale de Justice en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies.**

50. La Commission a accordé une importance particulière aux décisions de la Cour internationale de Justice. Dans le commentaire des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, il a été indiqué ce qui suit<sup>54</sup> :

[Le paragraphe 1] fait expressément référence à la Cour internationale de Justice, principal organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies, dont le Statut fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies et dont les membres sont nommés par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, eu égard à

<sup>52</sup> Par. 2 du projet de conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), *ibid.*, p. 45.

<sup>53</sup> Par. 12 du commentaire du projet de conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), *ibid.*, p. 50.

<sup>54</sup> Par. 4 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier (note 12 *supra*), p. 109 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir [A/73/10](#), p. 159.

l'importance de sa jurisprudence et à la position particulière qu'elle occupe du fait qu'elle est le seul tribunal international de droit commun permanent.

51. Dans le projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général, la Commission s'est référée à l'utilisation de moyens auxiliaires de détermination du caractère impératif des normes du droit international général, en mentionnant les « décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice »<sup>55</sup>. La Commission a ajouté, dans son commentaire, que la mention expresse des décisions de la Cour internationale de Justice était particulièrement justifiée<sup>56</sup> :

Premièrement, la Cour est l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies et ses membres sont élus par les principaux organes politiques de l'Organisation. Deuxièmement, la Cour reste la seule juridiction internationale dotée d'un champ de compétence général [...]. Lorsque la Cour s'est expressément prononcée sur le caractère impératif de certaines normes du droit international général (*jus cogens*), ses décisions ont eu une influence encore plus grande.

#### Observation 14

**La Commission a proposé des critères destinés à aider à définir la valeur à accorder aux décisions judiciaires en tant que moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international coutumier.**

52. La Commission a défini un certain nombre de facteurs à prendre en considération s'agissant d'utiliser une décision judiciaire comme moyen auxiliaire<sup>57</sup> :

Les décisions portant sur des questions de droit international, en particulier les décisions relatives à l'existence de règles de droit international coutumier et dans lesquelles pareilles règles sont déterminées et appliquées, peuvent être très utiles lorsqu'il s'agit d'établir l'existence ou l'absence de règles de droit international coutumier. Toutefois, leur valeur varie considérablement en fonction tant de la qualité du raisonnement juridique suivi (et notamment, au premier chef, de la mesure dans laquelle ce raisonnement résulte d'un examen approfondi des éléments tendant à prouver qu'une pratique générale supposée est acceptée comme étant le droit) que de la manière dont la décision est prise en compte, en particulier par les États et dans la jurisprudence postérieure. Selon les circonstances, peuvent aussi entrer en ligne de compte, entre autres éléments, la nature de la juridiction concernée, l'ampleur de la majorité avec laquelle la décision a été adoptée et les règles et procédures appliquées par la juridiction. On retiendra en outre que les décisions relatives au droit international coutumier ne gravent pas celui-ci dans le marbre ; les règles du droit international coutumier peuvent avoir évolué depuis la date à laquelle telle ou telle décision a été rendue.

<sup>55</sup> Par. 2 du projet de conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), *ibid.*, p. 45.

<sup>56</sup> Voir également par. 4 du commentaire du projet de conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), *ibid.*, p. 47.

<sup>57</sup> Par. 3 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier (note 12 *supra*), p. 109 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir [A/73/10](#), p. 159.

### Observation 15

**La Commission a proposé des critères à prendre en compte s'agissant d'utiliser les décisions des juridictions nationales comme moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international général.**

53. La Commission a demandé de faire preuve d'une certaine prudence « lorsqu'on envisage de considérer les décisions de juridictions nationales comme des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international coutumier ». Elle a ajouté ce qui suit<sup>58</sup> :

Les juridictions nationales appliquent un droit particulier qui peut tenir compte des règles du droit international dans une certaine mesure et à certains égards seulement. Les décisions de ces juridictions peuvent refléter la perspective [juridique] d'un pays. Contrairement à la plupart des juridictions internationales, les juridictions nationales peuvent parfois manquer de compétences en droit international et peuvent se prononcer sans avoir entendu les arguments des États.

54. Dans le projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), la Commission a noté, dans son commentaire, que lorsque les décisions des tribunaux nationaux sont utilisées comme moyen auxiliaire, « le poids à leur accorder dépendra du raisonnement appliqué dans la décision en question »<sup>59</sup>.

55. Comme indiqué dans la sous-section B ci-dessus, les décisions des juridictions nationales peuvent également être utilisées non pas comme des moyens auxiliaires, mais comme une pratique de l'État lorsqu'il s'agit d'évaluer les preuves des éléments constitutifs des règles du droit international coutumier. La Commission a indiqué qu'en l'occurrence, « [l]es décisions des juridictions nationales auront moins d'influence si elles sont invalidées par le législateur ou demeurent inappliquées en raison de problèmes de compatibilité avec le droit international »<sup>60</sup>. Dans le contexte de la détermination des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), la Commission a noté que lorsque les décisions des juridictions nationales sont invoquées comme pratique d'un État, la pertinence de telle ou telle décision dépend de la question de savoir si celle-ci reflète l'opinion de l'État plutôt que son appréciation générale de la norme en question comme ayant un caractère péremptoire<sup>61</sup>.

### Observation 16

**En examinant les moyens auxiliaires, la Commission a évoqué en particulier le poids à accorder à ses propres produits.**

56. Dans son commentaire des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission s'est référée à la valeur particulière de son

<sup>58</sup> Par. 7 du commentaire de la conclusion 3 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier (note 12 *supra*), p. 96 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir A/73/10, p. 160.

<sup>59</sup> Par. 5 du commentaire du projet de conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), (note 11 *supra*), p. 48.

<sup>60</sup> Par. 5 du commentaire de la conclusion 3 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier (note 12 *supra*), p. 95-96 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir A/73/10, p. 135 et 136.

<sup>61</sup> Par. 6 du commentaire du projet de conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), (note 11 *supra*), p. 48.

propre travail dans l'examen de l'existence d'une règle de droit international coutumier<sup>62</sup>.

Les textes issus des travaux de la Commission du droit international méritent eux-mêmes une attention particulière [...]. [L]a détermination par la Commission de l'existence (ou de l'absence) et du contenu d'une règle du droit international coutumier peut avoir un poids considérable. Cela tient au fait que la Commission, en tant qu'organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies, est dotée d'un mandat unique de développement progressif du droit international et de codification, ainsi qu'au caractère minutieux de ses procédures (qui supposent notamment la réalisation d'études approfondies de la pratique des États et de l'*opinio juris*) et à l'étroite relation qu'elle entretient avec l'Assemblée générale et les États (et au fait que les États lui transmettent des observations orales et écrites tout au long de ses travaux). Le poids à accorder aux déterminations de la Commission dépend toutefois de divers facteurs, dont les sources sur lesquelles se fonde la Commission, l'état d'avancement de ses travaux et, surtout, la réaction des États aux produits obtenus.

57. Dans le projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), la Commission a noté, dans le commentaire, que ses propres travaux « peuvent donc eux aussi contribuer à la détermination des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) »<sup>63</sup>.

#### Observation 17

##### **La Commission a défini les caractéristiques à prendre en compte pour déterminer le poids à accorder à la doctrine dans la détermination des règles de droit international.**

58. Dans les commentaires de ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a défini certaines caractéristiques à prendre en compte s'agissant d'examiner le poids à accorder à la doctrine aux fins de la détermination des règles du droit international coutumier. La Commission a fait observer ce qui suit<sup>64</sup> :

Il faut être prudent lorsqu'on s'appuie sur la doctrine, car l'intérêt qu'elle présente pour la détermination de l'existence d'une règle du droit international coutumier est variable [...]. Premièrement, les auteurs visent parfois non seulement à rendre compte de l'état du droit à un moment donné (*lex lata*), mais à en promouvoir le développement (*lex ferenda*). Ce faisant, ils ne marquent pas toujours (ou ne marquent pas clairement) la distinction entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'ils voudraient qu'il soit. Deuxièmement, la doctrine peut refléter les points de vue nationaux ou autres points de vue individuels des auteurs. Troisièmement, la qualité de la doctrine peut varier considérablement.

<sup>62</sup> Par. 2 du commentaire de la cinquième partie des articles sur la détermination du droit international coutumier, (note 12 *supra*), p. 104-105 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir A/73/10, p. 151.

<sup>63</sup> Par. 10 du commentaire du projet de conclusion 11 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) (note 11 *supra*), p. 49.

<sup>64</sup> Par. 3 du commentaire de la conclusion 14 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier (note 12 *supra*), p. 110 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir A/73/10, p. 159.

La Commission en a conclu que « c'est la qualité des travaux et non la réputation de leur auteur qui importe en dernière analyse ; comptent parmi les facteurs à prendre en considération à cet égard l'approche retenue par l'auteur pour déterminer le droit international coutumier et la mesure dans laquelle son texte y est fidèle »<sup>65</sup>.

59. La Commission a souligné que le poids à accorder aux travaux de doctrine lorsqu'ils font office de moyen auxiliaire de détermination du caractère impératif des normes du droit international général (*jus cogens*) « variera considérablement en fonction de la qualité du raisonnement et de la mesure dans laquelle ces travaux sont étayés par la pratique des États et les décisions de juridictions internationales »<sup>66</sup>.

### Observation 18

**Il est arrivé que la Commission accorde moins de poids aux travaux des organes d'experts et des universitaires qu'aux décisions des juridictions internationales.**

60. Dans le projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), la Commission a noté, dans le commentaire, que la doctrine, y compris les œuvres collectives, ont moins de poids dans la détermination de l'acceptation et de la reconnaissance par les États du caractère impératif d'une norme du droit international général. Elle a également indiqué certains facteurs permettant d'évaluer le poids à accorder à ces documents<sup>67</sup> :

Au paragraphe 2 [du projet de conclusion 9], les mots « peuvent aussi servir de », qui contrastent avec le verbe « constituent » employé pour qualifier les décisions des juridictions internationales au paragraphe 1, *montrent que l'on pourrait accorder moins de poids aux travaux des organes d'experts et à la doctrine qu'aux décisions judiciaires*. La pertinence de ces autres moyens auxiliaires dépend de divers facteurs, parmi lesquels le raisonnement suivi dans les travaux ou la doctrine et la mesure dans laquelle les opinions exprimées sont acceptées par les États et corroborées soit par d'autres formes de preuve du type de celles énumérées dans le projet de conclusion 8 soit par des décisions de juridictions internationales. (non souligné dans l'original)

### Observation 19

**La Commission a indiqué que le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut être indirectement pertinent aux fins de l'interprétation du traité dont il tire son autorité<sup>68</sup>.**

61. Dans les conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, une distinction est faite entre le poids de la

<sup>65</sup> Par. 4 du commentaire de la conclusion 14 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *ibid.*, p. 110 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir [A/73/10](#), p. 161.

<sup>66</sup> Par. 12 du commentaire du projet de conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) (note 11 *supra*), p. 50.

<sup>67</sup> Voir par. 7 du commentaire du projet de conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), *ibid.*, p. 48.

<sup>68</sup> Par. 2 de la conclusion 13 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (note 26 *supra*), p. 25 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir [A/73/10](#), p. 111.

pratique des États parties et l'autorité des juridictions et des organes conventionnels d'experts<sup>69</sup> :

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), sont des moyens d'interprétation « authentiques » parce qu'ils sont l'expression du sens attribué au traité par les parties elles-mêmes. L'autorité des juridictions internationales et des organes conventionnels d'experts découle d'autres sources, notamment du traité à interpréter. *Les décisions et autres déclarations de juridictions internationales et d'organes conventionnels d'experts peuvent cependant avoir une pertinence indirecte pour l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation authentiques si elles reflètent ou suscitent de tels accords ultérieurs et une telle pratique ultérieure des parties elles-mêmes ou si elles s'y réfèrent.* (non souligné dans l'original)

### **III. Utilisation des décisions judiciaires et de la doctrine dans la pratique de la Commission**

62. La présente section regroupe les observations tirées de l'examen de l'utilisation concrète des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes dans les travaux de la Commission depuis 1949. Comme souligné dans l'introduction à la présente étude, sauf dans les cas traités à la section II, où la Commission a exposé son approche conceptuelle de l'utilisation des moyens auxiliaires, la Commission n'a en général pas indiqué expressément si telle ou telle référence dans ses travaux à des décisions judiciaires ou à la doctrine constituait effectivement une utilisation de ces éléments comme moyen auxiliaire au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Dans la présente section, conformément à la méthode générale adoptée dans la présente étude, on a suivi une approche large en présentant des exemples de références à des décisions judiciaires et à la doctrine sans que le Secrétariat ne se prononce sur la question de savoir si la Commission s'est ou non appuyée sur ces éléments comme moyens auxiliaires au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38.

63. La présente section se subdivise en trois sous-sections. La sous-section A présente des exemples de l'approche suivie par la Commission en ce qui concerne l'utilisation des décisions judiciaires et de la doctrine. La sous-section B regroupe des exemples où la Commission a utilisé des décisions judiciaires et la doctrine pour déterminer des règles de droit conventionnel, de droit international coutumier et des principes généraux de droit. La sous-section C fournit des exemples de l'utilisation par la Commission de décisions judiciaires et de la doctrine lors de l'examen de questions plus générales, notamment la nature du système juridique international et les interactions entre les sources et les règles de droit international.

#### **A. Utilisation des décisions judiciaires et de la doctrine dans la pratique de la Commission**

64. La présente sous-section a pour objet : premièrement, l'approche générale suivie par la Commission en ce qui concerne l'utilisation des décisions judiciaires et

<sup>69</sup> Par. 11 du commentaire de la conclusion 3 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *ibid.*, p. 32 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir [A/73/10](#), p. 27.

de la doctrine ; deuxièmement, l'utilisation des décisions judiciaires ; troisièmement, l'utilisation de la doctrine.

## 1. Utilisation des décisions judiciaires et de la doctrine : approche suivie par la Commission

### Observation 20

#### La nature et l'étendue du recours de la Commission aux décisions judiciaires et à la doctrine varient en fonction de la nature du sujet examiné.

65. Les décisions judiciaires et la doctrine sur lesquelles la Commission peut utilement s'appuyer pour déterminer les règles de droit international varient en fonction de la nature du sujet examiné et des moyens par lesquels le droit s'est développé dans le domaine en question.

66. Ainsi, dans le cadre du sujet des actes unilatéraux des États, la Commission s'est principalement fondée sur les décisions de la Cour internationale de Justice pour déterminer le contenu des principes directeurs dans la mesure où le droit s'est développé grâce à la pratique interétatique et aux décisions de la Cour découlant de cette pratique. La Commission a indiqué que les commentaires relatifs aux principes directeurs adoptés ultérieurement constituaient des « notes explicatives exclusivement fondées sur la jurisprudence de la CIJ et les cas pratiques »<sup>70</sup>.

67. En revanche, dans le cadre du sujet de la responsabilité des États, où l'examen portait sur les règles fondamentales du droit international relatives à la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, la Commission a pu s'appuyer dans ses travaux sur un éventail large et diversifié de documents, notamment les décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, les sentences arbitrales, les décisions des cours régionales de droits de l'homme, les prononcés des organes conventionnels d'experts, les décisions des commissions des réclamations, les décisions judiciaires nationales ainsi que la doctrine<sup>71</sup>.

68. Dans le contexte du sujet de la protection diplomatique, selon laquelle l'État ne peut exercer son droit de présenter une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à un national avant que la personne lésée ait épuisé tous les recours internes, la Commission a de nouveau pris en compte les règles et principes applicables qui ont été dégagés par la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice<sup>72</sup>, ainsi que plusieurs décisions de justice et des éléments de doctrine présentant un intérêt pour déterminer les règles et principes contenus dans les articles. Il s'agit notamment de décisions et d'avis consultatifs de cours régionales des droits de l'homme, de sentences arbitrales, de décisions des commissions des réclamations et des commissions de conciliation, de la jurisprudence nationale et de la doctrine sur la question<sup>73</sup>.

69. Dans le cadre du sujet de la responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, qui portait sur les questions de dommage transfrontière, y compris à l'environnement, causés par des

<sup>70</sup> Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs, *Annuaire ... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 169, note 873.

<sup>71</sup> Voir les commentaires des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), par. 77.

<sup>72</sup> Voir, par exemple, par. 3 et 4 du commentaire de l'article premier des articles sur la protection diplomatique, *Annuaire ... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 25.

<sup>73</sup> Voir, par exemple, par. 6 et 7 du commentaire de l'article 4, par. 3 du commentaire de l'article 6, et par. 3 du commentaire de l'article 7 des articles sur la protection diplomatique, *ibid.*, p. 30, 32 et 34.

activités dangereuses, et sur les questions connexes de prévention, de responsabilité et d'indemnisation, les documents susceptibles de présenter un intérêt étaient nombreux : traités et déclarations multilatéraux et autres instruments internationaux, règlements et résolutions d'organisations internationales. Tout en se fondant dans une large mesure sur ces divers instruments, la Commission a également eu recours aux décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice ainsi qu'à une série d'autres documents, souvent dans le but de confirmer ou d'étayer les règles et les principes dégagés de ces instruments. Ainsi, par exemple, dans le commentaire général des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, la Commission a affirmé : « Le devoir de prévenir des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses a été expressément consacré dans le principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement<sup>74</sup> et confirmé par la CIJ dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*<sup>75</sup> comme faisant maintenant partie du corpus du droit international. »<sup>76</sup>

## Observation 21

### **La Commission s'est fondée sur les décisions judiciaires et la doctrine tant dans le contexte de la codification du droit international que dans celui de son développement progressif.**

70. Nombre de sujet examinés par la Commission ont porté sur des aspects touchant à la fois à la codification du droit international et à son développement progressif. La Commission a appuyé ses travaux sur les décisions de justice et la doctrine dans ces deux contextes.

71. Les principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés constituent un exemple récent où la Commission s'est appuyée dans les commentaires sur une série de documents, notamment des décisions judiciaires et des éléments de doctrine, pour étayer la formulation du projet de principes, lequel comporte des dispositions qui « n'ont pas toutes la même valeur normative : certaines reflètent le droit international coutumier tandis que d'autres contiennent des recommandations pour son développement progressif »<sup>77</sup> et plusieurs principes qui « font référence à des obligations coutumières ou conventionnelles existantes »<sup>78</sup>.

72. Ainsi, il est indiqué dans le commentaire que le principe 3, qui prévoit l'obligation générale d'améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, comporte des aspects qui reflètent les obligations coutumières et conventionnelles existantes et des aspects qui vont au-delà de ces obligations<sup>79</sup>. Le commentaire du paragraphe 1 du principe 3, tout en renvoyant aux dispositions pertinentes du Règlement de La Haye de 1907, des Conventions de Genève de 1949 et de leurs protocoles additionnels de 1977, fait référence à l'affaire des *Activités*

<sup>74</sup> *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe I.

<sup>75</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, CIJ Recueil 1996*, p. 226, aux pages 241 et 242, par. 29.

<sup>76</sup> Voir par. 3 du commentaire général des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 159.

<sup>77</sup> Par. 3 du commentaire général des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, p. 102.

<sup>78</sup> Par. 4 du commentaire du principe 3 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 106.

<sup>79</sup> Par. 11 du commentaire du principe 3 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 109.

*militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, à l'étude du droit international humanitaire coutumier réalisée par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), aux Lignes directrices du CICR sur la protection de l'environnement naturel dans les conflits armés et aux commentaires du CICR sur les conventions de Genève de 1949 et sur leurs protocoles additionnels de 1977<sup>80</sup>.

73. Ces décisions judiciaires et ces éléments de doctrine sont cités pour étayer diversement l'obligation faite en droit international coutumier de faire connaître le droit des conflits armés auprès des forces armées<sup>81</sup> et l'obligation faite aux États d'exercer, dans la mesure du possible, leur influence pour prévenir et faire cesser les violations du droit des conflits armés<sup>82</sup>. Les mêmes éléments de doctrine, mais non les décisions judiciaires, sont ensuite également invoqués à l'appui du paragraphe 2 du principe 3, qui, comme l'indique le commentaire correspondant, s'étend à certains égards aux mesures à prendre à titre volontaire et va donc au-delà des obligations coutumières et conventionnelles des États<sup>83</sup>.

74. Une nuance dans la manière dont la Commission se fonde sur les documents dans l'exemple ci-dessus tient à ce que les aspects qui sont considérés comme reflétant les obligations juridiques existantes (*lex lata*) sont principalement étayés par des renvois aux dispositions des traités et aux décisions de la Cour internationale de Justice, tandis que les aspects qui vont au-delà des obligations juridiques existantes (*de lege ferenda*) s'appuient essentiellement sur la doctrine<sup>84</sup>.

75. Un autre exemple de l'approche ci-dessus est offert par les articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, dans lesquels les commentaires des article 4 (Dignité humaine) et 5 (Droits de l'homme) s'appuient non seulement sur les principaux instruments internationaux, notamment la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels ainsi que les instruments internationaux non contraignants applicables, mais également sur un certain nombre de publications et autres documents qui peuvent être considérés comme de la « doctrine », notamment les Lignes directrices relatives à la facilitation et à la réglementation nationales des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe de la Fédération

<sup>80</sup> Par. 1 à 10 du commentaire du principe 3 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 106 à 109, notes 345 à 360.

<sup>81</sup> Par. 5, note 347, du commentaire du principe 3 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 107.

<sup>82</sup> Par. 6, note 351, du commentaire du principe 3 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 107.

<sup>83</sup> Voir par. 11 à 13, notes 361 à 363, du commentaire du principe 3 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 109 et 110.

<sup>84</sup> Cette approche ressort également, par exemple, du paragraphe 4 du commentaire du principe 4 concernant la déclaration de zones protégées, où la Commission cite notamment les Lignes directrices du CICR sur la protection de l'environnement naturel dans les conflits armés et le Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés pour illustrer les types de zones environnementales pouvant entrer dans le champ d'application du principe. Voir par. 4 du commentaire du principe 4 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 106. Voir également par. 11 du commentaire du principe 8 relatif aux déplacements de population, où la Commission invoque diverses publications du HCR, du HCDH, du PNUE et de l'Organisation internationale pour les migrations à l'appui d'une interprétation large des termes « lieu » et « transit » en ce qui concerne les zones où des mesures devraient être prises pour prévenir, atténuer et réparer les dommages infligés à l'environnement. Voir par. 11 du commentaire du principe 8 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 120.

internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, la résolution de l'Institut de droit international sur l'assistance humanitaire et les Directives sur l'utilisation des ressources militaires et de la protection civile étrangères dans le cadre des opérations de secours en cas de catastrophe (« Directives d'Oslo »)<sup>85</sup>.

76. Le paragraphe 2 du commentaire de l'article 5 des mêmes articles indique que la référence aux « droits de l'homme » couvre les droits consacrés par le droit conventionnel et le droit international coutumier, tandis que les meilleures pratiques énoncées dans les divers instruments non contraignants et dans la doctrine cités dans le commentaire permettent de définir la façon dont les obligations existantes relatives aux droits de l'homme s'appliquent dans le contexte particulier des catastrophes. L'article adopté par la Commission vise « le domaine général des obligations en matière de droits de l'homme, sans tenter de préciser, développer ou qualifier ces obligations »<sup>86</sup>.

77. S'il semble ressortir des exemples qui précèdent que la Commission a plutôt tendance à s'appuyer principalement sur les dispositions conventionnelles, les autres instruments internationaux et les décisions judiciaires internationales dans le cadre de la codification du droit international existant, il convient néanmoins de relever que cette pratique n'est pas uniforme du fait de l'absence parfois d'instrument international ou de décision judiciaire applicable. En témoigne le commentaire de l'article 3 (Principe général) des articles sur les effets des conflits armés sur les traités. Pour cet article, qualifié d'importance primordiale comme établissant le principe général de la stabilité et la continuité juridiques, la Commission s'est entièrement fondée sur des décisions judiciaires nationales (du Royaume-Uni et des États-Unis) ainsi que sur la doctrine, dont une résolution de 1985 de l'Institut de droit international sur les effets des conflits armés sur les traités, *Oppenheim's International Law* et *The Law of Treaties* de McNair, pour déterminer l'existence d'une règle juridique : « [I] est devenu évident que, dans le cadre du droit international contemporain, l'existence d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des accords existants ni la suspension de leur application »<sup>87</sup>.

78. Dans le commentaire de l'article 10 des articles sur les effets des conflits armés sur les traités, la Commission a toutefois pu se fonder sur l'article 43 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et sur un *dictum* de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* pour déterminer que les obligations de droit international coutumier continuaient de s'appliquer indépendamment des obligations conventionnelles, qu'il ait été mis fin au traité ou que l'application du traité ait été suspendue<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Voir, en général, les commentaires des articles 4 et 5 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *Annuaire ... 2016*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 33 à 36.

<sup>86</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 5 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *ibid.*, p. 35.

<sup>87</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 3 des articles sur les effets des conflits armés sur les traités, avec commentaires (note 35 *supra*), p. 113.

<sup>88</sup> Par. 1 et 2 du commentaire de l'article 10 des articles sur les effets des conflits armés sur les traités, *ibid.*, p. 117.

## 2. Utilisation des décisions judiciaires par la Commission

### Observation 22

**Parmi les décisions judiciaires utilisées, la Commission a accordé une importance particulière aux décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice.**

79. Cette importance particulière est attestée avant tout par le fait que les décisions de la Cour permanente de Justice internationale ou de la Cour internationale de Justice ont été mentionnées dans le cadre de la plupart des sujets examinés par la Commission depuis 1949.

80. L'importance particulière de ces décisions ressort également de la place et du poids qui leur sont accordés dans les commentaires de la Commission, à commencer par ceux qui concernent certains de ses travaux fondateurs, notamment les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et les articles sur le droit des traités.

81. Ainsi, par exemple, dans le commentaire de l'article premier des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission s'est appuyée sur des arrêts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice pour fonder le principe qui est à la base de l'ensemble des articles, à savoir que chaque fait internationalement illicite d'un État engage la responsabilité internationale de celui-ci<sup>89</sup>. Dans le commentaire de ces mêmes articles, la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale est citée à l'appui de l'obligation générale des États de réparer intégralement le préjudice causé<sup>90</sup>.

82. Dans le commentaire de l'article 6 des articles sur le droit des traités, la Commission s'est référée à la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale à l'appui de la position établie selon laquelle les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères peuvent représenter l'État sans avoir besoin de produire des pleins pouvoirs<sup>91</sup>. La jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale a également été invoquée dans le commentaire de l'article 15 pour justifier la position selon laquelle un État qui a signé un traité a l'obligation de ne pas le priver de son objet avant la ratification<sup>92</sup>.

83. Dans le cadre du sujet des actes unilatéraux des États, la Commission a considéré que des aspects essentiels des principes directeurs était inspirés des décisions et des *dicta* de la Cour internationale de Justice, la rédaction du principe directeur 1 en particulier « s'inspir[ant] très directement des *dicta* des arrêts de la Cour internationale de Justice du 20 décembre 1974 dans les affaires des *Essais*

<sup>89</sup> Par. 2 du commentaire de l'article premier des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), par. 77, citant l'affaire des *Phosphates du Maroc*, 1938, CPJI, série A/B, n° 74, p. 28, l'affaire du *Détroit de Corfou*, fond, arrêt, CIJ Recueil 1949, p. 4, à la page 23, l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, CIJ Recueil 1986, p. 14, à la page 142, par. 283, et à la page 149, par. 292, et l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, CIJ Recueil 1997, p. 7, à la page 38, par. 47.

<sup>90</sup> Par. 1 du commentaire de l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), par. 77, citant l'affaire de l'*Usine de Chorzów (compétence)*, arrêt n° 8, 1927, CPJI, série A, n° 9, p. 21, et *ibid.*, fond, arrêt n° 13, 1928, CPJI, série A, n° 17, p. 29. 1938, CPJI, série A/B, n° 74, p. 10, à la page 28.

<sup>91</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 6 des articles sur le droit des traités (note 21 *supra*), par. 38, affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*, 1933, CPJI, série A/B, n° 53, p. 71.

<sup>92</sup> Par. 1 du commentaire de l'article 15 des articles sur le droit des traités (note 21 *supra*), par. 38, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, 1926, CPJI, série A, n° 7, p. 30.

*nucléaires* »<sup>93</sup>. La Commission a en effet considéré les passages en question comme l'énoncé de règles établies du droit international. Dans le commentaire du principe directeur 4, par exemple, la Commission s'est fondée sur la déclaration suivante faite par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt rendu en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* sur la compétence et la recevabilité : « conformément à une jurisprudence constante [...], c'est une règle de droit international bien établie que le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont réputés représenter l'État du seul fait de l'exercice de leurs fonctions, y compris pour l'accomplissement au nom dudit État d'actes unilatéraux ayant valeur d'engagement international »<sup>94</sup>.

### Observation 23

**À maintes reprises, la Commission a considéré les arrêts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice comme l'énoncé des règles existantes du droit international et s'est directement appuyée sur le texte de ces décisions pour formuler des dispositions ou a étroitement fondé ses formulations sur ces décisions.**

84. Dans un grand nombre de sujets, la Commission a estimé qu'un arrêt de la Cour permanente de Justice internationale ou de la Cour internationale de Justice constituait un énoncé ou un reflet du droit international existant<sup>95</sup>, et formulé des articles, des conclusions, des principes, etc., soit en reproduisant le texte de ces décisions soit en fondant étroitement ses formulations sur ces dernières.

85. Dans le commentaire des articles relatifs au droit de la mer, la Commission a noté que certaines des règles formulées dans le texte adopté en première lecture avaient été modifiées pour suivre les conclusions de la Cour internationale de Justice

<sup>93</sup> Par. 1 du commentaire sur les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs (note 70 *supra*), p. 170, renvoyant à l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, CIJ Recueil 1974, p. 253, et à l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, *ibid.*, p. 457.

<sup>94</sup> Par. 1 du commentaire du principe 4 des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, *ibid.*, p. 171, renvoyant à l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, CIJ Recueil 2006, p. 28.

<sup>95</sup> Ainsi, le paragraphe 1 du commentaire de l'article 4 des articles relatifs au droit de la mer indique : « La Commission a été d'avis que, d'après le droit international en vigueur, l'étendue de la mer territoriale se mesure soit à partir de la laisse de basse mer longeant la côte, soit, dans les cas où se présentent les circonstances envisagées à l'article 5, à partir de lignes de base droites se détachant de la laisse de basse mer. C'est en ce sens que la Commission interprète l'arrêt rendu le 10 décembre 1951 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Pêcheries entre le Royaume-Uni et la Norvège*. » (note 37 *supra*), p. 266 et 267. Voir également par. 11 du commentaire de l'article 27 du droit des traités, *Annuaire ... 1966*, Vol. II, p. 240. (« En outre, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice comporte de nombreuses décisions d'où l'on est en droit de conclure que la Cour considère l'interprétation des traités par référence au texte comme une règle établie de droit international. »).

dans l'affaire des *Pêcheries*<sup>96</sup>. Dans ces mêmes articles, il est indiqué que la Commission « a en outre inséré une interdiction formelle d'entraver le passage dans les détroits servant aux communications entre deux parties de la haute mer » et que « [l']expression "les détroits qui, mettant en communication deux parties de la haute mer, servent normalement à la navigation internationale" a été inspirée par la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Détroit de Corfou* »<sup>97</sup>.

86. Dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, on trouve de nombreux exemples de dispositions fondées sur les décisions de juridictions internationales, en particulier de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice. Ainsi, la Commission a rappelé que les deux éléments du fait internationalement illicite d'un État « [avaient] été précisés, par exemple, par la CPJI dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*<sup>98</sup>, où la Cour a lié expressément la naissance d'une responsabilité internationale à l'existence "d'un acte imputable à l'État et décrit comme contraire aux droits conventionnels d'un autre État" ». La Commission a également fait référence à la mention de ces éléments dans la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*<sup>99</sup>.

87. Dans les mêmes articles, la Commission a également noté que « la conformité aux dispositions du droit interne n'empêch[ait] nullement que le comportement d'un État soit qualifié d'internationalement illicite », que « la jurisprudence internationale ne laiss[ait] pas subsister le moindre doute à ce sujet » et qu'« en particulier, la CPJI a[vait] expressément reconnu ce principe dès son premier arrêt, dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon* »<sup>100</sup>. Elle a également indiqué que la Cour internationale de Justice et de nombreux tribunaux arbitraux avaient également fait référence à ce principe et l'avaient appliqué<sup>101</sup>. À l'article 51, la Commission a noté qu'elle avait reproduit les

<sup>96</sup> Le paragraphe 2 de l'article 5 des articles relatifs au droit de la mer (note 37 *supra*), p. 267, qui porte sur les lignes de base droites, indique : « La Commission a interprété l'arrêt de la Cour, rendu en ce qui concerne ce point par une majorité de 10 voix contre 2, comme l'expression du droit en vigueur ; aussi s'en est-elle inspirée lors de la rédaction de cet article. » Ibid., p. 267 et 268. Au par. 4 du commentaire du même article, il est noté que, lors de sa septième session en 1955, « la Commission a apporté certains changements visant à harmoniser encore plus ce texte avec l'arrêt que la Cour a rendu dans l'affaire des pêcheries susmentionnée ».

Au paragraphe 1 du commentaire de l'article 7 concernant les baies (ibid., p. 269), la Commission a noté : « Ce faisant, la Commission a comblé la lacune déjà signalée par la Conférence de codification de La Haye en 1930 et sur laquelle de nouveau la Cour internationale de Justice, dans l'arrêt concernant l'affaire des pêcheries, a appelé l'attention. »

<sup>97</sup> Par. 3 du commentaire de l'article 17, ibid., p. 273.

<sup>98</sup> *Phosphates du Maroc, arrêt, 1938, CPJI, série A/B, n° 74*, p. 28.

<sup>99</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 2 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 35, renvoyant à l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, arrêt, CIJ Recueil 1980*, p. 3, à la page 29, par. 56. Cf. p. 41, par. 90. Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, CIJ Recueil 1986*, p. 14, aux pages 117 et 118, par. 226 ; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, CIJ Recueil 1997*, p. 7, à la page 54, par. 78.

<sup>100</sup> Par. 3 du commentaire de l'article 3 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 38, renvoyant à l'affaire du *Vapeur « Wimbledon », 1923, CPJI, série A, n° 1*, p. 29 et 30.

<sup>101</sup> Ibid., par. 4 du commentaire de l'article 3 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, p. 38, citant *Pêcheries, arrêt, CIJ Recueil 1951*, p. 116, à la page 132 ; *Affaire Nottebohm (exception préliminaire), arrêt, CIJ Recueil 1953*, p. 111, à la page 123 ; *Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, arrêt, CIJ Recueil 1958*, p. 55, à la page 67 ; *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif, CIJ Recueil 1988*, p. 12, aux pages 34 et 35, par. 57 ; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), arrêt, CIJ Recueil 1989*, p. 15, à la page 51, par. 73.

termes utilisés dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* en ce qui concerne l'effet des contre-mesures<sup>102</sup>.

88. Également dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission a indiqué dans le commentaire que « [l']expression “violation par l'État d'une obligation internationale existant à sa charge” [était] établie de longue date et s'appliqu[ait] aux obligations tant conventionnelles que non conventionnelles », renvoyant aux décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, qui ont utilisé des termes similaires et ayant la même signification<sup>103</sup>.

89. Un autre exemple est l'obligation de réparer faite à l'État à la suite de la commission d'un fait illicite, ainsi que les formes que peuvent prendre cette réparation. La Commission s'est expressément inspirée de la rédaction de l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* pour formuler une règle générale :

L'obligation mise à la charge de l'État responsable par l'article 31 consiste à procéder à la « réparation intégrale » au sens de l'arrêt de l'*Usine de Chorzów*. En d'autres termes, l'État responsable doit s'efforcer d'« effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'État qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis » au moyen d'une ou plusieurs des formes de réparation définies dans le chapitre II de la présente partie<sup>104</sup>.

90. Dans le cadre du même sujet, la Commission a en outre fait référence à l'affaire de la *Barcelona Traction* à l'article 48, notant : « Aux termes de l'alinéa b) du paragraphe 1 de cette disposition, des États autres que l'État lésé peuvent invoquer la responsabilité si l'obligation en cause était une obligation envers “la communauté internationale dans son ensemble”. Cette disposition vise à donner effet à ce qu'a énoncé la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, lors de laquelle elle a établi “une distinction essentielle” entre les obligations vis-à-vis d'États particuliers et les obligations “envers la communauté internationale dans son ensemble”. »<sup>105</sup> La Commission a mentionné l'arrêt, dans lequel la Cour a déclaré : « Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés. »<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> Par. 1 du commentaire de l'article 54 des articles sur la responsabilité des organisations internationales pour fait internationalement illicite, *Annuaire ... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 96 (« Le texte du présent article est identique à l'article 51 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il reproduit, en y ajoutant quelques mots, la règle énoncée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Projet Gabikovo-Nagymaros*, selon laquelle “les effets d'une contre-mesure doivent être proportionnés aux dommages subis compte tenu des droits en cause” ».)

<sup>103</sup> Par. 7 du commentaire de l'article 2 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 36, renvoyant à l'affaire de l'*Usine de Chorzów (compétence)*, arrêt n° 8, 1927, CPJI, série A, n° 9, p. 21 ; *ibid.*, fond, arrêt n° 13, 1928, CPJI, série A, n° 17, p. 29. *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, CIJ Recueil 1949*, p. 174, à la page 184 ; *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior, Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V.3), p. 215 (1990), à la page 251, par. 75.

<sup>104</sup> Par. 3 du commentaire de l'article 31 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.*, p. 97, citant l'affaire de l'*Usine de Chorzów (compétence)*, arrêt n° 8, 1927, CPJI, série A, n° 9, p. 21 ; *ibid.*, fond, arrêt n° 13, 1928, CPJI, série A, n° 17, p. 47.

<sup>105</sup> Par. 8 du commentaire de l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.*, p. 136.

<sup>106</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *CIJ Recueil 1970*, p. 32, par. 33.

91. Dans le commentaire des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, la Commission a indiqué que les termes utilisés au paragraphe 2 de l'article 17 « [étaient] principalement inspirés de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire des *Compétences en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* et de la sentence rendue par le tribunal d'arbitrage dans l'affaire du *Lac Lanoux* »<sup>107</sup>.

92. Dans le commentaire des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, par exemple, la Commission a indiqué que l'exigence d'un lien « effectif » entre l'individu et l'État visait à « reprendre la terminologie employée par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm* »<sup>108</sup>.

93. Dans les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, la Commission s'est étroitement inspirée des éléments essentiels des *dicta* de la Cour internationale de Justice dans les affaires des *Essais nucléaires*. La rédaction du principe directeur 1, qui contient la règle fondamentale sur le sujet selon laquelle les déclarations publiques faites par les États qui manifestent la volonté d'être liés peuvent créer des obligations juridiques, « s'inspire très directement des *dicta* des arrêts de la Cour internationale de Justice du 20 décembre 1974 dans les affaires des *Essais nucléaires* »<sup>109</sup>. De même, la formulation des principes directeurs 2 et 3 concernant la capacité des États à contracter de telles obligations juridiques par la voie de déclarations unilatérales et la détermination des effets juridiques de ces déclarations a été, pour l'une, « reconnue » par la Cour internationale de Justice et, pour l'autre, « inspirée » de passages des arrêts rendus par la Cour dans les affaires des *Essais nucléaires*<sup>110</sup>. Le texte du principe directeur 7, selon lequel une déclaration doit avoir un objet clair et précis et, en cas de doute sur sa portée juridique, il convient de l'interpréter d'une façon restrictive, est également fondé sur les *dicta* de la Cour internationale de Justice dans les affaires des *Essais nucléaires*<sup>111</sup>.

94. Dans le Guide de pratique sur les réserves, la Commission a noté dans le commentaire que<sup>112</sup> :

12) Telle est la raison pour laquelle la directive 1.3.1 ne reprend pas le texte de l'article 32 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 et, sans faire directement

<sup>107</sup> Voir par. 3 du commentaire de l'article 17 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire ... 1994*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 123, renvoyant aux affaires de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande et République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, *fond, arrêt, CIJ Recueil 1974*, p. 3 et 175, et à l'affaire du *lac Lanoux*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 281 et suiv.

<sup>108</sup> Par. 5 du commentaire de l'article 19 des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire ... 1999*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 41.

<sup>109</sup> Par. 1 du commentaire des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, *ibid.*, p. 170, et affaires des *Essais nucléaires* (note 70 *supra*), p. 267 et 268, par. 43 et 46, et p. 472 et 473, par. 46 et 49.

<sup>110</sup> Par. 1 du commentaire du principe directeur 2 et par. 1 du commentaire du principe directeur 3 des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs, *ibid.*, p. 170, affaires des *Essais nucléaires*, note 93 *supra*, p. 269 et 270, par. 51, et p. 474 et 475, par. 53.

<sup>111</sup> Par. 1 et 2 du commentaire du principe directeur 7 des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs, *ibid.*, p. 173, renvoyant aux affaires des *Essais nucléaires* (note 93 *supra*), p. 267, par. 43, et p. 269 et 270, par. 51 ; *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, *compétence et recevabilité, arrêt, CIJ Recueil 2006*, p. 28 et 29, par. 50 et 52.

<sup>112</sup> Par. 8 du commentaire de la directive 4.4.3. du Guide de la pratique sur les réserves aux traités (note 21 *supra*), p. 62.

allusion aux travaux préparatoires, se borne à appeler à la prise en compte de l'intention de l'auteur de la déclaration. *Cette formule est directement inspirée de celle utilisée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la Compétence en matière de pêcheries entre l'Espagne et le Canada* : « La Cour interprète [...] les termes d'une déclaration, y compris les réserves qui y figurent, d'une manière naturelle et raisonnable, en tenant dûment compte de l'intention de l'État concerné à l'époque où ce dernier a accepté la juridiction obligatoire de la Cour ». (Non souligné dans l'original.)

95. Dans le commentaire des articles sur l'effet des conflits armés sur les traités, la Commission a déclaré que « le droit international coutumier continu[ait] de s'appliquer indépendamment des obligations conventionnelles »<sup>113</sup>, en se fondant sur le *dictum* de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, selon lequel « [l]e fait que les principes susmentionnés [du droit international général et coutumier], et reconnus comme tels, sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes de droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties aux dites conventions »<sup>114</sup>.

96. Dans le commentaire des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, la Commission a rappelé une décision de la Cour internationale de Justice<sup>115</sup>, selon laquelle « en ce qui concerne l'application de mesures de prévention, "il est clair que chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale ». La Commission a donc « inséré une clause indiquant que les mesures de prévention doivent être "en conformité avec le droit international" »<sup>116</sup>.

97. Dans le commentaire des directives sur la protection de l'atmosphère, la Commission a souligné que « [l]a définition de la pollution atmosphérique s'écart[ait] aussi de celle donnée dans la Convention de 1979 de par l'ajout du mot "significatifs" (en anglais, "significant") après le mot "nocifs" » et indiqué qu'« il a[avait] été souligné que le mot "significant" est employé dans des décisions de la Cour internationale de Justice, notamment dans l'arrêt rendu en 2015 dans les affaires relatives à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* (arrêt, *CIJ Recueil 2015*, p. 665, aux paragraphes 104, 105 et 108 ; voir aussi les paragraphes 153, 155, 156, 159, 161, 168, 173, 196 et 217) »<sup>117</sup>.

98. Dans ces mêmes directives, la Commission s'est inspirée de la formulation adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt relatif à l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, dans lequel la Cour a constaté la « nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement »<sup>118</sup>.

<sup>113</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 10 sur les effets des conflits armés sur les traités (note 35 *supra*), p. 117.

<sup>114</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, *CIJ Recueil 1984*, p. 392, à la page 424, par. 73.

<sup>115</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *CIJ Recueil 2007*, p. 43, à la page 221, par. 430.

<sup>116</sup> Par. 4 du commentaire de l'article 4 sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10)*, p. 60.

<sup>117</sup> Par. 9 du commentaire de la directive 1 des directives sur la protection de l'atmosphère (note 39 *supra*), p. 23.

<sup>118</sup> Paragraphe 5 du commentaire du paragraphe 2 de la directive 5 des directives sur la protection de l'atmosphère, *ibid.*, p. 33.

99. En première lecture des articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, la Commission a indiqué avoir « jugé préférable d'employer [...] l'expression “actes qui sont accomplis tant à titre privé qu'à titre officiel”, suivant les termes employés par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* »<sup>119</sup>.

100. Le préambule des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés « emprunte sa formulation à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dans lequel il est dit que des considérations d'ordre écologique doivent être dûment prises en compte dans le cadre de la mise en œuvre des principes et règles du droit applicable dans les conflits armés, par exemple lorsqu'il s'agit de décider de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires légitimes »<sup>120</sup>.

#### Observation 24

**À de nombreuses reprises, la Commission s'est fondée sur les arrêts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice pour éclairer ou justifier des dispositions, sans nécessairement fonder ses formulations sur ces décisions.**

101. La Commission s'est appuyée sur les arrêts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice pour éclairer et étayer ses travaux dans le cadre de la quasi-totalité des sujets. Ainsi, elle a parfois indiqué que ses travaux étaient « conformes » à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice<sup>121</sup> ou inspirés par les décisions de la Cour<sup>122</sup>.

102. Dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, par exemple, la Commission a indiqué, dans le commentaire général du chapitre V sur les circonstances excluant l'illicéité, que ces circonstances n'avaient pas pour effet d'annuler ou d'éteindre l'obligation et constituaient plutôt un fait justificatif ou une excuse de l'inexécution tant que subsistaient les circonstances en cause. Il faut faire une distinction entre l'effet des circonstances excluant l'illicéité et l'extinction de l'obligation elle-même. La Commission a noté que : « [c]ette distinction ressort clairement des décisions rendues par des tribunaux internationaux », en particulier de l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* devant

<sup>119</sup> Paragraphe 8 du commentaire de l'article 4 sur des articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, p. 238, citant *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *CIJ Recueil 2002*, p. 22, par. 55.

<sup>120</sup> Par. 6 du préambule des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (note 77 *supra*), p. 104.

<sup>121</sup> Par. 9 du commentaire de la directive 1.5.3 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités (note 21 *supra*), p. 77. (« Ces constatations sont conformes à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et, notamment à son récent arrêt du 4 décembre 1998 dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* entre l'Espagne et le Canada. »)

<sup>122</sup> Voir, par exemple, par. 7 du commentaire du principe 9 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (note 77 *supra*), p. 130. (« Le paragraphe 1 du projet de principe s'inspire en outre de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à *Certaines activités (Costa Rica c. Nicaragua)*, dans laquelle la Cour a dit qu'« il [était] conforme aux principes du droit international régissant les conséquences de faits internationalement illicites, et notamment au principe de la réparation intégrale, de conclure que les dommages environnementaux [ouvraient] en eux-mêmes droit à indemnisation. ») Voir également le paragraphe 5 du commentaire du principe 19 sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 170. (« La mention des considérations environnementales est tirée et inspirée de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. »)

la Cour internationale de Justice<sup>123</sup>. Cette distinction a inspiré la rédaction des articles du chapitre V mais n'est reproduite que dans le commentaire.

103. Tel a également été le cas, par exemple, lorsque la Commission a déclaré que l'affaire des *Essais nucléaires* montraient que « l'engagement unilatéral de l'État peut se matérialiser par un faisceau de déclarations allant dans le même sens – dont il n'est pas certain qu'elles eussent, isolément, engagé l'État »<sup>124</sup>. Cette constatation ne figure que dans les commentaires et n'est pas expressément énoncée dans les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales.

104. Dans le commentaire des articles sur la protection diplomatique, la Commission a invoqué une décision de la Cour permanente de Justice internationale pour fonder le principe qui veut que ce soit à chaque État qu'il appartient de décider conformément à son droit interne qui sont ses nationaux<sup>125</sup>. Ce principe inspire le texte de l'article 4 sans être reproduit dans l'article lui-même.

105. Dans le commentaire des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, la Commission s'est appuyée sur l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Namibie*, où la Cour a estimé que c'était « l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitu[ait] le fondement de la responsabilité de l'État en raison d'actes concernant d'autres États », dans le raisonnement qui sous-tend l'article premier, sans reproduire cette règle dans le cadre des articles<sup>126</sup>.

### Observation 25

#### **La Commission s'est parfois autorisée des travaux de la Cour internationale de Justice pour soutenir l'objectif d'un sujet.**

106. Dans le commentaire des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, la Commission s'est appuyée sur l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, ainsi que sur le principe 2 de la Déclaration de Rio, pour confirmer que l'objectif du sujet, à savoir la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, était un objectif « faisant maintenant partie du corpus du droit international »<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> Par. 2 et 3 de l'observation générale sur le chapitre V des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 75, citant l'*Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V.3), 1990, p. 251, par. 75 ; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, CIJ Recueil 1997, p. 7, à la page 63, par. 101 ; voir également p. 38, par. 47.

<sup>124</sup> Par. 3 du commentaire du principe 5 des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques (note 70 *supra*), p. 172, renvoyant aux affaires des *Essais nucléaires* (note 93 *supra*), p. 269, par. 49, et p. 474, par. 51.

<sup>125</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 3 des articles sur la protection diplomatique (note 72 *supra*), affaire des *Décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc (zone française)*, avis consultatif, 1923, CPJI, Recueil des arrêts, série B, n° 4, p. 6, à la page 24.

<sup>126</sup> Par. 12 du commentaire de l'article premier des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (note 76 *supra*), p. 162, renvoyant à l'affaire des *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, CIJ Recueil 1971, p. 16, à la page 54, par. 118.

<sup>127</sup> Par. 3 du commentaire général des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *ibid.*, p. 159, renvoyant à l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ Recueil 1996, p. 226, aux pages 241 et 242, par. 29.

## Observation 26

### **La Commission s'est quelquefois autorisée des arrêts de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice pour démontrer ou reconnaître l'existence d'une évolution du droit international.**

107. Dans le commentaire des articles sur la protection diplomatique, par exemple, la Commission s'est fondée sur les décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice pour démontrer que le droit international avait évolué entre la position de 1924 (arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Mavrommatis*), où l'on considérait que les États, en endossant les réclamations de leurs ressortissants, faisaient valoir leurs propres droits<sup>128</sup>, et la position actuelle (arrêts de la Cour internationale de Justice dans les affaires *LaGrand* et *Avena*), où le droit international reconnaît l'existence de certains droits, dans le cadre du droit international conventionnel ou coutumier existant, visant à protéger les individus<sup>129</sup>.

108. Dans le commentaire des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission a indiqué que la Cour permanente de Justice internationale avait défini le rôle de l'indemnisation en droit international<sup>130</sup> et noté qu'outre la Cour internationale de Justice, d'autres juridictions telles que le Tribunal international du droit de la mer, le Tribunal des différends irano-américains, les cours des droits de l'homme ou autres organes et tribunaux arbitraux constitués en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États avaient élaboré des règles et des principes « pour évaluer l'indemnisation » qui « peuvent être considérés comme des manifestations du principe général énoncé à l'article 36 »<sup>131</sup>.

109. Dans les commentaires des directives sur la protection de l'atmosphère, la Commission a noté que, dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour internationale de Justice avait « jugé qu'une évaluation de l'impact sur l'environnement devait être entreprise lorsque l'activité industrielle projetée risquait d'avoir un "impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée" »<sup>132</sup>.

110. Dans les commentaires des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la Commission s'est référée à l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* pour indiquer qu'« [é]tant donné le développement du cadre juridique international relatif à l'exploitation et la conservation des ressources naturelles, les considérations environnementales et la durabilité doivent être considérées comme inhérentes à l'obligation de sauvegarder le fonds » dans le contexte de l'occupation. La Commission s'est notamment référée à l'interprétation donnée au traité dans cette affaire, où la Cour a considéré que « le traité n'[était] pas

<sup>128</sup> Par. 3 du commentaire de l'article premier des articles sur la protection diplomatique (note 72 *supra*), p. 25, renvoyant à l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I., série A, n° 2, p. 12.

<sup>129</sup> Par. 4 du commentaire de l'article premier des articles sur la protection diplomatique, *ibid.*, p. 25, renvoyant aux affaires *LaGrand* (*Allemagne c. États-Unis d'Amérique*), arrêt, CIJ Recueil 2001, p. 466, aux pages 493 et 494, par. 76 et 77, et *Avena et autres ressortissants mexicains* (*Mexique c. États-Unis d'Amérique*), arrêt du 31 mars 2004, CIJ Recueil 2004, p. 12, aux pages 35 et 36, par. 40.

<sup>130</sup> Par. 3 du commentaire de l'article 36 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 105.

<sup>131</sup> Par. 6 du commentaire de l'article 36 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.*, p. 106.

<sup>132</sup> Par. 4 du commentaire de la directive 4 des directives sur la protection de l'atmosphère (note 39 *supra*), p. 31.

un instrument figé et [était] susceptible de s'adapter à de nouvelles normes du droit international »<sup>133</sup>.

### Observation 27

**Il est rare que la Commission se déclare expressément en désaccord avec une décision de la Cour internationale de Justice.**

111. Le commentaire de l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui a trait à l'invocation de la responsabilité par un État autre que l'État lésé, offre un exemple notable où la Commission a adopté une position expressément différente de celle de la Cour internationale de Justice. La Commission a fait référence à l'« arrêt très critiqué » rendu en 1966 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, « dont l'article 48 s'écarte délibérément »<sup>134</sup>. Ce faisant, la Commission a jeté les bases de l'inclusion dans les articles de la notion d'obligations *erga omnes* et, par conséquent, du droit, pour les États tiers (c'est-à-dire autres que l'État lésé) ayant un intérêt juridique dans l'exécution de ces obligations, d'invoquer la responsabilité de l'État auteur du fait illicite.

### Observation 28

**Dans le cadre de ses travaux, la Commission a pris en considération les décisions d'une série d'organes de règlement des différends, tant judiciaires que non judiciaires.**

112. La Commission s'est référée souvent aux décisions des cours et tribunaux régionaux<sup>135</sup>, des tribunaux arbitraux, des juridictions nationales, des commissions des réclamations<sup>136</sup> et parfois à celles des commissions de conciliation<sup>137</sup>.

<sup>133</sup> Par. 7 du commentaire du principe 20 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (note 77 *supra*), p. 178.

<sup>134</sup> Par. 7 du commentaire de l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), note 725.

<sup>135</sup> Par. 5 du commentaire du principe 5 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (note 77 *supra*), p. 115, où la Commission indique que le paragraphe 1 de ce principe « s'appuie aussi sur la jurisprudence de juridictions régionales », en renvoyant à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples concernant la protection des communautés autochtones.

<sup>136</sup> Voir, par exemple, par. 1 du commentaire de l'article 3 des articles sur l'expulsion des étrangers, *Annuaire ... 2014*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 28, où la Commission indique que le droit d'expulsion « a été notamment reconnu dans plusieurs sentences arbitrales et décisions de commissions des réclamations, ainsi que dans diverses décisions de juridictions et de commissions régionales », en renvoyant notamment aux décisions de la Commission mexicaine des réclamations, de la Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, de la Commission mixte des réclamations Belgique-Venezuela et du Tribunal des réclamations Iran-États-Unis.

Voir également par. 6 du commentaire de l'article 20 des articles sur l'expulsion des étrangers, où il est indiqué que, si la question des droits de propriété de l'ennemi en temps de conflit armé n'était pas traitée spécifiquement dans cette disposition, « [i]l y a[vait] cependant lieu de relever que la question des droits de propriété en cas de conflit armé a[vait] fait l'objet de développements approfondis par la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie », *ibid.*, p. 57. Voir également les références aux travaux de la Commission d'indemnisation des Nations Unies dans les principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, par exemple, au paragraphe 6 du commentaire du principe 9 (note 77 *supra*), p. 129 et 130.

<sup>137</sup> Voir, par exemple, par. 8 du commentaire de la directive 2.9.8 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, où il est renvoyé à la décision de la Commission du tracé de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie du 13 avril 2002, Cour permanente d'arbitrage, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.05.V.5), p. 111, par. 3.9, dans laquelle il est indiqué qu'« il est particulièrement difficile de déterminer quand et dans quelles circonstances précises l'inaction face à une déclaration interprétative équivaut à un consentement » (note 21 *supra*), p. 206.

113. Dans le commentaire de l'article premier sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, par exemple, la Commission a évoqué des sentences arbitrales et des décisions de commissions de conciliation qui ont « maintes fois affirmé » le principe selon lequel tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale<sup>138</sup>. Elle a également cité l'affaire du *Rainbow Warrior*, dans laquelle le tribunal arbitral a insisté sur le fait que « toute violation par un État d'une obligation, quelle qu'en soit la source, engage la responsabilité de l'État »<sup>139</sup>. Dans le commentaire de l'article 13, la Commission a mentionné le « principe de base qu'il faut, pour que la responsabilité d'un État soit engagée, que la violation ait eu lieu au moment où l'État était lié par l'obligation. Ce n'est là que l'application dans le domaine de la responsabilité des États du principe général du droit intertemporel, tel qu'il a été énoncé par l'arbitre Huber dans un autre contexte, dans l'affaire de l'*Île de Palmas* [...] », qui était une sentence arbitrale<sup>140</sup>.

114. Dans le commentaire des articles sur la protection diplomatique, la Commission a cité un avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme à l'appui de sa conclusion selon laquelle « [a]ujourd'hui, les conventions, dans le domaine des droits de l'homme en particulier, exigent des États qu'ils respectent les normes internationales lorsqu'ils octroient leur nationalité »<sup>141</sup>. La Commission s'est appuyée sur ce même avis consultatif et sur la doctrine pour ajouter que les États jouissent d'une « marge d'appréciation » dans l'octroi de la nationalité<sup>142</sup> et qu'il existe une présomption en faveur de la validité de l'octroi de cette nationalité<sup>143</sup>. Les décisions de la Commission européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme ont été invoquées sur le même sujet à l'appui d'une approche large des voies de recours internes devant être épuisées, y compris les recours administratifs, avant que l'État de nationalité ne puisse présenter une réclamation au nom de son ressortissant<sup>144</sup>. La

<sup>138</sup> Par. 2 du commentaire de l'article premier des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 33, citant les affaires des *Réclamations des sujets italiens résidant au Pérou*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (numéro de vente : 66. V.3), p. 399 à 411, et de la *Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1) p. 678 (1931).

<sup>139</sup> Par. 2 du commentaire de l'article premier des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.*, par. 77, citant l'*Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V.3), p. 215 (1990).

<sup>140</sup> Par. 1 du commentaire de l'article 13 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.* p. 60, citant l'affaire de l'*Île de Palmas (États-Unis c. Pays-Bas)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 845 (1928).

<sup>141</sup> Par. 6 du commentaire de l'article 4 des articles sur la protection diplomatique (note 72 *supra*), p. 30, citant l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur les propositions d'amendement aux dispositions de la Constitution costaricienne sur la naturalisation (avis consultatif OC-4/84 du 19 janvier 1984, série A, n° 4, par. 38).

<sup>142</sup> Par. 7 du commentaire de l'article 4 des articles sur la protection diplomatique, *ibid.*, p. 29, citant l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur les propositions d'amendement aux dispositions de la Constitution costaricienne sur la naturalisation, *ibid.*, par. 62 et 63.

<sup>143</sup> R. Y. Jennings et A. D. Watts (dir.), *Oppenheim's International Law*, 9<sup>e</sup> éd., vol. I, Peace, Harlow, Longman, 1992, p. 856.

<sup>144</sup> Par. 3 à 5 du commentaire de l'article 14 des articles sur la protection diplomatique (note 72 *supra*), p. 44 et 45, citant *De Becker c. Belgique*, requête n° 214/56, *décision du 9 juin 1958*, Commission européenne et Cour européenne des droits de l'homme, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 238.

question essentielle est de savoir si le recours en question « offre un remède efficace et suffisant »<sup>145</sup>.

115. Dans les commentaires relatifs aux articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, la Commission s'est appuyée sur la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* pour mettre en évidence le « principe bien établi de prévention », qui a été réaffirmé par la suite dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm, le principe 2 de la déclaration de Rio et la résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale en date du 15 décembre 1972<sup>146</sup>. Dans les commentaires relatifs aux principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, une sentence arbitrale a été invoquée pour étayer le point de vue selon lequel le principe du pollueur-payeur ne fait pas partie du droit international coutumier<sup>147</sup>. La sentence rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* a de nouveau été invoquée comme étant à l'origine du « principe fondamental selon lequel un État devrait assurer l'indemnisation prompte et adéquate des dommages causés par des activités dangereuses »<sup>148</sup>.

116. Dans le contexte des articles sur la protection diplomatique, la Commission a invoqué les décisions des commissions des réclamations pour étayer ses conclusions à plusieurs égards, notamment en ce qui concerne certains aspects des règles concernant les réclamations des doubles nationaux<sup>149</sup> et les réclamations des sociétés<sup>150</sup>. S'agissant des aspects liés à la double nationalité, la Commission a également cité une affaire portée devant la Commission de conciliation Italie-États-Unis à l'appui de la règle selon laquelle l'État de nationalité « prépondérante » peut engager une action contre l'État de l'autre nationalité d'un demandeur. Cette affaire est décrite par la Commission comme le « point de départ » du développement de la règle coutumière correspondante<sup>151</sup>.

<sup>145</sup> Par 4 du commentaire de l'article 14 des articles sur la protection diplomatique (note 72 *supra*), p. 44, citant *B. Schouw Nielsen c. Danemark*, requête n° 343/57, décision du 2 septembre 1959, Commission européenne et Cour européenne des droits de l'homme, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 438, renvoyant à une résolution de 1954 de l'Institut de droit international, vol. 46, (1956), p. 364.

<sup>146</sup> Par. 4 du commentaire général des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (note 76 *supra*), p. 159, citant l'affaire de la *Fonderie de Trail*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905 et suiv.

<sup>147</sup> Par. 14 du commentaire du principe 3 des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, *Annuaire ... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 78, citant l'*Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976*, sentence arbitrale du 12 mars 2004, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente : E/F.05.V.5), p. 312, par. 102 et 103.

<sup>148</sup> Par. 6 du commentaire du principe 4 des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, *ibid.*, p. 80 et 81, citant l'affaire de la *Fonderie de Trail* (note 146 *supra*).

<sup>149</sup> Voir par. 3 du commentaire de l'article 7 des articles sur la protection diplomatique (note 72 *supra*), p. 33, citant les affaires *Mathison, Stevenson* (Commission mixte des réclamations anglo-vénézuélienne) et *Brignone et Miliani* (Commission mixte des réclamations italo-vénézuélienne), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 485 et 494, et vol. X (numéro de vente : 60.V.4), p. 542 et 584.

<sup>150</sup> Par. 1 à 3 du commentaire de l'article 10 des articles sur la protection diplomatique, *ibid.*, p. 38, citant l'affaire de l'*Orinoco Steamship Company*, Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 180.

<sup>151</sup> Par. 3 du commentaire de l'article 7 des articles sur la protection diplomatique, *ibid.*, p. 33 et 34, citant l'affaire *Mergé*, Commission de conciliation italo-américaine, 10 juin 1955, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (numéro de vente : 65.V.4), p. 236.

117. Dans les commentaires des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, la Commission s'est appuyée sur les décisions de la Commission d'indemnisation des Nations Unies à l'appui d'une interprétation large des « dommages à l'environnement » et du versement d'indemnisation au titre de dommages à des ressources naturelles ne présentant aucun intérêt économique<sup>152</sup>. La Commission d'indemnisation des Nations Unies est un organe subsidiaire du Conseil de sécurité créé en 1991 par la résolution 687 (1991) pour traiter les réclamations et verser les indemnisations au titre des pertes et dommages résultant directement de l'invasion et de l'occupation du Koweït par l'Iraq<sup>153</sup>. Il ne s'agit pas d'un organe judiciaire mais de comités de commissaires qui examinent et évaluent les demandes soumises par des États, des organisations internationales, des entreprises et des particuliers. Dans le cadre du même sujet, la Commission a considéré que la Commission d'indemnisation des Nations Unies et d'autres tribunaux des réclamations établis au niveau international pouvaient constituer des modèles pour certaines des procédures envisagées dans les principes<sup>154</sup>.

118. La Commission s'est appuyée sur la jurisprudence nationale dans le cadre des sujets de la protection diplomatique, des dommages transfrontières, de la répartition des pertes et de la responsabilité des organisations internationales. En ce qui concerne la protection diplomatique, elle s'est fondée sur la jurisprudence nationale pour conclure que l'État de nationalité a une obligation, aussi limitée soit-elle, en droit interne ou en droit international, de protéger ses nationaux à l'étranger lorsque leurs droits fondamentaux ont été gravement violés. Cette conclusion sous-tend la formulation de l'article 19 de la Commission, selon laquelle l'État « devrait » exercer la protection diplomatique dans les cas appropriés<sup>155</sup>.

119. Dans le contexte des dommages transfrontières, la jurisprudence nationale a été « rappelée » par la Commission à l'appui d'une approche évaluant équitablement le préjudice absolu causé à l'État voisin par rapport à l'avantage acquis par l'État où est exercée l'activité dangereuse. Cette approche sous-tend la rédaction de l'article 10, qui compare l'importance de l'activité, du point de vue des avantages sociaux, économiques et techniques qui en découlent pour l'État d'origine, et le dommage qui peut en résulter pour les États susceptibles d'être affectés<sup>156</sup>. Dans le cadre des travaux relatifs aux principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, la jurisprudence nationale a notamment été

<sup>152</sup> Par. 18 du commentaire du principe 2 des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (note 147 *supra*), p. 71, citant le rapport et les recommandations du Comité de commissaires concernant la cinquième tranche de réclamations « F4 » (S/AC.26/2005/10).

<sup>153</sup> Résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité en date du 3 avril 1991. Voir également le site Web de la Commission d'indemnisation des Nations Unies à l'adresse : <https://uncc.ch>.

<sup>154</sup> Voir par. 11 du commentaire du principe 6 des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (note 147 *supra*), p. 92. Les autres tribunaux internationaux de réclamations cités dans ces commentaires sont le Tribunal des différends irano-américains et le Marshall Islands Nuclear Claims Tribunal.

<sup>155</sup> Par 3 du commentaire de l'article 2 des articles sur la protection diplomatique (note 72 *supra*), p. 27, citant l'affaire *Rudolf Hess*, ILR, vol. 90 (1992), p. 387 ; *Abbasi and Juma v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department*, décision de la Cour d'appel (Section civile) de la Cour suprême du 6 novembre 2002, ILM, vol. 42 (2003), p. 358 ; *Kaunda and Others v President of the Republic of South Africa and Others*, décision de la Cour constitutionnelle en date des 19 et 20 juillet 2004 et 4 août 2004, *The South African Law Reports 2005*, p. 235.

<sup>156</sup> Par. 4 du commentaire de l'article 10 des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (note 76 *supra*), p. 174, citant *Streitsache des Landes Württemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden (Württemberg and Prussia v Baden)*, *betreffend die Donauversinkung*, German Staatsgerichtshof, 18 juin 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (Berlin), vol. 116, annexe, p. 18 et suiv.

invoquée pour illustrer la difficulté pour tel ou tel individu de démontrer sa qualité pour agir dans le contexte d'un dommage à l'environnement proprement dit<sup>157</sup>, mais également pour étayer la position selon laquelle la réticence à accepter la responsabilité pour des dommages causés à l'environnement proprement dit sauf lorsque des personnes ou des biens sont touchés par suite de tels dommages, disparaît progressivement<sup>158</sup>.

120. Dans les commentaires du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission s'est référée à des décisions judiciaires internes au sujet de « la question de savoir si les lois de la guerre imposaient à un commandant de corps d'armée le devoir de prendre les mesures appropriées qui étaient en son pouvoir pour contrôler les troupes placées sous ses ordres afin d'empêcher que celles-ci ne commettent des actes de violation des lois de la guerre »<sup>159</sup>.

121. Dans le commentaire de l'article 62 du même projet, la Commission s'est référée aux positions exprimées par les juges dans des affaires internes à l'appui de l'idée que les États membres d'une organisation internationale ne peuvent généralement être considérés comme internationalement responsables du fait internationalement illicite de l'organisation<sup>160</sup>.

122. Lors de la première lecture des articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, la Commission a fait référence à des décisions de juridictions nationales qui ont qualifié certains actes comme étant accomplis à titre officiel et donc couverts par l'immunité<sup>161</sup>.

## Observation 29

### **La Commission a souvent pris en compte le sens donné à certains termes par les cours et tribunaux internationaux.**

123. La Commission a souvent tenu compte des décisions des cours et tribunaux internationaux lorsque celles-ci éclairaient le sens à donner à des termes particuliers qu'elle examine. Ainsi, dans le commentaire des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission a fait référence à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui « a interprété la "disparition

<sup>157</sup> Par. 14 du commentaire du principe 2 des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (note 147 *supra*), p. 70, citant l'affaire *Burgess v M/V/ Tamano*, décision du 27 juillet 1973, United States District Court, Maine, Federal Supplement, vol. 370 (1973), p. 247.

<sup>158</sup> Par. 8 du commentaire du principe 3 des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, *ibid.*, citant les affaires *Blue Circle Industries PLC v Ministry of Defence*, *The All England Law Reports 1998*, vol. 3, p. 385, et *Merlin and another v British Nuclear Fuels PLC*, *The All England Law Reports 1990*, vol. 3, p. 711.

<sup>159</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 6 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire ... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 26, renvoyant à l'affaire *Yamashita* devant la Cour suprême des États-Unis, à l'affaire du *Haut Commandement* et à l'affaire des *Otages* devant le Tribunal militaire américain.

<sup>160</sup> Par. 4 du commentaire de l'article 62 des articles sur la responsabilité des organisations internationales pour fait internationalement illicite (note 102 *supra*), p. 102, renvoyant à l'opinion exprimée par les tribunaux britanniques dans un procès concernant le Conseil international de l'étain, citant *Maclaine Watson and Co. Ltd. v. Department of Trade and Industry, J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry and others, and related appeals, Judgment of 27 April 1988, England, Court of Appeal, ILR*, vol. 80, p. 109.

<sup>161</sup> Par. 31 du commentaire de l'article 2 des articles sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (note 119 *supra*), p. 225, renvoyant à des décisions de juridictions nationales en Allemagne, aux États-Unis, en France, en Italie et au Royaume-Uni.

forcée ou involontaire” comme étant un fait illicite continu, c’est-à-dire qui continue tant que l’on ignore le sort de la personne concernée »<sup>162</sup>.

124. Dans les articles sur la responsabilité des organisations internationales, la Commission s’est référée à l’utilisation des termes « organe » et « agent » dans le commentaire. Elle a indiqué que « la Cour internationale de Justice, lorsqu’elle a examiné le statut de personnes agissant pour le compte de l’Organisation des Nations Unies, a considéré comme seul pertinent le fait qu’une personne s’était vu conférer des fonctions par un organe de l’Organisation »<sup>163</sup>. Plus loin dans le commentaire, la Commission a ajouté : « Ce que la Cour internationale de Justice dit de l’Organisation des Nations Unies vaut plus généralement pour les organisations internationales, dont la plupart agissent par l’intermédiaire de leurs organes (que ceux-ci soient ou non ainsi désignés) et de divers agents auxquels elles ont confié des fonctions. »<sup>164</sup>

125. Dans les commentaires des conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l’interprétation des traités, la Commission a indiqué que la règle générale sur la « pratique ultérieurement suivie dans l’application d’un traité » avait été formulée par le Tribunal des différends irano-américains, qui avait déterminé qu’une telle pratique devait « être une pratique des parties au traité et établir l’accord des parties en ce qui concerne l’interprétation de ce traité »<sup>165</sup>.

126. Dans les commentaires des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l’humanité, la Commission s’est référée à l’interprétation donnée dans la jurisprudence du Tribunal international pour l’ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et de la Cour pénale internationale des termes « généralisée » et « systématique » figurant dans la définition des « crimes contre l’humanité »<sup>166</sup>. D’autres exemples dans les mêmes articles concernent l’interprétation de certains éléments des crimes internationaux dans la jurisprudence de ces juridictions<sup>167</sup>.

### Observation 30

**Parfois, la Commission a fait référence à des opinions individuelles ou dissidentes qui exprimaient un point de vue ou précisaient le raisonnement d’une cour ou d’un tribunal dans une décision particulière.**

127. La Commission s’est parfois référée aux opinions individuelles ou dissidentes des juges lorsque celles-ci permettaient de comprendre la décision de la juridiction en question ou le raisonnement qui la fondait. Dans le commentaire des articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite, par exemple, la Commission a fait référence à une opinion dissidente du juge Schwebel à l’appui de la position selon laquelle la théorie dite des « mains propres » a été principalement

<sup>162</sup> Par. 4 du commentaire de l’article 14 des articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 63, citant *Blake*, Cour interaméricaine des droits de l’homme, série C, n° 36, par. 67 (1998).

<sup>163</sup> Par. 2 du commentaire de l’article 6 des articles sur la responsabilité des organisations internationales pour fait internationalement illicite (note 102 *supra*), p. 54.

<sup>164</sup> *Ibid.*, par. 4 du commentaire de l’article 6 des articles sur la responsabilité des organisations internationales.

<sup>165</sup> Par. 9 du commentaire de la conclusion 5 des conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l’interprétation des traités (note 26 *supra*), p. 38, citant notamment Tribunal des différends irano-américains, *United States of America et al. v. Islamic Republic of Iran et al.*, sentence n° 108-A-16/582/591-FT, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5 (1984), p. 71.

<sup>166</sup> Par. 10 à 16 du commentaire de l’article 2 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l’humanité (note 116 *supra*), p. 32 à 35.

<sup>167</sup> Voir, par exemple, par. 19 à 29 du commentaire de l’article 2, par. 1 et 2, des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l’humanité (note 116 *supra*), p. 36 à 41.

invoquée à propos de la recevabilité de demandes devant des cours et tribunaux internationaux, mais rarement appliquée<sup>168</sup>.

128. Dans le rapport final du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), la Commission a fait référence aux opinions dissidentes et aux opinions individuelles jointes aux arrêts dans lesquels la Cour internationale de Justice s'est intéressée à la typologie des traités contenant la « formule *aut dedere aut judicare* »<sup>169</sup>.

129. Des opinions individuelles de juges de la Cour internationale de Justice ont notamment été invoquées dans les commentaires des articles sur la protection diplomatique à l'appui d'une exception qui permettrait à l'État de nationalité des actionnaires d'une société d'agir contre l'État où la société a été constituée lorsqu'il est responsable du préjudice causé à la société<sup>170</sup>. La Commission a toutefois opté pour une exception de portée plus limitée<sup>171</sup>. Dans le cadre du même sujet, la Commission a fait référence à une opinion individuelle du juge Oda dans l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A* de la Cour internationale de Justice, à l'appui de la possibilité d'invoquer « les principes généraux de droit concernant les sociétés » plutôt que le droit interne pour garantir les droits des actionnaires étrangers lorsque la société a été constituée dans l'État auteur du fait illicite<sup>172</sup>.

130. Dans ses commentaires sur les articles relatifs à la protection des personnes en cas de catastrophe, la Commission s'est référée à une opinion individuelle du juge Alvarez dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, lequel a déclaré : « Par souveraineté, il faut entendre l'ensemble des droits et des attributions que l'État a sur son territoire, à l'exclusion de tous autres États, ainsi que dans ses rapports avec ceux-ci. La souveraineté confère des droits aux États et leur impose des obligations. »<sup>173</sup> Dans le rapport final du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international sont également mentionnées les opinions de différents juges dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*<sup>174</sup> concernant l'application de l'alinéa c) du paragraphe 3 de

<sup>168</sup> Voir par. 9 du commentaire du chapitre V et note 319 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 76, renvoyant à l'opinion dissidente du juge Schwebel dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *CIJ Recueil 1986*, p. 14, de la page 392 à la page 394.

<sup>169</sup> Rapport final du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre, *Annuaire ... 2014*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 101, par. 11. (« 11) Dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt rendu le 20 juillet 2012 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, le juge Yusuf s'est aussi intéressé à la typologie des traités où figure la formule *aut dedere aut judicare* et les a répartis en deux grandes catégories. »)

<sup>170</sup> Par. 10 du commentaire de l'article 11 des articles sur la protection diplomatique (note 72 *supra*), p. 41, renvoyant aux opinions individuelles des juges Fitzmaurice, Jessup et Tanaka dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, arrêt, *CIJ Recueil 1970*, p. 3, à la page 48.

<sup>171</sup> Article 11, par. b), des articles sur la protection diplomatique, *ibid.*, p. 39.

<sup>172</sup> Par. 4, note 162, du commentaire de l'article 12 des articles sur la protection diplomatique, *ibid.*, p. 42, citant *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *CIJ Recueil 1989*, p. 15.

<sup>173</sup> Par. 4 du commentaire de l'article 10 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe (note 85 *supra*), p. 48, citant l'opinion individuelle du juge Alvarez dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, fond, arrêt, *CIJ Recueil 1949*, p. 39, à la page 43.

<sup>174</sup> *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *CIJ Recueil 2003*, p. 161, aux pages 278 et 279 (opinion individuelle du juge Buergenthal), 326 à 34 (opinion individuelle du juge Simma), 236 à 240 (opinion individuelle du juge Higgins), et 261 (opinion individuelle du juge Koojijmans).

l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités au traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 entre l'Iran et les États-Unis<sup>175</sup>.

### Observation 31

**Parfois, la Commission s'est référée à des décisions judiciaires pour rappeler la pratique des États dans leurs mémoires ou a fait directement référence à ces mémoires devant une juridiction internationale sur un point de droit particulier.**

131. La Commission s'est également référée aux déclarations des États devant les juridictions internationales ou aux décisions des juridictions internationales reflétant les vues et la pratique des États sur tel ou tel point de droit<sup>176</sup>. Ainsi, dans les articles sur le droit des traités, la Commission a estimé que : « Il ne fait aucun doute que le principe du consentement présumé à une réserve en l'absence d'objection à cette réserve est entré dans la pratique des États ; d'ailleurs, la Cour elle-même, dans l'affaire des *Réserves à la Convention sur le génocide*, a déclaré qu'«une part très large» est faite dans la pratique internationale «à l'assentiment tacite aux réserves». »<sup>177</sup>

132. Dans le cadre du même sujet, la Commission a indiqué que « [c'étaient] peut-être les exposés qui ont été présentés à la Cour à l'occasion d'affaires dans lesquelles le principe [*rebus sic stantibus*] était invoqué qui illustr[ai]ent le mieux la position des États » et fait référence aux positions des États dans les affaires portées devant la Cour permanente de Justice internationale<sup>178</sup>.

<sup>175</sup> Rapport final du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international (note 23 *supra*), p. 93, par. 455 à 457. La Commission s'est également référée aux opinions individuelles des juges lorsqu'elle a évoqué l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, *ibid.* p. 74, par. 356, renvoyant par exemple aux affaires suivantes : *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, arrêt du 28 novembre 1958, *CIJ Recueil 1958*, p. 55, à la p. 107 (opinion individuelle du juge Moreno Quintana) ; *Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du sud ; Libéria c. Afrique du sud) (Exceptions préliminaires)*, arrêt du 21 décembre 1962, *CIJ Recueil 1962*, p. 407 (opinion individuelle du juge Jessup) ; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*, *CIJ Recueil 1971*, p. 99 (opinion individuelle du juge Ammoun) ; *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne) (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *CIJ Recueil 1985*, p. 232 et 233 (opinion individuelle du juge Ruda).

<sup>176</sup> Voir également l'observation 17 du rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier, *Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet*, Mémoire du Secrétaire, 14 mars 2013, document A/CN.4/659, p. 26, citant notamment le paragraphe 10 du commentaire de l'article 5 des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (note 107 *supra*), p. 98 (incluant les « décisions des juridictions et tribunaux internationaux » dans son « étude de tous les éléments de preuve que l'on peut tirer de la pratique générale des États, acceptée comme étant le droit »). Voir par. 4 du commentaire de l'article 39 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 110 (citant les affaires du *Chemin de fer de la baie de Delagoa* et du *Vapeur « Wimbleton »* comme preuve de la « pratique des États » en ce qui concerne « [l']importance de la contribution de l'État lésé au préjudice pour déterminer la réparation »).

<sup>177</sup> Par. 23 du commentaire des articles 16 et 17 des articles sur le droit des traités (note 21 *supra*), p. 226, citant l'affaire des *Réserves à la Convention sur le Génocide*, avis consultatif, *CIJ Recueil 1951*, p. 15, à la page 21.

<sup>178</sup> Par. 4 du commentaire de l'article 59 des articles sur le droit des traités, *ibid.*, p. 280, renvoyant aux mémoires présentés par la France dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc*, par la Chine dans l'affaire de la *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865*, et par la France dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*.

133. Dans le commentaire de l'article 12 des articles sur la succession d'États en matière de traités, la Commission s'est référée aux mémoires présentés par la Thaïlande et le Cambodge dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* et à la « position prise par les parties sur la question de la succession dans leurs mémoires relatifs aux exceptions préliminaires soulevées par la Thaïlande ». Elle a ensuite noté que « les deux parties sembl[ai]ent avoir admis que, dans le cas d'un État nouvellement indépendant, il y avait succession non seulement à l'égard du règlement de frontière, mais aussi à l'égard des dispositions conventionnelles accessoires à ce règlement »<sup>179</sup>.

134. Dans le cadre des travaux relatifs aux articles sur les clauses de la nation la plus favorisée, adoptés en 1978, la Commission s'est référée aux positions exprimées par les États devant la Cour internationale de Justice au sujet de la signification de la clause de la nation la plus favorisée en renvoyant aux mémoires États-Unis dans l'affaire relative aux *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*<sup>180</sup>.

135. Dans les commentaires des articles sur la responsabilité des organisations internationales pour fait internationalement illicite, la Commission a fait référence au fait que la force majeure avait été invoquée par des organisations internationales devant les tribunaux administratifs internationaux pour exclure l'illicéité de leur comportement. Si l'argument a été rejeté, les tribunaux ont néanmoins admis la possibilité d'invoquer la force majeure<sup>181</sup>.

136. Dans le même projet, la Commission a noté que « [l]'idée que les États membres ne peuvent généralement être considérés comme internationalement responsables du fait internationalement illicite de l'organisation a été défendue par plusieurs États dans des affaires contentieuses », renvoyant à des observations écrites présentées par l'Allemagne, selon lesquelles le Gouvernement allemand « avait défendu [...] le principe de la responsabilité distincte devant la Commission européenne des droits de l'homme (*M. & Co.*), la Cour européenne des droits de l'homme (*Senator Lines*) et la Cour internationale de Justice (*Licéité de l'emploi de la force*) et rejeté la responsabilité à raison de l'appartenance en ce qui concerne des mesures prises par la Communauté européenne, l'OTAN et l'Organisation des Nations Unies »<sup>182</sup>.

## Observation 32

**La Commission a observé que, sans avoir formellement valeur de précédent, les décisions de juridictions internationales pouvaient peser sur les décisions d'autres juridictions internationales.**

137. Analysant une multitude de décisions arbitrales dans le rapport final du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, la Commission a déclaré<sup>183</sup> :

<sup>179</sup> Par. 7 du commentaire de l'article 12 des articles sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire ... 1974*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 204.

<sup>180</sup> Par. 21 du commentaire de l'article 10 des articles sur les clauses de la nation la plus favorisée (note 41 *supra*), p. 37.

<sup>181</sup> Par. 4 du commentaire de l'article 23 des articles sur la responsabilité des organisations internationales pour fait internationalement illicite (note 102 *supra*), p. 73, renvoyant à *Fernando Hernández de Agüero v. Secretary-General of the Organization of American States*, jugement n° 24 du 16 novembre 1976, par. 3 (OEA, Sentencias del Tribunal Administrativo, n°s 1-56 (1971-1980), p. 282), et à l'Organisation internationale du Travail, affaire *Barthl*, jugement n° 664 du 19 juin 1985, par. 3.

<sup>182</sup> Par. 3 du commentaire de l'article 62 des articles sur la responsabilité des organisations internationales pour fait internationalement illicite (note 102 *supra*), p. 100.

<sup>183</sup> Rapport final du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, *Annuaire ... 2015*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 117, par. 135.

Les tribunaux ont certes noté que les décisions d'autres tribunaux n'avaient pas formellement valeur de précédents, mais le désir de cohérence a clairement pesé dans la prise des décisions.

### 3. Doctrine des publicistes les plus qualifiés

#### Observation 33

**La Commission a fait référence à des écrits et à l'opinion de publicistes pour démontrer l'existence d'un appui en faveur de l'approche qu'elle avait adoptée au sujet de telle ou telle règle de droit international figurant dans ses travaux<sup>184</sup>.**

138. À de multiples reprises, la Commission a invoqué les opinions d'auteurs pour étayer ses choix en matière d'interprétation et de détermination de certaines règles. Ainsi, dans les commentaires des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, elle a fait référence à de telles opinions pour corroborer l'affirmation suivante : « Que chaque fait internationalement illicite d'un État engage la responsabilité internationale de celui-ci, donnant ainsi naissance à des relations juridiques nouvelles s'ajoutant à celles qui existaient avant la survenance de ce fait, cela était déjà largement reconnu avant que la Commission ne formule l'article premier et l'est encore. »<sup>185</sup> Dans les commentaires de ces mêmes articles, la Commission a mentionné les opinions d'auteurs à l'appui de la règle figurant à l'article 13 selon laquelle il faut, pour que la responsabilité d'un État soit engagée, que cet État ait été lié par l'obligation au moment où le fait illicite s'est produit, observant que « [l]es auteurs de droit international qui ont traité de la question reconnaissent que la licéité ou l'illicéité d'un fait s'établit au regard des obligations en vigueur au moment du fait »<sup>186</sup>.

139. Dans le cadre du même sujet, la Commission a fait référence à l'invocation de l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité du comportement international d'un État et relevé que, si la question de l'existence d'une excuse de nécessité avait fait l'objet de débats au fil du temps, « [a]u XX<sup>e</sup> siècle, le nombre d'auteurs opposés à la notion d'état de nécessité en droit international s'[était] accru mais [que] la doctrine lui [était] demeurée globalement favorable »<sup>187</sup>.

140. Dans les commentaires des articles sur la protection diplomatique, par exemple, des écrits doctrinaux ont été mentionnés pour étayer la conclusion de la Commission

<sup>184</sup> Voir, par exemple, par. 9 du commentaire de l'article 16 des articles sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État et commentaires y relatifs, *Annuaire ... 1981*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p.46 (« La règle qui précède est conforme à l'opinion des publicistes, qui estiment généralement que l'État prédécesseur, ayant complètement disparu, ne possède plus la capacité juridique d'être propriétaire, et que ses biens immeubles à l'étranger doivent donc passer à l'État ou aux États successeurs. »).

Voir aussi par. 2 du commentaire de la directive 2.3 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités (note 21 *supra*), p. 118 et 119, où la Commission a indiqué que la règle selon laquelle l'expression du consentement à être lié constituait le dernier moment où une réserve pouvait être formulée était « unanimement reconnue par la doctrine ».

<sup>185</sup> Par. 3 du commentaire de l'article premier des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 33 et 34, notes de bas de page 48 et 49.

<sup>186</sup> Par. 4 du commentaire de l'article 13 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.*, p. 61.

<sup>187</sup> Par. 13 du commentaire de l'article 25 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.*, p. 88.

selon laquelle il existe une présomption en faveur de la validité de l'octroi par un État de sa nationalité<sup>188</sup>.

141. Dans les commentaires des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, la Commission s'est également appuyée sur des écrits pour confirmer la thèse voulant qu'on puisse penser, étant donné le développement du droit relatif aux droits de l'homme, que la participation du public au processus décisionnel sur les activités dangereuses tendait à devenir un droit au regard aussi bien du droit interne que du droit international<sup>189</sup>. Elle s'est aussi servi de tels écrits à l'appui de son affirmation selon laquelle la nécessité d'élaborer des plans d'action pour faire face à d'éventuelles situations d'urgence était bien établie, ainsi que comme source d'information sur l'examen de plans d'action de ce type mis au point par des organisations internationales et d'autres organismes compétents<sup>190</sup>.

142. Dans le commentaire des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, la Commission s'est largement appuyée sur les écrits de juristes, notamment pour étayer sa conclusion selon laquelle « il est également admis que l'État a, en vertu du droit international, des obligations de prévention qui mettent en jeu certaines normes minimales de diligence raisonnable », et a notamment cité des écrits établissant que les traités, la jurisprudence et la pratique des États confirmaient amplement que les articles sur la prévention des dommages transfrontières étaient considérés comme la codification du droit international coutumier existant<sup>191</sup>. Elle a également invoqué de tels écrits pour étayer sa conclusion montrant que les réclamations n'étaient pas fréquentes dans le cas où des dommages étaient dus à un ensemble d'effets néfastes qui s'étaient graduellement accumulés, en raison des difficultés que posait l'établissement d'un lien causal entre l'activité dangereuse et le dommage produit<sup>192</sup>.

<sup>188</sup> Par. 7 du commentaire de l'article 4 des articles sur la protection diplomatique (note 72 *supra*), p. 29, renvoyant à *Oppenheim's International Law*, R. Y. Jennings et A. Watts (dir. publ.), 9<sup>e</sup> éd., Harlow, Longman, 1992, vol. I, Peace, p. 856.

<sup>189</sup> Par. 10 du commentaire de l'article 13 des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (note 76 *supra*), p. 179, renvoyant à T. M. Franck, « Fairness in the international legal and institutional system: general course on public international law », *Recueil des cours... 1993-III*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, t. 240, p. 110., et à D. Craig et D. Ponce Nava, « Indigenous peoples' rights and environmental law », *UNEP's New Way Forward: Environmental Law and Sustainable Development*, sous la direction de Sun Lin et L. Kurukulasuriya, PNUE, 1995, p. 115 à 146.

<sup>190</sup> Par. 1 et 2 du commentaire de l'article 16 des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *ibid.*, p. 181, renvoyant à E. Brown Weiss, « Environmental disasters in international law », *Anuario Jurídico Interamericano*, 1986, OEA, Washington, 1987, p. 141 à 169, et à B. G. Ramcharan, *The International Law and Practice of Early-Warning and Preventive Diplomacy: The Emerging Global Watch*, Dordrecht, Kluwer, 1991, chapitre 7 (The Practice of Early-Warning: Environment, Basic Needs and Disaster Preparedness), p. 143 à 168.

<sup>191</sup> Par. 9 et note de bas de page 306 du commentaire général des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (note 147 *supra*), p. 62, renvoyant à P. W. Birnie et A. E. Boyle, *International Law and the Environment*, Oxford University Press, 2002, 2<sup>e</sup> éd., p. 113.

<sup>192</sup> Par. 7 du commentaire du principe premier des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, *ibid.*, p. 65, renvoyant à P. Wetterstein, « A proprietary or possessory interest: a *condition sine qua non* for claiming damage for environmental impairment? », in P. Wetterstein (dir. publ.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and Assessment of Damage*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 30, et à H. Xue, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 19 à 105 et 113 à 182.

### Observation 34

**La Commission a parfois tenu à bien faire comprendre qu'elle ne se conformait pas à l'approche adoptée dans divers travaux doctrinaux.**

143. Par exemple, dans le cadre des travaux relatifs au Guide de la pratique sur les réserves aux traités, la Commission a indiqué « n'[avoir] pas retenu, dans la rédaction de cette directive, l'expression "accord en forme simplifiée", d'usage courant dans la doctrine francophone; il [avait] semblé préférable de ne pas recourir à cette expression qui ne figur[ait] pas dans les Conventions de Vienne »<sup>193</sup>.

144. Dans le commentaire des articles sur la protection diplomatique, la Commission a cité des écrits qui manifestaient, selon elle, « un certain appui » en faveur de l'idée que lorsqu'un national décède avant la présentation officielle d'une réclamation, celle-ci peut être maintenue parce qu'elle a acquis un « caractère national »<sup>194</sup>. En revanche, au vu des décisions contraires prises par différentes commissions des réclamations, elle a décrété que, puisque ni la doctrine ni la jurisprudence n'étaient concluantes, il serait peu judicieux de proposer une règle sur le sujet<sup>195</sup>.

### Observation 35

**Concernant certains sujets, la Commission s'est référée à des travaux doctrinaux pour fournir des informations de référence sur le domaine du droit concerné et sur le développement de celui-ci.**

145. Dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission a fait référence à la notion de fait illicite continu, mentionnant dans le commentaire que celle-ci avait été introduite en droit international par un auteur et utilisée par des tribunaux internationaux :

La notion de fait illicite continu existe dans de nombreux systèmes juridiques nationaux, et c'est Triepel qui l'a introduite en droit international. La CIJ et d'autres tribunaux internationaux s'y sont fréquemment référés. Par exemple, dans l'affaire relative au Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, la Cour a fait référence aux « manquements successifs, et persistant à ce jour, de l'Iran aux obligations dont il est tenu envers les États-Unis en vertu des Conventions de Vienne de 1961 et de 1963 ».<sup>196</sup>

146. Dans les articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, la Commission s'est largement appuyée sur des écrits doctrinaux dans les commentaires, s'en servant de travaux de référence sur les nombreux traités multilatéraux existant dans ce domaine, classés selon le domaine de

<sup>193</sup> Par. 4 du commentaire de la directive 2.2.2 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités (note 21 *supra*), p. 117.

<sup>194</sup> Par. 14 du commentaire de l'article 5 des articles sur la protection diplomatique (note 72 *supra*), p. 31, renvoyant à E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing, 1922, p. 628.

<sup>195</sup> Par. 14 du commentaire de l'article 5 des articles sur la protection diplomatique, *ibid.*, p. 31, renvoyant à l'affaire *Eschauzier (Great Britain v United Mexican States)*, décision du 24 juin 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente 1952.V.3), p. 209.

<sup>196</sup> Par. 7 du commentaire de l'article 14 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 63, renvoyant à « H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899, p. 289 ; trad. française de R. Brunet in *Droit international et droit interne*, Paris, Pedone, 1920. Cette notion a ensuite été reprise dans diverses études générales consacrées à la responsabilité des États, ainsi que dans des ouvrages consacrés à l'interprétation de la formule "situations et faits antérieurs à une date donnée" employée dans certaines déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ. », et à *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, arrêt, CIJ Recueil 1980*, par. 80, p. 37. Voir également par. 78, p. 36.

l'environnement protégé concerné et selon les menaces et dangers particuliers<sup>197</sup>. D'autres références à des écrits ont informé le sujet de manière générale, notamment au regard de la notion fondamentale qui veut que le fait pour un État susceptible d'être affecté d'invoquer ces articles n'implique pas nécessairement que l'activité elle-même est interdite par le droit international<sup>198</sup>, et que, dans un tel cas, la responsabilité de l'État peut être engagée pour obtenir l'exécution des obligations, notamment la responsabilité civile de l'exploitant<sup>199</sup>. Toujours dans le cadre de ce sujet, la Commission a également fait appel à des écrits pour donner des informations sur les divers principes applicables dans le domaine du droit de l'environnement et sur leur développement, notamment le principe de précaution et le principe pollueur-payeur, ainsi que pour étayer sa position selon laquelle il est nécessaire que les États aient continuellement à l'esprit leurs obligations de prévention de manière à se tenir au courant des progrès des connaissances scientifiques et des nouveaux impératifs de la protection de l'environnement<sup>200</sup>.

<sup>197</sup> Par. 5 du commentaire général des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (note 76 *supra*), p. 160, renvoyant à E. Brown Weiss, D. B. Magraw et P. C. Szasz, *International Environmental Law: Basic Instruments and References*, Dobbs Ferry, Transnational, 1992, à P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, vol. 1: *Frameworks, Standards and Implementation*, Manchester University Press, 1995, à *Protection internationale de l'environnement. – Recueil d'instruments juridiques*, textes réunis par L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné et C. Romano, Paris, Pedone, 1998, et à *Droit international de l'environnement. – Textes de base et références*, textes réunis par C. Dommen et P. Cullet, Londres, Kluwer, 1998.

<sup>198</sup> Par. 6, note de bas de page 866 du commentaire de l'article premier des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *ibid.*, p. 161, renvoyant à M. B. Akehurst « International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16 (1985), p. 3 à 16, à A. E. Boyle, « State responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law: a necessary distinction? », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (1990), p. 1 à 26, et à K. Zemanek, « State responsibility and liability », *Environmental Protection and International Law*, textes réunis par W. Lang, H. Neuhold, K. Zemanek, Londres, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1991, p. 197.

<sup>199</sup> Par. 6, note de bas de page 867 du commentaire de l'article premier des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *ibid.*, p. 161, renvoyant à P.-M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1976, à F. Bitar, *Les mouvements transfrontières de déchets dangereux selon la Convention de Bâle : étude des régimes de responsabilité*, Paris, Pedone, 1997, et à P.-M. Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP*, t. 101, n° 4 (1997), p. 873 à 903.

<sup>200</sup> Par. 7 et 10, notes de bas de page 925 et 929 du commentaire de l'article 10 des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *ibid.*, p. 175 et 176, renvoyant à H. Hohmann, *Präventive Rechtspflichten und prinzipien des modernen Umweltvölkerrechts: Zum Stand des Umweltvölkerrechts zwischen Umweltnutzung und Umweltschutz*, Berlin, Duncker und Humblot, 1992, p. 406 à 411, à J. Cameron, « The status of the precautionary principle in international law », *Interpreting the Precautionary Principle*, textes réunis par T. O'Riordan et J. Cameron, Londres, Earthscan, 1994, p. 262 à 289, à G. Hafner, « Das Verursacherprinzip », *Economy-Fachmagazin*, n° 4/90 (1990), p. F23 à F29, et à H. Smets, « The polluter-pays principle in the early 1990s », *The Environment after Rio: International Law and Economics*, sous la direction de L. Campiglio et al., Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1994, p. 134.

### Observation 36

**Dans certains cas, pour formuler ses propres travaux, la Commission a pris en compte l'interprétation avancée par des organes conventionnels d'experts concernant certaines dispositions de traités.**

147. Dans différents textes, la Commission s'est référée aux interprétations d'organes conventionnels d'experts, notamment le Comité des droits de l'homme<sup>201</sup>, le Comité contre la torture<sup>202</sup> et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels<sup>203</sup>.

148. Dans le commentaire des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, la Commission s'est référée aux travaux du Comité des droits de l'homme sur plusieurs points, notamment le droit à la vérité<sup>204</sup> et le droit à un procès équitable, notant que « [l]e Comité des droits de l'homme [avait] estimé que le droit à un procès équitable était “un élément clef de la protection des droits de l'homme” et “un moyen de procédure pour préserver la primauté du droit” » et que « [c'était] pourquoi le paragraphe 1 du projet d'article 11 [garantissait] “un traitement équitable”, “y compris [un] procès équitable” »<sup>205</sup>.

149. Dans le cadre de certains sujets, la Commission s'est référée aux travaux d'organes conventionnels d'experts et à l'interprétation que ceux-ci avaient faite de certaines dispositions de traités. Par exemple, dans les commentaires des articles sur l'expulsion des étrangers, elle a invoqué les directives élaborées par le Comité contre

<sup>201</sup> Voir, par exemple, par. 6 du commentaire de l'article 18 des articles sur l'expulsion des étrangers (note 136 *supra*), p. 42, où la Commission a fait observer que « [l]e critère du “juste équilibre” sembl[ait] également compatible avec l'approche suivie par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies aux fins de l'examen de la conformité d'une mesure d'expulsion à l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ».

<sup>202</sup> Au paragraphe 3 du commentaire de l'article 8 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité (note 116 *supra*), p. 92, il est indiqué ceci : « [L'article] 8 exige qu'une enquête soit menée chaque fois qu'il y a “des motifs raisonnables de croire” que l'infraction a été commise. Selon le Comité contre la torture, pour déterminer que pareils motifs existent, il suffit que des informations allant en ce sens aient été présentées aux autorités compétentes ou soient à la disposition de celles-ci ; il n'est pas nécessaire que les victimes aient porté plainte auprès de ces autorités. »

<sup>203</sup> Voir, par exemple, par. 3 du commentaire de l'article 11 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe (note 85 *supra*), p. 49 et 50, renvoyant à l'Observation générale n° 12 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels concernant le droit à une nourriture suffisante, 12 mai 1999, E/C.12/1999/5.

Par. 14 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (note 26 *supra*), p. 112 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir A/73/10, p. 117 et 118.

Voir également par. 11 du commentaire du principe 10 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (note 77 *supra*), p. 138 et 139, renvoyant aux décisions ayant établi un lien entre la dégradation de l'environnement et la santé humaine, notamment au Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 14 (2000) sur le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12), *Documents officiels du Conseil économique et social, 2001, Supplément n° 2 (E/2001/22-E/C.12/2000/21)*, annexe IV, par. 30.

<sup>204</sup> Par. 24 du commentaire de l'article 12 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité (note 116 *supra*), p. 115, faisant référence au droit à l'information ou au droit à la vérité dans les décisions du Comité des droits de l'homme « en tant que moyen de mettre fin à la torture psychologique des familles de victimes de disparition forcée ou d'exécution secrète ou de prévenir de tels actes ».

<sup>205</sup> Par. 5 du commentaire de l'article 11 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, *ibid.*, p. 104, citant le Comité des droits de l'homme, observation générale n° 32 (2007) sur le droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et le droit à un procès équitable, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 40 (A/62/40)*, vol. I, annexe VI, par. 2.

la torture pour déterminer si des cas d'expulsion d'étrangers vers des États donnés étaient contraires à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>206</sup>.

150. Parfois, la Commission s'est inspirée de travaux menés par des organes conventionnels dans son interprétation d'instruments. Dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, elle a fait figurer, dans la définition proposée de crime de génocide, « les mesures visant à empêcher les naissances au sein du groupe », et fait observer dans le commentaire que la formule « les mesures visant à » avait pour but d'indiquer la nécessité d'un élément de coercition, citant à cet égard l'alinéa *d* de l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ainsi que les travaux du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes<sup>207</sup>.

151. Dans le commentaire des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, la Commission a indiqué que la Cour internationale de Justice<sup>208</sup> et diverses juridictions nationales des droits de l'homme tenaient compte de prononcés d'organes conventionnels d'experts « aux fins de l'interprétation des traités qu'elles [devaient] appliquer ». La Commission a ajouté que des juridictions internes s'étaient aussi appuyées sur de tels prononcés, précisant que « tout en considérant que [ceux-ci] n'[avaient], en soi, aucun caractère juridiquement contraignant à leur égard », elles reconnaissaient cependant « qu'il y avait lieu d'accorder à ces prononcés une grande importance aux fins d'établir le sens d'un droit à prendre en considération ou de déterminer la présence d'une violation »<sup>209</sup>.

152. Dans le commentaire des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, la Commission a renvoyé, par exemple, à diverses observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels en rapport avec l'obligation pour les États de coopérer<sup>210</sup>.

### Observation 37

#### **La Commission s'est référée aux travaux d'organes d'experts à caractère privé dans le cadre de l'examen de plusieurs sujets<sup>211</sup>.**

153. La Commission s'est appuyée à des degrés divers sur les travaux d'organes d'experts privés. Dans le cas de nombreux sujets, elle s'y est référée pour développer ses propres travaux, par exemple concernant les sujets suivants :

<sup>206</sup> Par. 2 à 4 du commentaire de l'article 24 des articles sur l'expulsion des étrangers (note 136 *supra*), p. 49 et 50.

<sup>207</sup> Par. 16 du commentaire de l'article 17 du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (note 159 *supra*), p. 48, renvoyant au *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 38 (A/47/38)*, chap. I<sup>er</sup>, par. 22.

<sup>208</sup> Par. 21 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (note 26 *supra*), p. 86 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir *A/73/10*, p. 120 et 121.

<sup>209</sup> Par. 22 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *ibid.*, p. 86 et 87 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir *A/73/10*, p. 121.

<sup>210</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 7 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe (note 85 *supra*), p. 39, renvoyant dans la note de bas de page 84 aux observations générales n°s 2, 3, 7, 14 et 15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>211</sup> Voir par. 7 de la conclusion 9 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) (note 11 *supra*), p. 48 (« Sont énumérés, en tant qu'exemples d'autres moyens auxiliaires, les travaux des organes d'experts et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations. »).

- Droit des traités<sup>212</sup>
- Nationalité des personnes physiques et succession d'États<sup>213</sup>
- Clauses de la nation la plus favorisée dans les traités<sup>214</sup>
- Prévention et répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection spéciale<sup>215</sup>
- Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite<sup>216</sup>

<sup>212</sup> Dans les articles sur le droit des traités, il est indiqué au paragraphe 1 du commentaire de l'article 28 qu'« [e]n 1956, l'Institut de droit international a adopté une résolution dans laquelle il formulait – en termes assez prudents, il est vrai – deux articles contenant un petit nombre de principes fondamentaux d'interprétation. » (note 21 *supra*), p. 238.

On trouve des références au projet de convention de Harvard sur le droit des traités au paragraphe 3 du commentaire de la directive 2.2.1 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités (note 21 *supra*), p. 114.

<sup>213</sup> Voir, par exemple, par. 4 du commentaire de l'article 26 des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire ... 1999*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 47, qui mentionne la règle selon laquelle l'État successeur attribue sa nationalité aux personnes concernées ayant leur résidence habituelle sur son territoire et où il est indiqué qu'« une disposition analogue visant le cas de la séparation figurait à l'alinéa *b* de l'article 18 du projet de convention sur la nationalité établi par la faculté de droit de l'Université Harvard », renvoyant à Harvard Law School, *Research in International Law*, Part I. Nationality, Cambridge (Massachusetts), avril 1929, p. 17 et suiv.

Il est fait référence à la résolution de l'Institut de droit international relative aux conflits de lois en matière de nationalité (naturalisation et expatriation), *Annuaire de l'Institut de droit international*, tome 15, 2<sup>e</sup> partie (1896), p. 271, au paragraphe 2 du commentaire de l'article 12 des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire ... 1999*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 36.

<sup>214</sup> Dans les articles sur les clauses de la nation la plus favorisée, la Commission a cité à plusieurs reprises les travaux menés par l'Institut de droit international en 1936. Voir, par exemple, par. 2 du commentaire de l'article 16 (note 41 *supra*), p. 48 (« La règle proposée dans l'article 16 s'applique à toutes les clauses de la nation la plus favorisée, qu'elles soient de caractère inconditionnel ou qu'il s'agisse de clauses conditionnelles sous réserve d'une contrepartie sous une forme quelconque, en particulier sous forme de traitement réciproque. Elle est exprimée de la façon suivante au paragraphe 2 de la résolution adoptée par l'Institut de droit international à sa quarantième session, en 1936 [...]. »).

<sup>215</sup> Voir, par exemple, la note de bas de page 473 au paragraphe 3 du commentaire de l'article 7 des articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection, *Annuaire ... 1972*, vol. II, p. 348, renvoyant à « [...] l'article 2 du projet de convention sur l'extradition rédigé par la "Research in International Law" de la Harvard Law School (*Supplement to the American Journal of International Law*, Washington [D.C.], vol. 29, n<sup>os</sup> 1 et 2 [janvier et avril 1935], p. 21) ».

<sup>216</sup> Voir, par exemple, par. 5 du commentaire de l'article 50 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 141, où il est indiqué que « [l']Institut de droit international a, dans une résolution de 1934, déclaré qu'un État qui prend des contre-mesures doit "s'abstenir de toute mesure de rigueur qui serait contraire aux lois de l'humanité et aux exigences de la conscience publique" », référence renvoyant à l'*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 38 (1934), p. 710.

- Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation<sup>217</sup>
- Fragmentation du droit international<sup>218</sup>
- Droit des aquifères transfrontières<sup>219</sup>
- La responsabilité des organisations internationales<sup>220</sup>

<sup>217</sup> Voir par. 12 du commentaire de l'article 2 des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (note 107 *supra*), p. 97, note de bas de page 184, renvoyant à « la résolution de New York adoptée en 1958 par l'ILA (*Report of the Forty-eighth Conference, New York, 1958*, Londres, 1959, annexe II, p. 99) et aux Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux (*Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, p. 484 et suiv. ; reproduit en partie dans doc. A/CN.4/274, p. 396, par. 405). Voir la résolution adoptée par l'Institut de droit international, lors de sa session de Salzbourg en 1961, intitulée « Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) » (*Annuaire de l'Institut de droit international* (Bâle), vol. 49, t. II, 1961, p. 370 à 373), et la résolution adoptée par l'Institut lors de sa session d'Athènes en 1979, intitulée « La pollution des fleuves et des lacs et le droit international » (*ibid.*, vol. 58, t. II, 1980, p. 196). Un groupe privé de juristes, l'Association interaméricaine des avocats, a adopté en 1957 une résolution applicable à « tout cours d'eau ou tout réseau de fleuves ou de lacs [...] qui traverse ou sépare les territoires de deux ou plusieurs États (ledit réseau étant ci-après dénommé "bassin hydrographique international") » (*Actuaciones de la Décima Conferencia realizada en Buenos Aires del 14 al 21 de noviembre de 1957*, 2 vol., Buenos Aires, 1958 ; reproduit dans doc. A/5409, p. 223, par. 1092). Voir aussi par. 5 du commentaire de l'article 24 des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *ibid.*, p. 133, renvoyant à la résolution adoptée lors de la session de Madrid (1911) de l'Institut de droit international (dont s'inspirait l'article 5 de la Déclaration de Montevideo), relative à la réglementation internationale de l'usage des cours d'eau internationaux (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1911 (Paris), vol. 24, p. 366 ; reproduite dans doc. A/5409, p. 214, par. 1072).

<sup>218</sup> Voir le rapport final du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international (note 23 *supra*), p. 95, par. 431, renvoyant à la résolution de l'Institut de droit international sur l'interprétation des traités, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 46 (session de Grenade, 1956), p. 358 et 359.

<sup>219</sup> Voir par. 5 du commentaire général (« La Commission a également tenu en 2004 une séance officielle avec le Comité des ressources en eau de l'Association de droit international et tient à prendre acte des commentaires de celui-ci sur le projet d'articles adopté en première lecture par la Commission, ainsi qu'à faire l'éloge des Règles de Berlin sur les ressources en eau, adoptées par l'Association de droit international en 2004 ».) et par. 1 du commentaire de l'article 2 du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières, *Annuaire ... 2008*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 27 et 28.

<sup>220</sup> Dans le cadre des articles sur la responsabilité des organisations internationales, il est fait référence à une résolution de l'Institut de droit international intitulée « Les conséquences juridiques pour les États membres de l'inexécution par les organisations internationales de leurs obligations envers des tiers », au paragraphe 5 du commentaire de l'article 62 (note 102 *supra*), p. 102. La Commission a également mentionné une règle proposée par le Comité sur la responsabilité des organisations internationales de l'Association de droit international (*Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, 2004, p. 200). Voir par. 1 du commentaire de l'article 14 (*Annuaire ... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 65), par. 8 du commentaire du projet d'article 7 (*ibid.*, p. 56 et 57), par. 7 du commentaire du projet d'article 8 (*ibid.*, p. 60), le commentaire de l'article 11 (*ibid.*, p. 64), et par. 7 du commentaire de l'article 45 (*ibid.*, p. 87 et 88).

- Succession d'États en matière de biens d'État<sup>221</sup>
- Expulsion des étrangers<sup>222</sup>
- Les effets des conflits armés sur les traités<sup>223</sup>
- La protection des personnes en cas de catastrophe<sup>224</sup>
- Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités<sup>225</sup>
- Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés<sup>226</sup>

<sup>221</sup> Voir par. 27 du commentaire de l'article 31 du projet d'articles sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État et commentaires y relatifs, *Annuaire ... 1981*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 75 et 76, renvoyant à ILA, *Report of the Fifty-fourth Conference, held at The Hague, 23rd-29th August, 1970*, Londres, 1971, p. 108.

Voir aussi par. 7 du commentaire de la directive 5.1.1 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités (note 21 *supra*), p. 342 (« Cette présomption [du maintien des réserves de l'État prédécesseur] avait déjà été proposée par O'Connell, rapporteur de l'International Law Association sur la question de "la succession des États nouveaux aux traités et à certaines autres obligations de leurs prédécesseurs" un an avant que Waldock la fasse sienne. »).

<sup>222</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 5 des articles sur l'expulsion des étrangers (note 136 *supra*), p. 30 et 31, renvoyant au Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, adoptées le 9 septembre 1892 à la session de Genève de l'Institut de droit international, art. 30.

<sup>223</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 3 des articles sur les effets des conflits armés sur les traités (note 35 *supra*), p. 111, note de bas de page 407, renvoyant à l'*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61, t. I (session d'Helsinki 1985), p. 8 et 9.

<sup>224</sup> Voir par. 6 du commentaire de l'article 3 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe (note 85 *supra*), p. 30, renvoyant à l'élément des « pertes massives en vies humaines » inspiré du Code de conduite pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et pour les organisations non gouvernementales lors des opérations de secours en cas de catastrophe de 1995, dans la *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 78, n<sup>o</sup> 817 (janvier-février 1996), p. 124 à 135.

Voir aussi par. 4 du commentaire de l'article 3 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *ibid.*, p. 30, renvoyant à la résolution sur l'assistance humanitaire adoptée par l'Institut de droit international, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70-II (session de Bruges, 2003), p. 263.

<sup>225</sup> Voir, par exemple, par. 11 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (note 26 *supra*), p. 84 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir A/73/10, p. 116 et 117 (« Les prononcés d'un organe conventionnel d'experts peuvent cependant donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou une pratique ultérieure [...]. Cette possibilité a été admise par des États, par la Commission et aussi par l'Association de droit international et par un grand nombre d'auteurs. »).

<sup>226</sup> Il est fait références aux travaux de l'Institut de droit international sur l'emploi de la force au paragraphe 3 du commentaire du principe 20 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (note 77 *supra*), p. 177 (note de bas de page 784 : Comme le résume l'Institut de droit international, « la puissance occupante ne peut disposer des ressources du territoire occupé que dans la mesure nécessaire pour l'administration courante du territoire et pour pourvoir aux besoins essentiels de la population ». Voir Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 70, Deuxième partie, Session de Bruges (2003), p. 285 et suiv. ; disponible à l'adresse suivante : [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org), déclarations, p. 288.), et il est fait référence aux directives du CICR sur la protection de l'environnement naturel en période de conflit armé au paragraphe 4 du commentaire du principe 4, *ibid.*, p. 111 (« Plus récemment, le CICR, dans ses directives sur la protection de l'environnement naturel en période de conflit armé, a recommandé que les zones particulièrement importantes ou fragiles sur le plan environnemental soient déclarées zones démilitarisées. »).

• Protection de l'atmosphère<sup>227</sup>

154. Dans ses travaux sur le droit de la mer, la Commission s'est référée aux travaux d'organes d'experts privés et aux efforts collectifs de juristes. On trouve quelques exemples concernant des questions telles que l'utilisation du pavillon<sup>228</sup> et la piraterie<sup>229</sup>.

155. Parmi les autres sujets pour lesquels il a été fait référence à des travaux menés par des organes d'experts privés, on peut citer ceux ayant trait à la protection diplomatique, l'objectif de ces références ayant alors été de corroborer la proposition de base selon laquelle un État ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un autre État dont cette personne a également la nationalité. Ainsi, le projet de convention de l'Université Harvard et la résolution de l'Institut de droit international portant sur cette question ont été qualifiés par la Commission de « textes de codification » et de « projets de codification »<sup>230</sup>. La Commission n'a cependant pas considéré que ces textes de codification avaient suffisamment de poids pour faire de l'existence d'un « lien effectif » entre l'État de la nationalité et son national qui a une ou plusieurs autres nationalités une condition de l'exercice de la protection diplomatique à l'encontre d'un État dont l'intéressé n'a pas la nationalité<sup>231</sup>.

<sup>227</sup> Par. 6 du commentaire de la directive 1 des directives sur la protection de l'atmosphère (note 39 *supra*), p. 22, renvoyant à la résolution du Caire de 1987 de l'Institut de droit international sur la pollution transfrontière de l'air. Voir aussi par. 1 du commentaire de la directive 9 des directives sur la protection de l'atmosphère, renvoyant au « projet d'article 10 (Interrelations) de la résolution 2/2014 sur la déclaration des principes juridiques relatifs au changement climatique adoptée par l'Association de droit international, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington D.C.*, August 2014, p. 26 ; S. Murase (Président) et L. Rajamani (Rapporteuse), *Rapport du Comité sur les principes juridiques relatifs au changement climatique*, *ibid.*, p. 330 à 378, aux pages 368 à 377 », p. 41, note de bas de page 131.

<sup>228</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 29 des articles sur le droit de la mer (note 37 *supra*), p. 278 et 279 (« S'inspirant de ces idées, l'Institut de droit international a, dès 1896, adopté certaines règles relatives à l'octroi du pavillon. La Commission, lors de la septième session, a cru pouvoir les accepter sous une forme légèrement modifiée tout en sachant que, pour aboutir aux résultats pratiques visés, les États devraient, en introduisant ces règles dans leur législation, élaborer des dispositions plus détaillées. »).

<sup>229</sup> Voir par. 1 du commentaire de l'article 38 des articles sur le droit de la mer (note 21 *supra*), p. 282 (« Dans ses travaux concernant les articles sur la piraterie, la Commission a été considérablement aidée par les recherches de la Harvard Law School, qui ont abouti à un projet de convention de 19 articles accompagnés de commentaires, élaboré en 1932 sous la direction du professeur Joseph Bingham. En général, la Commission a pu se rallier aux conclusions auxquelles ces recherches ont abouti. »).

<sup>230</sup> Par. 3 du commentaire de l'article 6 et par. 2 du commentaire de l'article 7 des articles sur la protection diplomatique (note 72 *supra*), p. 32 et 33, renvoyant au paragraphe 5 de l'article 23 du projet de convention de Harvard de 1960 sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux étrangers, reproduit dans L. B. Sohn et R. R. Baxter, « Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens », *American Journal of International Law*, vol. 55, n° 3 (juillet 1961), p. 548, et à l'article 4 a) de la résolution sur le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu, adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Varsovie en 1965, *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, Paris, Pedone, 1992, p. 56.

<sup>231</sup> Par. 3 du commentaire de l'article 6 des articles sur la protection diplomatique, *ibid.*, p. 33.

**Observation 38**

**Dans le cadre de certains sujets, la Commission a eu recours à des formulations inspirées ou tirées de travaux d'organes d'experts spécialisés à caractère privé<sup>232</sup>.**

156. Pour le projet de statut d'une cour criminelle internationale, la Commission a indiqué dans son commentaire que « [l]es établissements pénitentiaires continueraient à être administrés par l'autorité nationale compétente, mais [que] les conditions et modalités de détention devraient répondre aux normes internationales, et notamment à l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus »<sup>233</sup>. La première version d'un tel ensemble de règles avait été établie par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, en 1955.

157. Dans les commentaires des articles sur les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, il est fait référence aux mesures prévues par des États qui risquent d'avoir « un effet négatif significatif » pour les autres États du cours d'eau et, afin de définir ce terme, la Commission s'est appuyée sur un ensemble de principes de conduite adoptés par le Conseil d'administration du Programme des Nations Unies pour l'environnement<sup>234</sup>.

158. Dans les principes sur la répartition des pertes, des travaux antérieurs de l'Association de droit international ont été invoqués pour justifier le caractère

<sup>232</sup> Voir, par exemple, par. 1 du commentaire de l'article 4 des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire ... 1999*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 29, renvoyant au *Rapport des experts du Conseil de l'Europe sur les lois de la République tchèque et de la Slovaquie relatives à la citoyenneté et leur mise en œuvre*, Strasbourg, 2 avril 1996, doc. DIR/JUR(96)4, par. 54.

Voir également le rapport final du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) (note 169 *supra*), p. 103, par. 18, note 447, renvoyant, entre autres, au Rapport du Groupe d'experts techniques ad hoc de l'Union africaine et l'Union européenne sur le principe de compétence universelle (8672/1/09/Rev.1).

Voir aussi par. 2 du commentaire de l'article 19 des articles sur l'expulsion des étrangers (note 136 *supra*), p. 43, où la Commission a mentionné « l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement figurant en annexe à la résolution 43/173 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1988 ».

Voir également la référence au rapport demandé au Bureau de la coordination des affaires humanitaires par le Secrétaire général de l'ONU, au paragraphe 9 du commentaire de l'article 13 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe (note 85 *supra*), p. 54.

<sup>233</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 59 du projet de statut d'une cour criminelle internationale, *Annuaire ... 1994*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 70, note de bas de page 111, renvoyant à la première version des règles : *Premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Genève, 22 août-3 septembre 1955. – Rapport préparé par le Secrétariat* (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1956.IV.4), annexe I, p. 73 à 79.

<sup>234</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 12 des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (note 107 *supra*), p. 117, renvoyant aux « Principes de conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des États en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États » (décision 6/14 adoptée par le Conseil d'administration du PNUE le 19 mai 1978) qui définissent les « effets sensibles » comme étant les « effets appréciables sur une ressource naturelle partagée », à l'exclusion des « effets de minimis » (PNUE, Droit de l'environnement. – Lignes directrices et principes, n° 2, Ressources naturelles partagées, Nairobi, 1978).

« significatif » du seuil de dommages transfrontaliers causés par des activités dangereuses<sup>235</sup>.

159. Dans le commentaire des articles sur les effets des conflits armés sur les traités, la Commission a indiqué que l'article 16, qui porte sur l'indépendance des obligations découlant des décisions du Conseil de sécurité conformément à la Charte des Nations Unies, avait « la même fonction que l'article 8 de la résolution de 1985 de l'Institut de droit international », et qu'elle avait « décidé de présenter la disposition sous la forme d'une clause "sans préjudice", plutôt que de reprendre la formulation plus affirmative adoptée par l'Institut »<sup>236</sup>.

160. Dans le commentaire des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, la Commission a indiqué que le libellé de l'alinéa e) de l'article 3 était fondé sur les Directives sur l'utilisation des ressources militaires et de la protection civile étrangères dans le cadre des opérations de secours en cas de catastrophe (Directives d'Oslo)<sup>237</sup>. Dans ces mêmes articles, elle a fait référence à plusieurs reprises à d'autres instruments établis par des organes d'experts privés, tels que les Principes directeurs concernant le droit à l'assistance humanitaire adoptés par le Conseil de l'Institut international de droit humanitaire, les Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays<sup>238</sup>, les Critères de Mohonk applicables à l'assistance humanitaire en situation d'urgence complexe du Groupe d'étude sur les questions morales et juridiques de l'aide humanitaire<sup>239</sup>, et les Directives opérationnelles sur la protection des personnes affectées par des catastrophes naturelles adoptées par le Comité permanent interorganisations<sup>240</sup>.

161. Dans le cadre du même sujet, la Commission a précisé dans le commentaire de l'article 6 que « [l']expression "particulièrement vulnérables" [était] tirée du paragraphe 3 a de la section 4 de la partie I des Lignes directrices de la FICR [Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge], qui mentionn[ait] les besoins spécifiques "des femmes et des groupes particulièrement vulnérables, comme les enfants, les personnes déplacées, les personnes âgées, les personnes handicapées et les personnes vivant avec le VIH ou d'autres maladies débilitantes" »<sup>241</sup>. Elle a également observé qu'on trouvait des indications quant aux mesures pouvant être prises au niveau national afin de faciliter la fourniture de l'assistance extérieure dans d'autres instruments, « par exemple les Lignes directrices de la FICR de 2007 et la loi type de 2013 relative à la facilitation

<sup>235</sup> Article 10 des règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, Association de droit international, *Report of the Fifty-Second Conference (Helsinki 1966)*, Londres, 1967, p. 484 à 533, à la page 496 [pour une traduction française, *Annuaire ... 1974*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), document A/CN.4/274, p. 397], et article 16 des Règles de Berlin sur l'utilisation équitable et le développement durable des eaux, Association de droit international, *Report of the Seventy-First Conference (Berlin 2004)*, Londres, 2004, p. 334.

<sup>236</sup> Par. 1 du commentaire de l'article 16 des articles sur les effets des conflits armés sur les traités (note 35 *supra*), p. 120.

<sup>237</sup> Par. 24 du commentaire de l'article 3 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe (note 85 *supra*), p. 32.

<sup>238</sup> Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays, 11 février 1998, E/CN.4/1998/53/Add.2, annexe.

<sup>239</sup> Par. 6 du commentaire de l'article 4 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *ibid.*, p. 34 et 35.

<sup>240</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 5 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *ibid.*, p. 35, note de bas de page 59 renvoyant au Comité permanent interorganisations, *Directives opérationnelles de l'IASC sur la protection des personnes affectées par des catastrophes naturelles*, Washington, Projet Brookings-LSE sur le déplacement interne, 2011.

<sup>241</sup> Voir aussi par. 7 du commentaire de l'article 6 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *ibid.*, p. 37.

et à la réglementation des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe »<sup>242</sup>.

162. Dans ses commentaires sur les principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la Commission a noté que le libellé du principe 10 sur le devoir de diligence des entreprises comportait des éléments « [inspirés] de l'expression "zone de conflit ou à haut risque" employée dans le Guide OCDE [Organisation de coopération et de développement économiques] sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais et dans le règlement de l'Union européenne sur les minerais provenant de zones de conflit »<sup>243</sup>. Elle a ajouté, entre autres, que « [l]a formule "qui opèrent sur ou depuis leur territoire" [était] celle, générique, retenue dans le Guide OCDE sur le devoir de diligence »<sup>244</sup>. Dans les mêmes travaux, la Commission a également fait référence aux « paramètres de la "diligence raisonnable en matière de droits de l'homme" exposés dans les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme [...] », ainsi qu'aux Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales<sup>245</sup>.

### Observation 39

#### **Parfois, la Commission a souhaité préciser qu'elle ne se conformait pas à l'approche adoptée par des organes d'experts à caractère privé.**

163. Dans certains cas, la Commission a mentionné les travaux d'organismes d'experts privés, mais expressément choisi de suivre une approche différente. Dans ses travaux concernant les articles sur la protection diplomatique, par exemple, elle a fait quelques références aux travaux de l'Association de droit international, notamment au regard de l'exercice de la protection diplomatique en faveur des personnes ayant une double nationalité<sup>246</sup> – point sur lequel elle n'a pas suivi l'approche adoptée par l'Association<sup>247</sup>.

164. Si, dans les commentaires des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, la Commission a pris acte des approches en matière de définition des catastrophes adoptées dans le cadre de la Convention de Tampere ainsi que dans les Lignes directrices relatives à la facilitation et à la réglementation nationales des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe établies en 2007 par la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, elle a néanmoins décidé de revenir « à l'ancienne

<sup>242</sup> Par. 3 du commentaire de l'article 15 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, *ibid.*, p. 57.

<sup>243</sup> Par. 6 du commentaire du principe 10 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (note 77 *supra*), p. 135.

<sup>244</sup> Par. 8 du commentaire du principe 10 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 136.

<sup>245</sup> Par. 10 du commentaire du principe 10 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 137 et 138, renvoyant aux Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies (A/HRC/17/31, annexe), et à l'OCDE, « L'environnement et les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales – Instruments et méthodes pour les entreprises », disponible à l'adresse suivante : <https://www.oecd.org/fr/env/34992981.pdf>.

<sup>246</sup> « The Changing Law of Nationality of Claims », rapport provisoire, Association de droit international, Rapport de la soixante-neuvième Conférence, Londres, 2000, p. 646, par. 11 ; confirmé dans le rapport final adopté par la soixante-douzième conférence de l'Association de droit international, tenue en 2006 à Toronto (*Report of the Seventy-second Conference*, Londres, 2006).

<sup>247</sup> Par. 4 du commentaire de l'article 7 des articles sur la protection diplomatique (note 72 *supra*), p. 34.

conception de la notion de “catastrophe” comme constituant un événement spécifique »<sup>248</sup>.

#### Observation 40

##### La Commission s’est souvent référée à ses propres travaux antérieurs.

165. Il n’est pas rare que la Commission examine ses travaux antérieurs et s’y réfère. Par exemple, dans le cadre de l’examen de sujets liés au droit pénal international, la Commission a souvent cité ses propres travaux antérieurs sur les principes de Nuremberg et le jugement du Tribunal de Nuremberg. Dans les commentaires du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité, la Commission a noté en 1951 que le principe de la responsabilité individuelle pour crime de droit international établi dans l’article premier figurait dans le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, en référence à la formulation des principes de Nuremberg aux termes de laquelle « [t]out auteur d’un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et est passible de châtement »<sup>249</sup>.

166. En 1996, la Commission a de nouveau fait référence au jugement du Tribunal et à ses propres travaux sur les Principes de Nuremberg, observant que « la violation du Droit international fait naître des responsabilités individuelles »<sup>250</sup> ou encore que « les obligations internationales qui s’imposent aux individus priment leur devoir d’obéissance envers l’État dont ils sont ressortissants »<sup>251</sup>.

167. Dans les commentaires des articles sur les crimes contre l’humanité, la Commission a évoqué les principes de Nuremberg<sup>252</sup> en lien avec les règles générales sur la responsabilité pénale des individus au regard du droit international. Elle a également fait référence au Projet de code des infractions contre la paix et la sécurité de l’humanité de 1954 et au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité de 1996, pour, entre autres, rappeler que le fait qu’une infraction criminelle ait été commise par une personne occupant une position officielle n’exonérerait pas cette personne de sa responsabilité pénale<sup>253</sup>.

168. Dans ses travaux sur le recours aux accords et à la pratique ultérieurs dans le contexte de l’interprétation des traités, la Commission a fait observer qu’elle avait précédemment « abordé la question de la pertinence des prononcés d’organes conventionnels d’experts créés en vertu d’instruments relatifs aux droits de l’homme à l’égard des réserves »<sup>254</sup>.

<sup>248</sup> Par. 3 du commentaire de l’alinéa a) de l’article 3 des articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe (note 85 *supra*), p. 29 et 30.

<sup>249</sup> Commentaire de l’article premier du code des crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité, figurant dans le commentaire sur le projet de texte adopté en première lecture, *Annuaire ...1951*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 135, renvoyant au principe premier des Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, *Annuaire ... 1950*, vol. II, par. 97.

<sup>250</sup> Voir par. 7 du commentaire de l’article premier du code des crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité (note 159 *supra*), p. 17 et 18.

<sup>251</sup> Par. 11 du commentaire de l’article premier du code des crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité, *ibid.*, p. 18.

<sup>252</sup> Voir par. 2 du commentaire de l’article 6 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l’humanité (note 116 *supra*), p.70.

<sup>253</sup> Voir les par. 28 et 29 du commentaire de l’article 6 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l’humanité, *ibid.* p. 79 et 80.

<sup>254</sup> Par. 23 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l’interprétation des traités (note 26 *supra*), p. 87 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir [A/73/10](#), p. 121.

169. La Commission a souvent fait référence à ses propres travaux sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, les évoquant, par exemple, à propos des cas d'expulsion illicite dans le cadre des principes sur l'expulsion des étrangers<sup>255</sup>.

170. Dans ses travaux sur le projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), la Commission s'est appuyée sur certains résultats issus de ses travaux antérieurs. Ainsi, dans le projet de conclusion 17, qui traite de la relation entre ces normes impératives et les obligations *erga omnes*, la Commission a indiqué que la « formulation se fond[ait] sur les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission, dans lesquels les obligations *erga omnes* [étaient] décrites comme incluant les obligations qui “découlent de normes impératives du droit international général” »<sup>256</sup>.

171. La Commission a également décidé d'inclure dans une annexe « une liste non exhaustive de normes qu'elle a[vait] précédemment désignées comme ayant un caractère impératif » et souligné que la liste incluait, « en renvoyant à des travaux antérieurs de la Commission, les normes qui [avaient] par le passé été régulièrement identifiées comme ayant un caractère impératif sans pour autant, à ce stade, en proposer une appréciation »<sup>257</sup>. Dans ce cadre, elle a fait référence à ses travaux antérieurs sur les commentaires des articles sur le droit des traités et les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, ainsi qu'au rapport de 2006 du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international<sup>258</sup>.

#### Observation 41

**La Commission s'est référée à certains types de travaux doctrinaux émanant des publicistes les plus qualifiés, indiquant que ceux-ci étaient représentatifs de la pratique des États.**

172. Dans certaines situations, la Commission a indiqué que des travaux d'organes d'experts à caractère privé étaient représentatifs de la pratique des États, par exemple s'agissant de documents établis par des dépositaires de traités et donnant des

<sup>255</sup> Voir par. 2 du commentaire de l'article 30 des principes sur l'expulsion des étrangers (note 136 *supra*), p. 59, où il est indiqué que « [l]e principe fondamental de la réparation intégrale par l'État du préjudice causé par un fait internationalement illicite est posé à l'article 31 sur la responsabilité de l'État, tandis que l'article 34 énonce les différentes formes de réparation, à savoir la restitution (art. 35), l'indemnisation (art. 36) et la satisfaction (art. 37) ».

<sup>256</sup> Par. 4 du commentaire de la conclusion 17 des conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), A/77/10, p. 70, citant le paragraphe 7 du commentaire général du chapitre III de la deuxième partie, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 119 et 120. On trouve un exemple similaire dans le commentaire de la conclusion 19, où la Commission note que « [l]e paragraphe 1 de ce projet de conclusion, qui est fondé sur le paragraphe 1 de l'article 41 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, dispose que les États doivent coopérer pour mettre fin aux violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », par. 2 du commentaire de la conclusion 19, *ibid.*, renvoyant au paragraphe 3 du commentaire de l'article 41 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 122.

<sup>257</sup> Par. 3 du commentaire de la conclusion 23 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), A/77/10, p. 89.

<sup>258</sup> Voir *ibid.*, par. 7 à 14, p. 90 à 92.

informations sur la ratification des traités en question et sur les déclarations, réserves, etc. faites par les États<sup>259</sup>.

173. Parmi les autres travaux considérés comme représentatifs de la pratique des États par la Commission, on peut citer les publications spécialisées comprenant des recueils de décisions rendues par des juridictions internes. Par exemple, dans ses travaux concernant les articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, la Commission a cité des recueils de décisions de juridictions nationales et fait observer que la pratique des États n'était pas uniforme sur la question du traitement des éléments constitutifs et des subdivisions politiques des États fédéraux<sup>260</sup>.

174. Dans les commentaires des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, la Commission a fait référence à la pratique des États ainsi qu'à une étude publiée par le Comité international de la Croix-Rouge et noté que « [d]ans une publication de 2005 sur le droit international humanitaire coutumier, le CICR [s'était] appuyé sur une analyse détaillée de la pratique des États et des jurisprudences nationales et internationales pour formuler une règle générale applicable en cas de crimes de guerre [...] »<sup>261</sup> et qu'« [u]n libellé comparable [avait] été employé au paragraphe 3 du projet d'article 6 pour énoncer une règle générale concernant la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le contexte des crimes contre l'humanité »<sup>262</sup>.

## **B. Exemples d'utilisation de décisions de juridictions et de la doctrine comme moyens de détermination de règles du droit des traités, de règles du droit international coutumier et de principes généraux du droit**

175. On trouvera dans la présente sous-section de nouveaux exemples de cas dans lesquels la Commission se fonde sur la jurisprudence et la doctrine dans la pratique, cette fois pour déterminer des règles du droit des traités, des règles du droit international coutumier et des principes généraux du droit.

<sup>259</sup> Voir, par exemple, par. 3 du commentaire de la directive 1.5.1 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités (note 21 *supra*), p. 72, note de bas de page 270 citant le document du CICR intitulé « Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de guerre – Réserves, déclarations et communications faites au moment de la ratification, de l'adhésion ou de la succession » (DDM/JUR/91/1719-CRV/1).

<sup>260</sup> Voir, par exemple, par. 11 du commentaire de l'article 2 des articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire ... 1991*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 16, note de bas de page 34, certaines des décisions renvoyant à la pratique de la France, par exemple, *État de Ceará c. Dorr et autres* (1932) (Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, 1933, Paris, 1<sup>re</sup> partie, p. 196 et suiv.). Voir aussi *Dame Dumont c. État de l'Amazone* (1948) (Recueil Dalloz, 1949, Paris, 2<sup>e</sup> partie, p. 428). Pour l'Italie, voir *Somigli c. État de São Paulo du Brésil* (1910) (Darras, Revue de droit international privé et de droit pénal international, Paris, vol. VI, 1910, p. 527). Pour la Belgique, voir *Feldman c. État de Bahia* (1907) [Pasicrisie belge, 1908, Bruxelles, 2<sup>e</sup> partie, p. 55 (voir aussi Supplément to AJIL, Washington (D.C.), vol. 26, n<sup>o</sup> 3, juillet 1932, p. 484)]. Pour les États-Unis d'Amérique, voir *Molina c. Comisión Reguladora del Mercado de Henequén* (1918) (Hackworth, op. cit., vol. II, p. 402 et 403), et, en Australie, voir *Commonwealth of Australia c. New South Wales* (1923) (*Annual Digest...*, 1923-1924, Londres, vol. 2, 1933, affaire n<sup>o</sup> 67, p. 161).

<sup>261</sup> Par. 21 du commentaire de l'article 6 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité (note 116 *supra*), p. 77.

<sup>262</sup> Par. 22 du commentaire de l'article 6 des articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, *ibid.*

## 1. Traités

176. Dans les commentaires relatifs aux articles sur le droit des traités, par exemple, la Commission s'est référée à la jurisprudence de juridictions nationales et internationales pour mettre en évidence l'existence de certaines règles d'interprétation des traités. Elle y a relevé que « l'on peut trouver, dans les décisions des tribunaux internationaux, des passages justifiant l'application de presque tous les principes ou maximes qui servent à l'interprétation des lois et des contrats dans les systèmes juridiques nationaux »<sup>263</sup>. Dans le même projet, elle a également souligné que « la jurisprudence de la Cour internationale [de Justice] comporte de nombreuses décisions d'où l'on est en droit de conclure que la Cour considère l'interprétation des traités par référence au texte comme une règle établie de droit international »<sup>264</sup>.

177. Dans le commentaire relatif aux conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, la Commission s'est penchée sur les méthodes et approches des juridictions internationales en matière d'interprétation des traités. Par exemple, elle a indiqué qu'il ressortait de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres cours ou tribunaux internationaux, et même de celle de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce « que la pratique ultérieure qui satisfait à toutes les conditions prévues à l'article 31, paragraphe 3b), de la Convention de Vienne de 1969 n'est pas la seule forme de pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application d'un traité qui puisse être utile aux fins de l'interprétation du traité »<sup>265</sup>.

### Observation 42

**La Commission a fait observer que la portée de certains des termes employés dans ses travaux sur le droit des traités pouvait se trouver précisée dans les décisions de juridictions.**

178. Dans le commentaire des articles sur le droit des traités, la Commission a déclaré ce qui suit<sup>266</sup> :

2) Le dol est un concept que l'on trouve dans la plupart des systèmes de droit, mais la portée de ce concept n'est pas la même dans tous les systèmes. En droit international, la rareté des précédents signifie que l'on ne peut guère se laisser guider ni par la pratique, ni par la jurisprudence des tribunaux internationaux quant à la portée à donner au concept. Cela étant, la Commission s'est demandé si elle ne devait pas tenter de définir le dol dans le droit des traités. *Elle a toutefois conclu qu'il suffirait de formuler le concept général de dol applicable au droit des traités et laisser la pratique et les décisions des tribunaux internationaux dégager sa portée précise.* (non souligné dans l'original)

<sup>263</sup> Par. 8 du commentaire de l'article 28 sur le droit des traités (note 21 *supra*), p. 239.

<sup>264</sup> Par. 11 du commentaire de l'article 27 sur le droit des traités, *ibid.*, p. 236.

<sup>265</sup> Par. 25 du commentaire de la conclusion 3 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (note 26 *supra*), p. 35. Aux paragraphes 26 à 32 du même commentaire, la Commission a cité des exemples de l'Organisation mondiale du commerce, de la CIJ, de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Comité des droits de l'homme.

<sup>266</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 46 sur le droit des traités (note 21 *supra*), p. 266.

### Observation 43

**La Commission s'est référée à la jurisprudence des juridictions pour analyser les facteurs pertinents à prendre en compte dans le contexte de l'interprétation des traités<sup>267</sup>.**

179. Examinant la question de la clarification des termes du traité par une déclaration interprétative dans le commentaire du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, la Commission a étudié plusieurs décisions rendues par des tribunaux internationaux et conclut ce qui suit<sup>268</sup> :

Il résulte donc de la pratique et des analyses doctrinales que les déclarations interprétatives n'interviennent qu'en tant que moyen *auxiliaire* ou complémentaire d'interprétation, qui vient corroborer un sens révélé par les termes du traité, considérés à la lumière de l'objet et du but de celui-ci. À ce titre, elles ne produisent pas d'effet autonome ; quand effet il y a, elles sont associées à un autre instrument d'interprétation, qu'elles viennent appuyer la plupart du temps. (Non souligné dans l'original).

180. Dans ses travaux sur la clause de la nation la plus favorisée (clause NPF), en 2015, la Commission a déclaré qu'elle donnait effet à ce que la Cour internationale de Justice avait établi dans une affaire relative à un traité contenant la clause de la nation la plus favorisée, soulignant que le régime de la nation la plus favorisée (« traitement NPF ») ne modifiait pas l'effet des traités à l'égard des États tiers :

... le traitement NPF ne constitue pas une exception à la règle générale relative aux effets des traités à l'égard des États tiers. En d'autres termes, le droit de l'État bénéficiaire au traitement NPF ne peut découler que de la clause NPF d'un traité entre lui-même et l'État concédant, et non d'un traité entre l'État concédant et l'État tiers. *Ainsi, aucun jus tertii n'est créé. Ce faisant, la Commission donnait effet à ce que la Cour internationale de Justice avait déjà établi dans l'affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*<sup>269</sup>. (Non souligné dans l'original).

<sup>267</sup> Par. 15 du commentaire de la conclusion 2 sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (note 26 *supra*), p. 23 (« La jurisprudence de plusieurs cours et tribunaux internationaux porte toutefois à croire que la nature du traité peut parfois être pertinente pour l'interprétation de celui-ci ». S'agissant des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC, par exemple, il semble que ce soit davantage les termes issus des accords visés par l'OMC qui prévalent (par exemple, Organe d'appel de l'OMC, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs* – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS46/AB/RW, adopté le 4 août 2000, par. 45, tandis que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme mettent en avant le caractère de la Convention, instrument de protection des droits de l'homme (par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], nos 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I, par. 111 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure régulière*, OC-16/99, 1<sup>er</sup> octobre 1999, série A n° 16, par. 58).

<sup>268</sup> Par. 31 du commentaire de la directive 4.7.1 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités (note 21 *supra*), p. 336.

<sup>269</sup> Rapport final du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée (note 183 *supra*), p. 101, par. 14.

**Observation 44****La Commission a conclu que les prononcés des organes conventionnels d'experts pouvaient potentiellement refléter l'accord des parties concernant l'interprétation des traités ou servir de moyen auxiliaire d'interprétation.**

181. À plusieurs occasions, la Commission a examiné la pertinence des prononcés des organes conventionnels d'experts<sup>270</sup>, en particulier dans le contexte de l'interprétation des traités<sup>271</sup>.

182. En particulier, dans le commentaire des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, la Commission a affirmé que de tels prononcés « [pouvaient] donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou une pratique ultérieure des parties [...] au sens de l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31 acceptant l'interprétation d'un traité contenue dans le prononcé d'un organe conventionnel d'experts »<sup>272</sup>. Néanmoins, leur pertinence « dépend[ait] des règles applicables du traité »<sup>273</sup>.

183. La Commission relève par ailleurs que le prononcé d'un organe conventionnel d'experts « ne peut en tant que tel constituer un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 a) ou b) de l'article 31, puisque cette disposition suppose un accord des parties ou une pratique ultérieure des parties qui établit leur accord à l'égard de l'interprétation du traité »<sup>274</sup>. Il peut cependant contenir ou refléter l'accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité<sup>275</sup>. Une autre manière de déterminer un accord des parties consiste à étudier d'autres moyens tels que « les résolutions d'organes d'organisations internationales ainsi que de conférences des États parties »<sup>276</sup>.

<sup>270</sup> Voir, par exemple, le Rapport final du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), dans lequel il est dit que « les conclusions du Comité contre la torture et de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader, concernant une disposition similaire contenue à l'article 7 de la Convention contre la torture de 1984, sont instructifs ». (note 169 *supra*), p. 108, par. 40.

<sup>271</sup> Par. 3 du commentaire de la directive 3.2.3. du Guide de la pratique sur les réserves aux traités (note 21 *supra*), p. 249 (« leurs conclusions ne sont pas juridiquement obligatoires et les États parties doivent seulement “tenir compte” de bonne foi de leur appréciation. ») ;

Par. 25 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (note 26 *supra*), p. 122 (« ... la mesure dans laquelle les prononcés d'organes conventionnels d'experts contribuent à l'interprétation des traités “dans le cadre de leurs mandats” varie, comme l'indique l'utilisation du pluriel. »).

<sup>272</sup> Conclusion 13.3 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs (note 26 *supra*), p. 16. (« 3. Le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou une pratique ultérieure des parties au sens du paragraphe 3 de l'article 31 ou à une pratique ultérieure au sens de l'article 32. Le silence d'une partie ne doit pas être présumé constituer une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 b) de l'article 31 acceptant l'interprétation d'un traité contenue dans le prononcé d'un organe conventionnel d'experts. »)

<sup>273</sup> Conclusion 13.2 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs, *ibid.*, p. 16.

<sup>274</sup> Par. 9 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *ibid.*, p. 116.

<sup>275</sup> *Ibid.*, par. 12 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *ibid.*, p. 117. Elle souligne également qu'il est difficilement envisageable que le prononcé donne naissance à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure des parties elles-mêmes (« Il sera souvent difficile d'établir que toutes les parties sont convenues, expressément ou implicitement, que tel prononcé d'un organe conventionnel d'experts exprime une certaine interprétation du traité. »)

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 117, par. 13 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.

184. Dans le commentaire des mêmes conclusions, la Commission a relevé que l'interaction entre les prononcés d'organes conventionnels d'experts et la pratique suivie ultérieurement par les États pouvaient se produire en plusieurs séquences. Un prononcé peut survenir en premier et « servir de catalyseur pour la pratique ultérieure des États parties ». En revanche, il peut exister des situations « dans lesquelles la pratique ultérieure et l'éventuel accord des parties se sont développés avant le prononcé, ce dernier ne donnant alors qu'une indication concernant cet accord ou cette pratique »<sup>277</sup>.

185. En outre, se référant à un avis consultatif de la Cour internationale de Justice, la Commission a déclaré que même s'il n'atteignait pas le seuil nécessaire pour donner naissance à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure de toutes les parties à un traité, le prononcé d'un organe conventionnel d'experts pouvait constituer un moyen auxiliaire d'interprétation du traité<sup>278</sup>. La Cour internationale de Justice s'était référée à la « pratique constante du Comité des droits de l'homme », ce qui laissait supposer que les « prononcés des organes conventionnels d'experts [devaient] être utilisés de la façon discrétionnaire correspondant à ce que l'article 32 présent[ait] comme des moyens complémentaires d'interprétation »<sup>279</sup>. La Commission a mentionné par ailleurs l'opinion de certains publicistes selon lesquels « les prononcés de ces organes [étaient] qualifiés du point de vue de leur valeur juridique de “moyen auxiliaire de détermination des règles de droit” » au paragraphe 1 d) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>280</sup>.

#### Observation 45

**La Commission constate que les travaux des « acteurs non étatiques » peuvent revêtir une certaine valeur dans l'appréciation de la pratique ultérieure des États aux fins de l'interprétation d'une disposition conventionnelle.**

186. Dans ses conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, la Commission a observé que, s'ils n'étaient pas assimilables à la conduite des États, les travaux de certains acteurs non étatiques (au sens d'organes d'experts) pouvaient contribuer à l'évaluation de la pratique des États aux fins de la détermination d'une pratique ultérieure par les États parties à un traité<sup>281</sup>.

<sup>277</sup> Ibid., p. 119, par. 17 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.

<sup>278</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, avis consultatif, CIJ Recueil 2004*, p. 136, à la page 179, par. 109.

<sup>279</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, avis consultatif, CIJ Recueil 2004*, p. 136, à la page 179, par. 109.

<sup>280</sup> Par. 24 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (note 26 *supra*), p. 121 et 122, citant C. Chinkin, « Sources », dans D. Moeckli *et al.* (dir. publ.), *International Human Rights Law*, 3<sup>e</sup> éd. (Oxford, Oxford University Press, 2018), p. 78 à 80, en tant que doctrine et peut-être également en tant que décisions de justice ; dans cette direction également : R. Van Alebeek et A. Nollkaemper, « The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law », dans Keller et Ulfstein, *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy* (Cambridge, Cambridge University Press, 2012), p. 408 et 410 et suivantes.

<sup>281</sup> Par. 2 du commentaire de la conclusion 5 concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *ibid.*, p. 39. (« 2. Toute autre conduite, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Une telle conduite peut toutefois être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité. »). Voir également par. 15 du commentaire de la conclusion 5 concernant les accords et la pratique ultérieurs dans l'interprétation des traités, *ibid.*, p. 43.

187. Dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission a précisé ce qui suit :

Les exemples du CICR et de l'Observatoire des mines et des armes à sous-munitions montrent que des acteurs non étatiques peuvent fournir des éléments d'information précieux quant à la pratique ultérieure des parties, contribuer à l'évaluation de ces éléments et même solliciter l'instauration d'une pratique. Mais ils peuvent aussi poursuivre leurs propres objectifs, parfois différents de ceux des États parties. Leurs documents et leurs évaluations doivent donc être examinés d'un œil critique<sup>282</sup>.

## 2. Droit international coutumier

188. Comme indiqué à la section II de la présente étude<sup>283</sup>, la Commission a explicitement abordé la question de l'utilisation de moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international coutumier dans les conclusions sur la détermination du droit international coutumier. En particulier, la conclusion 13 visait les décisions des juridictions et la conclusion 14 la doctrine comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier<sup>284</sup>.

189. Lors de l'examen du sujet, la Commission a déclaré que pour déterminer des règles de droit coutumier, il fallait « examiner avec attention les éléments de preuve disponibles et établir que [la pratique de l'État et l'*opinio juris*] sont présents en toutes circonstances », comme le confirme la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, laquelle a indiqué de façon répétée qu'« une “pratique effective” assortie d'une *opinio juris* est [...] requise pour qu'existe une règle [du droit international coutumier]. »<sup>285</sup>

190. La Commission a souligné que, tandis qu'elles peuvent valoir pratique des États ainsi que preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), « lorsqu'elles sont elles-mêmes relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, [les décisions de juridictions nationales] peuvent constituer un moyen auxiliaire de détermination de ces règles »<sup>286</sup>.

<sup>282</sup> Par. 17 du commentaire de la conclusion 5 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, (note 12 *supra*), p. 44.

<sup>283</sup> Voir *supra* les observations 2 à 7, 11 et 13 à 17.

<sup>284</sup> Conclusions 13 et 14 sur la détermination du droit international coutumier (note 12 *supra*), p. 128. « Conclusion 13.

Décisions de juridictions

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

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

Conclusion 14.

Doctrine

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

<sup>285</sup> Par. 2 du commentaire de la conclusion 2 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier (note 12 *supra*), p. 132, faisant référence à Cour internationale de Justice, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant), arrêt, CIJ Recueil 2012*, p.99, aux pages 122 et 123, par. 55 ; Cour internationale de Justice, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, CIJ Recueil 1985*, p. 29 et 30, par. 27 ; *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*), à la page 44, par. 74.

<sup>286</sup> Par. 1 du commentaire de la conclusion 13 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier (note 12 *supra*), p. 109, p. 158.

191. La Commission a également examiné l'utilisation de certains moyens qui « peuvent contribuer au développement et à la détermination du droit international coutumier, mais [...] ne constituent pas une pratique en tant que telle »<sup>287</sup>. Elle a relevé que, pour déterminer l'existence et le contenu des règles du droit international coutumier, il pouvait être recouru à diverses sources autres que « des preuves directes de l'acceptation d'une pratique comme étant le droit (*opinio juris*) ». Le commentaire est libellé comme suit<sup>288</sup> :

On citera notamment les textes portant sur des questions juridiques, en particulier les traités, les résolutions des organisations internationales et de conférences intergouvernementales, la jurisprudence des tribunaux (nationaux et internationaux) et la doctrine, *qui peuvent aider à collecter, synthétiser et interpréter les informations indicatives de la pratique pertinente aux fins de la détermination du droit international coutumier et contenir des formulations explicites permettant d'encadrer et d'orienter l'établissement de ses deux éléments constitutifs*. (Non souligné dans l'original).

192. Pour établir l'existence des éléments du droit international coutumier, la Commission a procédé à l'étude des sources, y compris des décisions des juridictions internationales, et de la doctrine des juristes. Elle a souvent cité comme formes de preuve de la pratique des États des décisions rendues par des juridictions nationales.

193. En 2013, tandis que la Commission examinait le sujet de la détermination du droit international coutumier, le secrétariat a élaboré une étude dont la portée se rapprochait de celle de la présente étude et qui visait à analyser les éléments des travaux antérieurs de la Commission pouvant être particulièrement utiles pour le sujet<sup>289</sup>. Certaines des observations qui y était formulées sont reproduites ci-après et ont été actualisées selon que de besoin, notamment pour inclure des références à des textes que la Commission n'a achevé qu'après la publication de l'étude de 2013.

<sup>287</sup> Le paragraphe 9 du commentaire de la conclusion 4 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier (ibid., p. 139) mentionne ce qui suit :

« Les déclarations officielles du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), telles que ses appels en faveur du respect du droit international humanitaire et ses études sur le sujet, peuvent également jouer un rôle important en orientant la pratique des États qui réagissent à ces déclarations ; en outre, les publications du CICR peuvent être utiles aux fins de la détermination de la pratique pertinente. Ces activités peuvent donc contribuer au développement et à la détermination du droit international coutumier mais elles ne constituent pas une pratique en tant que telle. »

<sup>288</sup> Par. 1 du commentaire relatif à la partie V des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, ibid., deuxième partie, p. 140.

<sup>289</sup> Formation et identification du droit international coutumier, Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet, 14 mars 2013, observation n° 1 et observations n° 15 à 18, document [A/CN.4/659](#).

**Observation 46**

**La Commission invoque parfois la jurisprudence internationale comme étant l'expression concluant d'une règle de droit international coutumier existante**<sup>290</sup>.

194. La Commission a invoqué à de multiples reprises des décisions de juridictions internationales dans lesquelles ces dernières déclaraient que telle règle appartenait au droit international coutumier.

195. Dans les commentaires relatifs aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission a indiqué que la règle voulant que le comportement de l'organe d'un État est attribuable à l'État appartenait au droit international coutumier et précisé ce qui suit :

La CIJ a elle aussi confirmé cette règle de manière catégorique dans l'avis qu'elle a rendu dans l'affaire du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* : Selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État. Cette règle [...] revêt un caractère coutumier<sup>291</sup>.

196. En ce qui concerne l'article 25 relatif à l'état de nécessité comme cause d'exclusion de la responsabilité de l'État, la Commission a relevé que, dans l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros, la Cour avait considéré « que l'état de nécessité constitu[ait] une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale »<sup>292</sup>.

197. Dans le même projet, dans le commentaire relatif à l'article 44 (Recevabilité de la demande), la Commission a invoqué l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*, dans

<sup>290</sup> La présente observation correspond à l'observation 15 de l'étude sur la formation et l'identification du droit international coutumier intitulée « Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet », Mémoire du secrétariat, 14 mars 2013, document A/CN.4/659, p. 26. Ainsi, au sujet de la question des lignes de base droites, la Commission a considéré que l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Pêcheries était « l'expression du droit en vigueur » et elle s'en est « inspirée lors de la rédaction de [l']article », par. 1 à 4 du commentaire du projet d'article 5 sur le droit de la mer, (note 37 *supra*), p. 267 et 268. Voir également par. 3 à 5 du commentaire du projet d'article 24, p. 277 (où elle considère que dans l'affaire du Détroit de Corfou, la Cour avait exprimé une règle de droit coutumier en vigueur concernant le passage inoffensif dans les détroits qui mettent en communication deux parties de la haute mer) ; et par. 2 du commentaire du projet d'article 23 sur le droit des traités (note 21 *supra*), p. 229 (où, se fondant sur les décisions de la Cour internationale de Justice, de la Cour permanente de Justice internationale et de tribunaux arbitraux, elle déclare « [qu']on trouve dans la jurisprudence des tribunaux internationaux beaucoup de précédents à l'appui de la thèse selon laquelle, dans le présent contexte, le principe de la bonne foi est un principe juridique qui forme partie intégrante de la règle *pacta sunt servanda* »).

<sup>291</sup> Par. 6 du commentaire de l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 42, citant *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, CIJ Recueil 1999*, p. 87, par. 62, avec une référence au projet d'articles sur la responsabilité des États, notamment à l'article 6, devenu l'article 4.

<sup>292</sup> Par. 11 du commentaire relatif à l'article 25 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.*, p. 87, citant *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, arrêt, CIJ Recueil 1997*, p. 40, par. 51.

laquelle la Cour avait dit de la règle de l'épuisement des recours internes qu'elle était « un principe important du droit international coutumier »<sup>293</sup>.

198. La Commission a indiqué que l'article 14 du projet d'article sur la protection diplomatique, par exemple, « vis[ait] à codifier la règle du droit international coutumier qui pose l'épuisement des recours internes comme condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique »<sup>294</sup>. Ce faisant, elle s'est appuyée sur le fait que la Cour internationale de Justice avait reconnu cette règle comme « une règle bien établie du droit international coutumier » et que, dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la Cour ait salué en elle « un important principe du droit international coutumier »<sup>295</sup>.

199. Dans le commentaire relatif à la conclusion 2 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, la Commission s'est fondée sur des décisions de la Cour internationale de Justice, du Tribunal international du droit de la mer, de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce, de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de la Cour de justice de l'Union européenne et de tribunaux arbitraux établis conformément à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États dans lesquelles les juridictions « reconnaissent » que « les règles énoncées aux articles 31 et 32 [de la Convention de Vienne sur le droit des traités] reflètent le droit international coutumier »<sup>296</sup>. Au paragraphe 5 du même commentaire, la Commission a ajouté que « [l]a Cour internationale de Justice [avait] reconnu que le paragraphe 4 de l'article 33 [de la Convention de Vienne sur le droit des traités] reflét[ait] le droit

<sup>293</sup> Par. 4 du commentaire relatif à l'article 44 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.*, p. 130, citant *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *CIJ Recueil 1989*, p. 42, par. 50.

<sup>294</sup> Par. 1 du commentaire relatif à l'article 14 du projet d'articles sur la protection diplomatique (note 72 *supra*), p. 44.

<sup>295</sup> Par. 19 du commentaire relatif à l'article 14 du projet d'articles sur la protection diplomatique, *ibid.*, p. 44, en référence à *Interhandel, exceptions préliminaires*, arrêt, *CIJ Recueil 1959*, p. 27 ; et à *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *CIJ Recueil 1989*, p. 42, par. 50.

<sup>296</sup> Par. 4 de la conclusion 2 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (note 26 *supra*), p. 18 à 20, citant, entre autres, Cour internationale de Justice, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *CIJ Recueil 2010*, p. 46, par. 65 (Convention de Vienne de 1969, art. 31) ; Cour internationale de Justice, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, *CIJ Recueil 2009*, p. 237, par. 47 ; Cour internationale de Justice, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, avis consultatif*, *CIJ Recueil 2004*, p. 174, par. 94 ; Cour internationale de Justice, *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, *CIJ Recueil 1999*, p. 1059, par. 18 (Convention de Vienne de 1969, art. 31).

La Commission a fait référence à la jurisprudence d'autres juridictions, notamment *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif*, 1<sup>er</sup> février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, par. 57 ; Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas, décision du 24 mai 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII (numéro de vente : E/F.06.V.8), p. 35 à 125, par. 45 (Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32) ; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996, section III, B (Convention de Vienne de 1969, art. 31, par. 1) ; Cour européenne des droits de l'homme, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, arrêt du 21 février 1975, série A n° 18, par. 29 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Witold Litwa c. Pologne*, n° 26629/95, arrêt du 4 avril 2000, CEDH 2000-III, par. 58 (Convention de Vienne de 1969, art. 31) ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *L'Effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine des droits de l'homme (art. 74 et 75)*, avis consultatif OC-2/82, 24 septembre 1982, série A n° 2, par. 19 (par voie de conséquence, art. 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969) ; Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *National Grid plc v. Argentine Republic, decision on jurisdiction*, 20 juin 2006, par. 51 (Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32).

international coutumier », invoquant l'affaire *LaGrand* et se référant aux décisions d'autres juridictions internationales<sup>297</sup>.

200. Dans les commentaires relatifs aux principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la Commission a déclaré que la clause de Martens<sup>298</sup> et le principe de proportionnalité appartenaient au droit international coutumier, s'appuyant sur l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*<sup>299</sup>. Dans ces mêmes commentaires, elle a relevé que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avait estimé que « l'interdiction des représailles contre des populations civiles constituait une règle de droit international coutumier "dans les conflits armés de toutes sortes" »<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> Par. 5 de la conclusion 2 des conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (note 26 *supra*), p. 20 citant Cour internationale de Justice, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *CIJ Recueil 2001*, p. 466, à la page 502, par. 101.

<sup>298</sup> Par. 1 du commentaire du principe 12 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (note 77 *supra*), p. 145, faisant référence à Cour internationale de Justice, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, CIJ Recueil 1996*, p. 226, à la page 259, par. 84.

<sup>299</sup> Par. 4 du commentaire du principe 14 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 154, faisant référence à Cour internationale de Justice, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, CIJ Recueil 1996*, p. 226, à la page 242, par. 30.

<sup>300</sup> Par. 8 du commentaire du principe 15 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 157, citant Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A72, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. I, p. 352, aux pages 474 à 476, par. 111 et 112.

## Observation 47

### La Commission interroge souvent la doctrine pour identifier des règles de droit international coutumier<sup>301</sup>.

201. La Commission s'est parfois livrée à une évaluation d'ensemble du poids de l'opinion [des publicistes] en faveur de la règle en question, et ce, sous un angle quantitatif et qualitatif<sup>302</sup>.

<sup>301</sup> La présente observation correspond à l'observation 18 de l'étude sur la formation et l'identification du droit international coutumier intitulée « Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet », Mémoire du secrétariat, 14 mars 2013, document [A/CN.4/659](#), p. 28.

<sup>302</sup> Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet », Mémoire du secrétariat, 14 mars 2013, document [A/CN.4/659](#), p. 28., par. 32, citant à titre d'exemple le paragraphe 2 du commentaire des articles 11 et 12 des articles sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire ... 1974*, vol. II (première partie), p. 218 (« La majorité des auteurs modernes penchent en faveur de la doctrine traditionnelle [...] En général, toutefois, les opinions des auteurs sont trop diverses pour que l'on puisse en déduire dans quelle mesure et sur quelle base précise le droit international reconnaît que les traités territoriaux constituent une catégorie à part aux fins du droit applicable à la succession d'États »). Par. 8 du commentaire de l'article 49 des articles sur le droit des traités (note 21 *supra*), p. 269 (« [L]a grande majorité des spécialistes du droit international soutiennent aujourd'hui, sans aucune hésitation, que le paragraphe 4 de l'Article 2 [...] énonce avec toute l'autorité voulue le droit coutumier moderne concernant la menace ou l'emploi de la force. »), par. 2 du commentaire de l'article 53, p. 273 (« Certains juristes [...] adoptent le point de vue qu'une partie ne peut dénoncer un traité ou s'en retirer que si cette dénonciation ou ce retrait est prévu dans le traité, ou si les autres parties y consentent. D'autres juristes cependant estiment que, dans certaines conditions, un droit de dénonciation ou de retrait peut être implicitement contenu dans certains types de traités »), par. 1 du commentaire de l'article 57, p. 276 (« La grande majorité des juristes reconnaît qu'une violation d'un traité par l'une des parties peut donner à l'autre partie le droit [...] ») et par. 1 du commentaire de l'article 59, p. 280 (« Même si ce n'est qu'à regret, presque tous les juristes de notre époque admettent l'existence en droit international du principe qui fait l'objet du présent article [...] ») ; par. 9 du commentaire de l'article 17 des articles sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, *Annuaire ... 1981*, vol. II (deuxième partie), p. 45 (« La règle qui précède est conforme à l'opinion des publicistes, qui estiment généralement que [...] ») ; par. 3 du commentaire de l'article 15 des articles sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire ... 1974*, vol. II (première partie), p. 218 (« La plupart des auteurs considèrent, et cette façon de voir est confirmée par la pratique des États [...] ») ; par. 15 du commentaire de l'article 15 des articles sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire ... 1974*, vol. II (première partie), p. 220 (« La doctrine et la pratique viennent dans une large mesure à l'appui de la thèse selon laquelle le droit international général impose une obligation [...] ») ; et par. 1 du commentaire de l'article 3 des articles sur l'expulsion des étrangers, (note 136 *supra*), p. 22 (« [L]'existence [du droit d'expulser un étranger] est incontestée aussi bien dans la pratique que dans la jurisprudence et la doctrine »). Voir aussi par. 10 du commentaire de l'article 5 des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, (note 107 *supra*), p. 103 (où elle cite, d'une manière générale, les « opinions de spécialistes ») et par. 3 à 5 du commentaire de l'article 32 des articles sur le droit des traités, (note 21 *supra*), p. 248 et 249 (où elle estime que les divergences d'opinions entre les juristes sont « essentiellement de nature doctrinale » et « que les deux théories ne donneraient vraisemblablement des résultats différents que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles »).

202. Dans certains cas, la Commission a interrogé la doctrine pour identifier et apprécier la pratique des États<sup>303</sup> ou pour chercher à mettre en évidence l'existence d'une règle de droit international coutumier. Ainsi, dans les commentaires relatifs aux principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la Commission a fait observer que le principe de proportionnalité des attaques armées était « considéré comme une règle du droit international coutumier applicable tant dans les conflits armés internationaux que dans les conflits armés non internationaux », faisant référence aux travaux du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international coutumier<sup>304</sup>. Dans les mêmes commentaires, la Commission a fait référence à des décisions de juridictions et à l'étude du CICR sur le droit coutumier pour mettre en évidence l'existence d'une autre règle du droit international coutumier<sup>305</sup> :

Selon l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, les parties à un conflit armé non international n'ont pas le droit de recourir à des mesures de représailles. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a également considéré que l'interdiction des représailles contre les populations civiles constituait une règle du droit coutumier international « dans les conflits armés de toutes sortes ». Le présent projet de principe est applicable dans tous les conflits armés, quel que soit leur type.

### 3. Principes généraux du droit

203. Dans son programme de travail actuel, la Commission examine le sujet des principes généraux du droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Au moment de l'établissement de la présente étude, elle n'avait pas encore achevé la première lecture du sujet<sup>306</sup>. Elle a néanmoins adopté provisoirement certains projets de conclusions et les commentaires y relatifs.

<sup>303</sup> Voir par. 33, citant le paragraphe 3 du commentaire de l'article 32 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), p. 100 (où elle cite un exemple de pratique résultant d'un article de R.L. Buell publié dans la revue *Political Science Quarterly*) ; par. 3 du commentaire de l'article 15 des articles sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire ... 1974*, vol. II (première partie), p. 218 (où elle cite un extrait de l'ouvrage *The Law of Treaties* d'A.D. McNair, où le Royaume-Uni s'exprime sur la position adoptée par la Finlande à propos des traités conclus par son prédécesseur) ; par. 2 du commentaire de l'article 18 des articles sur la protection diplomatique, (note 72 *supra*), p. 94 (où elle déclare « [l]a pratique des États, la jurisprudence et la doctrine confirment que l'État de nationalité [...] peut demander réparation au bénéfice des membres de l'équipage de ce navire qui n'ont pas sa nationalité ») ; et par. 10 du commentaire du projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (note 107 *supra*), p. 103 (où elle retient les « opinions de spécialistes » à l'occasion de son « étude de tous les éléments de preuve que l'on peut tirer de la pratique générale des États, acceptée comme étant le droit »).

<sup>304</sup> Par. 4 du commentaire du principe 4 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (note 77 *supra*), p. 111, avec une référence à Henckaerts et L. Doswald-Beck (dir. publ.), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), règle 14, p. 62.

<sup>305</sup> Par. 8 du commentaire du principe 15 des principes sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, *ibid.*, p. 157, avec une référence à Henckaerts et L. Doswald-Beck (dir. publ.), *Droit international humanitaire coutumier*, *ibid.*, règle 148, p. 693, et la pratique pertinente. Voir aussi CICR, Directives sur la protection de l'environnement naturel en période de conflit armé, par. 94.

<sup>306</sup> Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial sur les principes généraux du droit, M. Marcelo Vasquez Bermudez, a examiné la relation entre les principes généraux du droit et les autres sources du droit international et proposé deux projets de conclusion sur les décisions de juridictions et sur la doctrine, qui pourraient constituer des moyens auxiliaires de détermination des principes généraux du droit (projets de conclusion 8 et 9), A/CN.4/741, p. 58 et 59.

204. Le commentaire du projet de conclusion 3, adopté provisoirement par la Commission à sa soixante-treizième session, fait référence aux décisions de juridictions et à la doctrine. Au commentaire de l'alinéa a) du projet de conclusion, il est dit ce qui suit : « Le fait que les principes généraux du droit, au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, comprennent les principes qui proviennent des systèmes juridiques nationaux est établi dans la jurisprudence des cours et tribunaux, ainsi que dans la doctrine, et est confirmé par les travaux préparatoires du Statut. »<sup>307</sup>

205. Au commentaire se rapportant à l'alinéa b) du même projet de conclusion, adopté provisoirement par la Commission à sa soixante-treizième session, il est dit que l'alinéa b) « fait référence aux principes généraux du droit qui peuvent se former dans le cadre du système juridique international. L'existence de cette catégorie de principes généraux du droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice semble être étayée par la jurisprudence des cours et tribunaux et de la doctrine. Certains membres, cependant, considèrent que l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne désigne pas une deuxième catégorie de principes généraux du droit, ou du moins nourrissent des doutes sur le fait qu'il serait une source autonome du droit international »<sup>308</sup>.

### **C. Utilisation par la Commission des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes lors de l'examen de questions plus générales, notamment la nature du système juridique international et les interactions entre les sources et les règles de droit international**

206. À certaines occasions, la Commission s'est servie des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes comme base pour l'examen de questions plus générales concernant les sources du droit international, les interactions entre ces sources ou leur place dans le système juridique international. La présente section analyse quelques situations dans lesquelles la Commission a utilisé des moyens auxiliaires pour examiner des questions plus générales.

207. La Commission a déjà examiné la question des relations entre les obligations découlant des traités, du droit international coutumier et des actes unilatéraux, notamment dans les commentaires des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Pour ce faire, elle a cité un certain nombre de décisions judiciaires et de sentences arbitrales à l'appui de l'article 12 (Existence de la violation d'une obligation internationale) et de sa conclusion selon laquelle « l'origine ou la

<sup>307</sup> Par. 2 du commentaire de la conclusion 3 du projet de conclusions sur les principes généraux du droit et des commentaires y relatifs, adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-treizième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, par. 149.

<sup>308</sup> Par. 3 du commentaire de la conclusion 3 du projet de conclusions sur les principes généraux du droit et des commentaires y relatifs, adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-treizième session, *ibid.*, par. 149.

provenance d'une obligation ne modifie pas en tant que telle la conclusion selon laquelle la responsabilité d'un État sera engagée s'il la viole »<sup>309</sup>.

208. Au sujet du même article, la Commission, s'appuyant sur une sentence arbitrale internationale, a ajouté ce qui suit : « Il n'est [...] pas possible en droit international d'établir une distinction, comme le font certains systèmes juridiques, entre le régime de la responsabilité pour violation d'un traité et le régime de la responsabilité pour violation d'une autre règle, c'est-à-dire la responsabilité contractuelle ou délictuelle... En ce qui concerne l'origine de l'obligation violée, il n'existe qu'un seul régime général de responsabilité des États. Il n'y a pas non plus de distinction entre la responsabilité "civile" et la responsabilité "pénale" comme dans les systèmes de droit interne »<sup>310</sup>.

209. Dans les commentaires des articles sur les effets des conflits armés sur les traités, la Commission a affirmé que « le droit international coutumier continu[ait] de s'appliquer indépendamment des obligations conventionnelles »<sup>311</sup>, en se fondant sur le dictum ci-après formulé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* : « [l]e fait que les principes susmentionnés [du droit international coutumier], et reconnus comme tels, sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes de droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties auxdites conventions »<sup>312</sup>.

210. En se fondant également sur l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Commission a fait une remarque similaire dans les commentaires de son projet de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) lorsqu'elle étudiait le cas dans lequel il était formulé une réserve à l'égard d'une disposition conventionnelle reflétant une norme impérative du droit international général (*jus cogens*). La Commission a noté ce qui suit<sup>313</sup> :

La règle reflétée dans ce paragraphe du projet de conclusion 13 résulte du fonctionnement normal du droit international. Elle découle en particulier du fait que la disposition conventionnelle reflétant une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) a, selon la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, une existence distincte de la norme impérative qui la sous-tend.

211. Dans le commentaire des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, la Commission

<sup>309</sup> Par. 4 du commentaire de l'article 12 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 71 *supra*), p. 58, faisant référence aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, CIJ Recueil 1986, p. 14, à la page 95, par. 177. *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, CIJ Recueil 1969, p. 3, aux pages 38 et 39, par. 63. *Dickson Car Wheel Company (États-Unis d'Amérique) c. États-Unis du Mexique*, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV (numéro de vente 1951.V.1), p. 669, à la page 678 (1931) ; affaire du *Rainbow Warrior*, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (numéro de vente E/F.93.V.3), p. 251, par. 75.

<sup>310</sup> Par. 5 du commentaire de l'article 12 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (note 34 *supra*), faisant référence à l'affaire du *Rainbow Warrior*, *ibid.* p. 251, par. 75.

<sup>311</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 10 des articles sur les effets des conflits armés sur les traités (note 35 *supra*), p. 116.

<sup>312</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, CIJ Recueil 1984, p. 392, à la page 424, par. 73.

<sup>313</sup> Par. 2 du commentaire de la conclusion 13 du projet de conclusions sur la détermination et les conséquences juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*), (note 11 *supra*), p. 57 et 58.

a cité un dictum formulé par la Cour internationale de justice dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* pour montrer que les règles d'interprétation des traités énoncées au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités pouvaient s'appliquer par analogie aux déclarations unilatérales, et qu'il fallait donc prendre en considération en priorité le texte de la déclaration unilatérale qui reflétait le mieux les intentions de son auteur. Toutefois, les règles d'interprétation des traités peuvent s'appliquer seulement par analogie dans la mesure où elles sont compatibles avec le caractère *sui generis* des déclarations unilatérales<sup>314</sup>.

212. Dans un cas similaire d'application par analogie du droit conventionnel, la Commission a cité l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* à l'appui de l'application par analogie de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour déterminer qu'une déclaration unilatérale serait dépourvue de validité si elle était en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*)<sup>315</sup>.

213. Dans le commentaire des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, la Commission s'est fondée sur un dictum formulé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Essais nucléaires*, ainsi que sur le paragraphe 2 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies et le paragraphe 1 des articles 26 et 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités pour déterminer que le principe de la bonne foi est « ...l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source »<sup>316</sup>. La Commission s'est également fondée sur la doctrine pour conclure qu'il découle de ce dictum que le principe de la bonne foi vaut aussi pour les actes unilatéraux<sup>317</sup> et qu'« [e]n fait c'est toute la structure des relations internationales » qui est empreinte de ce principe<sup>318</sup>.

214. Dans les Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, la Commission s'est fondée sur l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, dont a connu la Cour internationale de Justice, pour montrer comment une règle de droit avait plus d'une source. Une déclaration unilatérale des États-Unis concernant leur plateau continental (la « proclamation Truman » de 1945) ne pouvait pas en soi lier des tierces parties,

<sup>314</sup> Par. 3 du commentaire du principe directeur 7 des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques (note 70 *supra*), p. 173, citant l'affaire *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt du 4 décembre 1998, *CIJ Recueil 1998*, p. 432, à la page 453, par. 46. La déclaration unilatérale en cause dans cette affaire concernait l'acceptation de la compétence de la CIJ.

<sup>315</sup> Par. 3 du commentaire du principe directeur 7 des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, *ibid.* p. 173, citant l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, *CIJ Recueil 2006*, p. 6, à la page 33, par. 69.

<sup>316</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 4 des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (note 76 *supra*), p. 167, citant *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *CIJ Recueil 1974*, p. 253, et *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, *ibid.* p. 457.

<sup>317</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 4 des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *ibid.*, p. 167, citant M. Virally, « *Review essay: good faith in public international law* », *AJIL*, vol. 77, n° 1 (1983), p.130.

<sup>318</sup> Par. 2 du commentaire de l'article 4 des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, p. 167, citant R. Rosenstock, « *The declaration of principles of international law concerning friendly relations: a survey* », *AJIL*, vol. 65 (1971), p. 734, et R. Kolb, « *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux de droit* », (Paris, Presses Universitaires de France, 2000).

mais elle a donné lieu à une pratique des États qui a abouti à une nouvelle norme du droit international coutumier, laquelle a par la suite été codifiée dans les dispositions d'une convention multilatérale, la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental<sup>319</sup>.

215. Outre les exemples particuliers susmentionnés, des questions plus générales concernant le système juridique international et les interactions entre les règles de droit international présentant un intérêt pour la présente section ont été abordées à plusieurs reprises dans le rapport final du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, qui fait référence à un volume d'écrits et de décisions judiciaires<sup>320</sup>.

216. En ce qui concerne le principe de la *lex specialis*, par exemple, le Groupe d'étude s'est fondé sur l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, dont a connu la Cour internationale de Justice, lorsqu'il a conclu que « dans la pratique, les traités [faisaient] souvent fonction de *lex specialis* par rapport au droit coutumier et aux principes généraux »<sup>321</sup>. En outre, « ... l'application du droit spécial n'emport[ait] pas normalement extinction du droit général pertinent. Ce droit demeurera[it] valable et applicable ; il continuera[it]... à orienter l'interprétation et l'application du droit spécial pertinent et deviendra[it] pleinement applicable dans des situations non prévues par ce dernier »<sup>322</sup>.

217. Pour formuler sa conclusion concernant l'application de l'« intégration systémique »<sup>323</sup>, le Groupe d'étude a cité une sentence d'une commission des réclamations à l'appui de la conclusion que « les parties [à un traité] sont réputées se reporter au droit international coutumier et aux principes généraux de droit pour toutes les questions que le traité ne résout pas lui-même en termes exprès »<sup>324</sup>, ainsi qu'un arrêt de la Cour internationale de Justice à l'appui de la conclusion que « lorsqu'elles contractent des obligations conventionnelles, les parties n'entendent pas agir de manière non conforme aux principes généralement reconnus du droit international »<sup>325</sup>.

218. Dernier exemple tiré des conclusions du Groupe d'étude, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice a été citée à l'appui de la conclusion selon laquelle l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, qui dispose que les obligations des États Membres en vertu de la Charte prévaudront en cas de conflit avec leurs obligations en vertu de tout autre accord international, « s'applique non seulement aux articles de

<sup>319</sup> Par. 2 du commentaire du principe 9 des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, (note 70 *supra*), p. 174, citant l'affaire *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *CIJ Recueil 1969*, p. 3, aux pages 32 et 33, par. 47, et à la page 53, par. 100.

<sup>320</sup> Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, *Annuaire 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 183. À la page 184, par. 239, la Commission a pris note des conclusions du Groupe d'étude.

<sup>321</sup> Conclusion 5 des conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire ... 2006*, p.186, faisant référence à l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *CIJ Recueil 1986*, p.14, à la page 137, par. 274.

<sup>322</sup> Conclusion 9 des conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire ... 2006*, p. 187, faisant référence à l'avis consultatif *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *CIJ Recueil 1996*, p. 226.

<sup>323</sup> Conclusion 19 des conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire ... 2006*, p. 188.

<sup>324</sup> *Georges Pinson, Commission franco-mexicaine des réclamations, Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 327, à la page 466.

<sup>325</sup> *Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt du 26 novembre 1957, CIJ Recueil 1957*, p. 125.

la Charte mais aussi aux décisions contraignantes prises par des organes de l'ONU comme le Conseil de sécurité »<sup>326</sup>.

#### **IV. Intégration des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes dans les méthodes de travail de la Commission**

219. La Commission s'est régulièrement référée aux décisions judiciaires et à la doctrine des publicistes dans plusieurs composantes de ses méthodes de travail, sans nécessairement les considérer comme des moyens auxiliaires au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

##### **Observation 48**

##### **La Commission s'est régulièrement et abondamment référée aux décisions judiciaires et à la doctrine des publicistes dans plusieurs composantes de ses méthodes de travail**

220. C'est ce qui ressort clairement des travaux menés par la Commission depuis sa création. Par exemple, certains rapports des rapporteurs spéciaux contiennent des analyses approfondies des décisions de juridictions nationales et internationales et des approches adoptées par diverses juridictions internationales<sup>327</sup>. De nombreuses références aux décisions judiciaires et à la doctrine des publicistes ont récemment été faites dans les notes thématiques soumises par les coprésidents des groupes d'étude<sup>328</sup> et dans les rapports de ces organes<sup>329</sup>.

221. La pratique qui consiste, pour les rapporteurs spéciaux, à inclure dans leurs rapports des bibliographies comprenant des décisions judiciaires et des écrits en plusieurs langues provenant des différentes régions du monde existe depuis des décennies. Parmi les exemples récents, on peut citer les bibliographies établies dans le cadre des travaux sur la détermination du droit international coutumier,

<sup>326</sup> Conclusion 35 des conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire ... 2006*, p.191, faisant référence à l'affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, *CIJ Recueil 1992*, à la page 126, par. 42.

<sup>327</sup> Voir par exemple le deuxième rapport du Rapporteur spécial sur les crimes contre l'humanité, *Annuaire ... 2016*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 159 à 181. Voir aussi, par exemple, le premier rapport du Rapporteur spécial sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (note 26 *supra*), *Annuaire ... 2013*, vol. 2 (2<sup>e</sup> partie), p. 17 à 40.

D'autres rapports analysent en profondeur les faits nouveaux concernant les tribunaux internationaux et les écrits des publicistes sur des sujets spécialisés ; voir, par exemple, le premier rapport sur la protection de l'environnement en relation avec les conflits armés présenté par Marja Lehto, Rapporteuse spéciale (A/CN.4/720).

<sup>328</sup> Voir, par exemple, la première note thématique établie par Bogdan Aurescu et Nilüfer Oral, 28 février 2020 (A/CN.4/740), et la seconde note thématique établie par Patrícia Galvão Teles et Juan José Ruda Santolaria, 19 avril 2022 (A/CN.4/52).

<sup>329</sup> Voir le rapport final du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international (note 23 *supra*) ; le rapport final du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) (note 169 *supra*), p. 97 ; le rapport final du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée (note 183 *supra*), p. 97.

l'application provisoire des traités, la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés et l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international<sup>330</sup>.

222. La Commission a régulièrement demandé aux États Membres et, plus récemment, aux organisations internationales et à d'autres acteurs, des informations sur les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes dans le cadre de l'examen de sujets<sup>331</sup>.

223. La Commission a également prié le secrétariat de mener des études et des enquêtes sur les décisions des juridictions internationales, notamment les tribunaux arbitraux, qui pourraient présenter un intérêt pour ses travaux. Par exemple, en 1963, elle a prié le secrétariat de préparer « un résumé des décisions rendues par des tribunaux internationaux en matière de responsabilité des États »<sup>332</sup>. Un rapport initial a été présenté en 1964 et un rapport complémentaire en 1969<sup>333</sup> ; un rapport axé sur les décisions judiciaires rendues en matière de force majeure a également été présenté<sup>334</sup>. Parmi les autres exemples, on peut citer, entre autres, les études menées par le secrétariat à la demande de la Commission sur les clauses de la nation la plus favorisée<sup>335</sup>, le droit international coutumier<sup>336</sup> et les principes généraux du droit<sup>337</sup>.

224. Pour l'examen de certains sujets, la Commission s'est employée en priorité à analyser les décisions des cours et tribunaux internationaux. Dans le contexte des

<sup>330</sup> Voir le cinquième rapport du Rapporteur spécial sur la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/717/Add.1, annexe II). Voir également le cinquième rapport du Rapporteur spécial sur l'application provisoire des traités (A/CN.4/718/Add.1, annexe I) et voir l'annexe du chapitre V du rapport annuel 2021 de la Commission (A/76/10, p. 93), (Bibliographie sélective concernant l'application à titre provisoire des traités). Voir également le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale Marja Lehto sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (A/CN.4/750/Add.1), ainsi que la première note thématique établie par Bogdan Aurescu et Nilüfer Oral, Coprésidents du Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international (A/CN.4/740/Add.1), qui contient une bibliographie sélective relative à l'élévation du niveau de la mer dans le contexte du droit de la mer, et la seconde note thématique établie par Patricia Galvão Teles et Juan José Ruda Santolaria, Coprésidents du Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international, qui contient une bibliographie sélective concernant i) les questions liées à la condition étatique (« Statehood » en anglais) et ii) les questions liées à la protection des personnes touchées par l'élévation du niveau de la mer (A/CN.4/752/Add.1).

<sup>331</sup> Voir, par exemple, la demande que la Commission a formulée à sa soixante-treizième session en lien avec le sujet « L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international », (A/77/10, par. 25, p. 7). (« La Commission accueillerait avec intérêt toutes informations que les États, les organisations internationales et les autres entités pertinentes pourraient lui communiquer sur leur pratique en lien avec l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international, ainsi que tout autre renseignement pertinent à cet égard, et réitère les demandes qu'elle a formulées au chapitre III de ses rapports sur les travaux de ses soixante et onzième (2019) et soixante-douzième (2021) sessions. »)

<sup>332</sup> Résumé des décisions rendues par des tribunaux internationaux en matière de responsabilité des États préparé par le Secrétariat, *Annuaire ... 1964*, vol. II, p. 139 à 180.

<sup>333</sup> Supplément, préparé par le Secrétariat, au « Résumé des décisions rendues par des tribunaux internationaux en matière de responsabilité des États », *Annuaire ... 1969*, vol. II, p. 103 à 116.

<sup>334</sup> « Force majeure » et « cas fortuit » en tant que circonstances excluant l'illicéité : pratique des États, jurisprudence internationale et doctrine, *Annuaire ... 1978*, vol. II, p. 58 à 223.

<sup>335</sup> Sommaire de la jurisprudence des tribunaux nationaux en ce qui concerne la clause de la nation la plus favorisée, document préparé par le Secrétariat, *Annuaire ... 1973*, vol II, p. 116 à 155.

<sup>336</sup> Étude du Secrétariat sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/691), demandée par la Commission à sa soixante-septième session (Documents de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 10, A/70/10), par. 61.

<sup>337</sup> Étude du Secrétariat sur les principes généraux du droit (A/CN.4/742), demandée par la Commission à sa soixante et onzième session (Documents de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10, A/74/10), par. 286.

principes du droit international reconnus par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, par exemple, l'Assemblée générale a chargé la Commission du droit international « de formuler les principes du droit international reconnus dans le Statut de la Cour de Nuremberg et dans l'arrêt de cette cour »<sup>338</sup>.

225. Dans son rapport final, le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international indique que ce rapport traite des relations entre le droit spécial et le droit général, « surtout par rapport à la pratique des juridictions internationales » et qu'il analyse de manière approfondie diverses décisions judiciaires rendues dans des domaines du droit international<sup>339</sup>.

226. Le Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) a jugé utile pour ses travaux une série de documents, dont une étude du secrétariat sur les conventions multilatérales présentant un intérêt pour les travaux relatifs au sujet, « ainsi que l'arrêt rendu le 20 juillet 2012 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* »<sup>340</sup>.

227. Le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée a noté dans son rapport final qu'il s'était « employé à recenser les facteurs qui semblaient avoir pesé sur l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux chargés d'affaires d'investissement et à déterminer si des tendances particulières s'en dégageaient »<sup>341</sup>.

<sup>338</sup> Résolution 177(II) de l'Assemblée générale, 21 novembre 1947. Voir, toutefois, la remarque ci-après de la Commission : « Au cours de cet examen, la question s'est posée de savoir s'il y avait lieu ou non, pour la Commission, de déterminer dans quelle mesure les principes contenus dans le Statut et le jugement constituent des principes de droit international. La Commission a abouti à la conclusion que les principes de Nuremberg ayant été consacrés par l'Assemblée générale, la tâche confiée à la Commission aux termes de l'alinéa a) de la résolution 177 (II) ne consistait pas à porter un jugement sur ces principes en tant que principes du droit international, mais purement et simplement à les formuler. » *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II, p. 374, par. 96 [en anglais seulement]. Pour le texte français, voir Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316) p. 12, par. 96.

<sup>339</sup> Rapport final du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international (note 23 *supra*), p. 12, par. 20 [en anglais seulement] Pour le texte français, voir A/CN.4/L.682, page 17, par. 20.

<sup>340</sup> Rapport final du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) (note 169 *supra*), p. 99, par. 5. Il est également indiqué dans le rapport du Groupe d'étude que : « La Commission estime que l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* [...] peut aider à élucider certains aspects de l'exécution de l'obligation d'extrader ou de poursuivre. » *Ibid.*, p. 103, par. 15.

<sup>341</sup> Rapport final du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée (note 183 *supra*), p. 110, par. 92.