



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉE

A/CN.4/L.702*
28 juillet 2006

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Cinquante-huitième session
Genève, 1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006

**FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL: DIFFICULTÉS
DÉCOULANT DE LA DIVERSIFICATION ET DE L'EXPANSION
DU DROIT INTERNATIONAL**

Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international

A. INTRODUCTION

1. À sa cinquante-quatrième session (2002), la Commission du droit international a créé un groupe d'étude chargé d'examiner le sujet intitulé «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international»¹. À sa cinquante-cinquième session (2003), le Groupe d'étude a adopté un calendrier provisoire des travaux à mener à bien jusqu'à la fin du présent quinquennat (2003-2006) et a chargé cinq de ses membres de faire des exposés sur les sujets suivants:

a) La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des «régimes autonomes» (M. Koskenniemi);

* Nouveau tirage pour raisons techniques.

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10* (A/57/10), par. 492 à 494.

b) L'interprétation des traités à la lumière de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» (art. 31, par. 3 c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale (M. Mansfield);

c) L'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) (M. Melescanu);

d) La modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) (M. Daoudi); et

e) La hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit (M. Galicki).

2. Au cours de ses cinquante-sixième (2004) et cinquante-septième sessions (2005), le Groupe d'étude a reçu un certain nombre d'exposés et d'études sur ces sujets. Il a affirmé son intention d'établir à l'issue de ses travaux un document de synthèse collectif qui comprendrait deux parties. La première consisterait en une «étude analytique relativement longue» du Président, qui résumerait et analyserait la teneur des divers rapports présentés par les membres et les discussions du Groupe d'étude. Cette étude occupe l'essentiel du rapport établi par le Président en 2006 et publié sous la cote A/CN.4/L.682. La deuxième partie consisterait en un ensemble condensé de conclusions, directives ou principes formulés à partir des études et des débats tenus au sein du Groupe². Le Groupe d'étude a estimé, et la Commission l'a approuvé, qu'il devait s'agir «d'une suite d'énoncés succincts, concrets et pragmatiques, qui constitueraient, d'une part, le résumé et les conclusions des travaux du Groupe d'étude et, d'autre part, un jeu de directives pratiques qui aideraient à examiner et à gérer la question de la fragmentation dans la pratique juridique»³.

3. À la cinquante-huitième session de la Commission en cours, le Groupe d'étude a été reconstitué; il a tenu 10 séances les 17 et 26 mai, le 6 juin, les 4, 11, 12, 13 et 17 juillet 2006

² Ibid., *soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, par. 448.

³ Ibid.

et a achevé ses travaux. On trouvera à la section C le texte des conclusions du Groupe d'étude⁴, résultant des débats approfondis qu'a eus le Groupe en 2004 et 2006. Il est le produit collectif des membres du Groupe d'étude.

B. HISTORIQUE

4. Au cours du dernier demi-siècle, le champ d'application du droit international s'est considérablement étendu. Autrefois instrument de régulation de la diplomatie formelle, il traite désormais des aspects les plus divers de l'activité internationale – du commerce à la protection de l'environnement, des droits de l'homme à la coopération scientifique et technique. De nouvelles institutions multilatérales, régionales et universelles ont été créées dans les domaines du commerce, de la culture, de la sécurité, du développement, etc. Il est difficile d'imaginer aujourd'hui un domaine d'activité qui ne serait pas soumis à une forme ou une autre de régulation juridique internationale.

5. Cette expansion a toutefois eu lieu sans coordination, au sein de groupes régionaux ou fonctionnels d'États. L'accent a été mis sur la solution de problèmes précis plutôt que sur la mise en place d'une réglementation générale de type juridique. Cela correspond à ce que les sociologues appellent la «différenciation fonctionnelle», à savoir la spécialisation croissante de certains secteurs de la société et leur autonomisation connexe. C'est un paradoxe bien connu de la mondialisation que si elle a conduit à une uniformisation croissante de la vie sociale dans le monde, elle s'est aussi traduite par sa fragmentation croissante – c'est-à-dire par l'émergence de domaines d'action sociale et de structures spécialisés et relativement autonomes.

6. La fragmentation de la société internationale revêt une importance juridique dans la mesure où elle s'est accompagnée de l'apparition de règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonomes. Ce qui était précédemment régi par le «droit international général» relève désormais de régimes spécialisés comme le «droit commercial», le «droit des droits de l'homme», le «droit de l'environnement», le «droit de la mer», le «droit européen», voire hautement spécialisés

⁴ Les membres suivants ont participé aux travaux du Groupe d'étude à la session de 2006: M. M. Koskenniemi (Président), M. A. Al-Marri, M. C. Chee, M. P. Commissario Afonso, M. R. Daoudi, M. C. P. Economides, M^{me} P. Escarameia, M. G. Gaja, M. Z. Galicki, M. R. A. Kolodkin, M. W. Mansfield, M. M. Matheson, M. P. S. Rao et M^{me} H. Xue.

comme le «droit des investissements» ou le «droit international des réfugiés», etc., dont chacun possède ses propres principes et institutions.

7. Alors que l'on ne peut mettre en doute la réalité et l'ampleur de la fragmentation, les appréciations du phénomène ont varié. Certains commentateurs ont adopté une position très critique par rapport à ce qu'ils considèrent comme l'érosion du droit international général, l'apparition de jurisprudences divergentes, la recherche de la juridiction la plus favorable et la perte de sécurité juridique. D'autres y ont vu surtout un problème technique qui est apparu naturellement avec l'accroissement de l'activité juridique internationale et qui peut être maîtrisé par des mesures techniques de rationalisation et de coordination⁵. C'est pour évaluer l'ampleur du problème de la fragmentation et, éventuellement, proposer des moyens de le traiter, que la Commission a institué en 2002 le Groupe d'étude chargé de se pencher sur cette question.

8. D'emblée, la Commission a reconnu que la fragmentation soulevait deux problèmes, au plan institutionnel et au fond. Au plan institutionnel, la difficulté tient à la juridiction et à la compétence des différentes institutions qui appliquent des règles de droit international et

⁵ Aujourd'hui, «la fragmentation» est un sujet fréquemment traité dans le cadre d'ouvrages universitaires et de conférences. Parmi les différents ouvrages consacrés à la diversification des sources de la réglementation internationale, les études citées ci-après sont particulièrement utiles: Éric Loquin et Catherine Kessedjian (dir. publ.), *La mondialisation du droit* (Paris: Litec, 2000); et Paul Schiff Berman, *The Globalization of International Law* (Aldershot: Ashgate, 2005). José Alvarez dans *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005) se penche sur l'activité des organisations traditionnelles. Rüdiger Wolfrum et Volker Röben (dir. publ.) dans *Developments of International Law in Treaty-making* (Berlin: Springer, 2005), p. 417 à 586, et Ronnie Lipschutz et Cathleen Vogel, dans «Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation», R. R. Hall et T. J. Bierstaker, dans *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 115 à 140, offrent différentes perspectives contemporaines d'activité normative autre que l'élaboration de traités. Voir également «Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle», *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), p. 679 à 993; Andreas Zimmermann et Reiner Hoffmann, assistés de Hanna Goeters, *Unity and Diversity of International Law* (Berlin: Dunker et Humblot, 2006); Karel Wellens et Rosario Huesa Vinaixa (dir. publ.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Bruxelles: Bruylant, 2006, à paraître). Pierre-Marie Dupuy prend fait et cause pour l'unité dans «L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public», *Recueil des Cours...*, vol. 297 (2002). Pour davantage de références, voir Martti Koskenniemi et Päivi Leino, «Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), p. 553 à 579.

à leurs relations hiérarchiques. La Commission a décidé de laisser cette question de côté. Mieux vaut laisser aux institutions elles-mêmes le soin de traiter des compétences institutionnelles. La Commission a voulu par contre insister sur la question de fond – le fractionnement du droit en secteurs hautement spécialisés qui revendiquent une autonomie relative les uns par rapport aux autres et par rapport au droit général. Quels sont les effets quant au fond de la spécialisation? Comment concevoir les rapports entre ces secteurs? Plus concrètement, si les règles de deux régimes au plus entrent en conflit, que peut-on faire pour régler ces conflits?

9. Comme la majorité des commentateurs, la Commission a compris que le sujet avait des aspects à la fois positifs et négatifs, comme l'atteste la reformulation de l'intitulé du sujet en «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international». D'un côté, la fragmentation crée effectivement un risque de conflit et d'incompatibilité entre des règles, principes, régimes et pratiques institutionnelles. De l'autre, elle reflète l'expansion de l'activité juridique internationale dans des domaines nouveaux et la diversification concomitante de ses objets et techniques. La fragmentation et la diversification correspondent au développement et à l'expansion du droit international en réponse aux exigences d'un monde pluraliste. Dans le même temps, elles peuvent occasionnellement créer entre des règles et des régimes des conflits qui risquent d'en saper l'application effective. Bien que la fragmentation puisse créer des problèmes, ceux-ci ne sont ni complètement nouveaux, ni de telle nature qu'on ne puisse les régler par les techniques auxquelles les juristes internationaux ont recouru naguère pour traiter les conflits normatifs.

10. La raison pour laquelle la Commission s'intéresse à la fragmentation est que l'apparition de nouveaux types particuliers de règles, dits «régimes autonomes», et de systèmes conventionnels au champ d'application géographique ou fonctionnel limité, pose des problèmes de cohérence en droit international. Les nouveaux types de droit spécialisé n'apparaissent pas fortuitement mais visent à répondre à de nouveaux besoins techniques et fonctionnels. L'apparition du «droit de l'environnement», par exemple, répond au souci croissant que suscite l'état de l'environnement international. Le «droit commercial» devient un instrument pour profiter des possibilités créées par un avantage relatif dans les relations économiques internationales. Le «droit des droits de l'homme» vise à protéger les intérêts des personnes physiques et le «droit pénal international» traduit en termes juridiques la «lutte contre l'impunité». Chaque régime comporte ses propres principes, son propre savoir-faire et sa propre

«éthique», laquelle n'est pas forcément identique à celle des spécialisations voisines. Le «droit commercial» et le «droit de l'environnement», par exemple, ont des objectifs très spécifiques et reposent sur des principes qui peuvent souvent tendre vers des directions différentes. Pour être efficace, le nouveau droit comporte souvent de nouveaux types de clauses conventionnelles ou de pratiques qui peuvent ne pas être compatibles avec l'ancien droit général ou le droit de telle ou telle autre branche spécialisée. Très souvent, de nouvelles règles ou de nouveaux régimes sont précisément développés pour s'écarter des règles prévues précédemment par le droit général. Lorsque les écarts se généralisent et se multiplient, l'unité du droit en souffre.

11. Il importe de noter que de telles déviations ne résultent pas de «méprises» juridiques ou techniques. Elles reflètent la diversité de visées et de préférences des acteurs d'une société pluraliste (mondiale). Un droit qui ne parviendrait pas à exprimer clairement les différences existant entre les intérêts ou les valeurs propres à des situations ou domaines de problèmes particuliers apparaîtrait tout à fait inacceptable. Mais si la fragmentation est un phénomène «naturel» (de fait, le droit international a toujours été relativement «fragmenté» en raison de la diversité des systèmes juridiques nationaux qui y participent), il y a toujours eu de même des processus compensateurs, tout aussi naturels, tendant dans la direction opposée. Ainsi, par exemple, le droit international général a continué de se développer grâce à l'application de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, du droit coutumier et des «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées». Le fait qu'un certain nombre de traités reflètent des règles du droit international général et que réciproquement certaines dispositions de traités sont incorporées dans le corpus du droit international général témoigne de la vitalité et de la synergie du système ainsi que de l'attraction vers la cohérence que l'on constate dans le droit lui-même.

12. Les travaux de la Commission sur la fragmentation trouvent leur justification dans le fait que, bien que la fragmentation soit inévitable, il est souhaitable de disposer d'un cadre permettant de l'évaluer et de la gérer d'une manière juridique professionnelle. Ce cadre est fourni par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Un aspect qui unit pratiquement tous les nouveaux régimes (et certainement la totalité des régimes les plus importants) tient à ce qu'ils tirent leur force obligatoire, et que les acteurs pertinents ont conscience qu'ils relèvent, du droit des traités si bien que la Convention de Vienne fournit déjà un cadre unificateur de cette évolution. En sa qualité d'organe auteur en son temps de la Convention de Vienne,

la Commission est en bonne place pour analyser la fragmentation du droit international dans cette perspective.

13. Pour ce faire, le Groupe d'étude de la Commission a jugé utile de tenir compte de la multitude de techniques existant en droit traditionnel pour traiter des tensions ou des conflits entre règles et principes de droit. Ces techniques ont pour point commun de chercher à créer des relations logiques entre ces règles et principes de façon à savoir comment les utiliser dans un différend ou un conflit donné. Les conclusions qui suivent énoncent certains des principes dont il convient de tenir compte lorsque l'on traite des conflits existants ou potentiels entre règles et principes juridiques.

C. CONCLUSIONS DES TRAVAUX DU GROUPE D'ÉTUDE

14. Les conclusions auxquelles le Groupe d'étude est parvenu dans ses travaux sont les suivantes:

1. Généralités

1) *Le droit international en tant que système juridique.* Le droit international est un système juridique. Ses règles et principes (c'est-à-dire ses normes) opèrent en relation avec d'autres règles et principes et devraient être interprétés dans le contexte de ces derniers. En tant que système juridique, le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de telles normes. Il existe des relations significatives entre ces normes. Celles-ci peuvent donc occuper un niveau hiérarchique plus ou moins élevé, leur formulation peut être plus ou moins générale ou spécifique et leur validité peut être récente ou de longue date.

2) Dans l'application du droit international, il est souvent nécessaire de déterminer la relation exacte entre deux règles et principes – ou plus – qui sont à la fois valables et applicables relativement à une situation⁶. À cette fin, les relations pertinentes se divisent en deux catégories générales:

⁶ Le fait que deux normes soient *valables* relativement à une situation signifie qu'elles couvrent chacune les faits constituant cette situation. Le fait que deux normes soient *applicables* dans une situation signifie qu'elles ont force obligatoire pour les sujets de droit qui se trouvent dans la situation considérée.

- *Les relations d'interprétation.* Tel est le cas lorsqu'une norme aide à l'interprétation d'une autre. Une norme peut aider à l'interprétation d'une autre norme si elle sert par exemple à appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier cette dernière. Dans une telle situation, les deux normes sont appliquées conjointement.
- *Les relations de conflit.* Tel est le cas lorsque deux normes à la fois valables et applicables mènent à des décisions incompatibles, si bien qu'il faut opérer un choix entre ces normes. Les règles fondamentales concernant la résolution des conflits normatifs figurent dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

3) *La Convention de Vienne sur le droit des traités.* Lorsque l'on cherche à déterminer les relations mutuelles entre deux normes ou plus, il convient d'interpréter ces normes conformément à, ou par analogie avec, la Convention de Vienne sur le droit des traités, en particulier les dispositions de ses articles 31 à 33 relatives à l'interprétation des traités.

4) *Le principe de l'harmonisation.* On s'accorde généralement à considérer que, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles.

2. La maxime *lex specialis derogat legi generali*

5) *Principe général.* La maxime *lex specialis derogat legi generali* est une méthode généralement admise d'interprétation et de résolution des conflits en droit international. Elle signifie que, chaque fois que deux normes ou plus traitent de la même matière, priorité devrait être donnée à la norme la plus spécifique. Ce principe peut s'appliquer dans plusieurs contextes: entre des dispositions figurant dans un seul traité; entre des dispositions figurant dans deux traités ou plus; entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle, de même qu'entre deux normes non conventionnelles⁷.

⁷ Pour ce qui concerne l'application du principe à des dispositions figurant dans un seul traité, voir *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)*, *ILR*, vol. 52 (1979), p. 97, 141 et 142, par. 36, 38 et 39; affaire C-96/00, *Rudolf Gabriel*, arrêt du 11 juillet 2002, CJE (2002) I-06367,

La source de la norme (qu'elle soit conventionnelle, coutumière ou qu'il s'agisse d'un principe général du droit) n'a pas d'importance décisive dans la détermination de la norme la plus spécifique. Dans la pratique, toutefois, les traités font souvent fonction de *lex specialis* par rapport au droit coutumier et aux principes généraux⁸.

6) *Appréciation en fonction du contexte.* La relation entre la maxime de la *lex specialis* et les autres normes d'interprétation ou de résolution des conflits ne peut être déterminée de manière générale. On ne peut décider qu'en fonction du contexte si le critère de spécialité doit prendre le pas sur celui de temporalité ou inversement.

7) *Raison d'être du principe.* Le fait que le droit spécial prime le droit général a pour justification que le premier, plus concret, tient souvent mieux compte que tout droit général applicable des particularités du contexte dans lequel il doit être appliqué. Il arrive fréquemment aussi que son application puisse aboutir à un résultat plus équitable et mieux traduire l'intention des sujets de droit.

p. 6398 et 6399, par. 35 et 36, et p. 6404, par. 59; *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1993, *CEDH*, série A (1993), n° 258, par. 76; *De Jong, Baljet et van den Brink c. Pays-Bas*, arrêt du 22 mai 1984, *CEDH*, série A (1984), n° 77, par. 60; *Murray c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 octobre 1994, *CEDH*, série A (1994), n° 300, par. 98; et *Nikolova c. Bulgarie*, arrêt du 25 mars 1999, *CEDH*, 1999-II, par. 69. Pour ce qui concerne l'application du principe entre des dispositions figurant dans plusieurs instruments, voir affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), *C.P.J.I.*, série A, n° 2 (1924), p. 31. Pour ce qui concerne son application entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle, *INA Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Tribunal des différends irano-américains, Iran-U.S.C.T.R., vol. 8, 1985-I, p. 378. Pour ce qui concerne l'application du principe entre une pratique particulière et une coutume générale, voir affaire du *Droit de passage sur territoire indien* (*Portugal c. Inde*) (fond), arrêt, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 44. La Cour a dit: «Par conséquent, se trouvant en présence d'une pratique clairement établie entre deux États et acceptée par les Parties comme régissant leurs rapports, la Cour doit attribuer un effet décisif à cette pratique en vue de déterminer leurs droits et obligations spécifiques. Une telle pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles.»

⁸ Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*) (fond), *C.I.J. Recueil 1986*, p. 137, par. 274, la Cour a dit: «D'une manière générale, les règles conventionnelles ayant le caractère de *lex specialis*, il ne conviendrait pas qu'un État présente une demande fondée sur une règle de droit international coutumier si, par traité, il a déjà prévu des moyens de régler une telle demande.»

8) *Fonctions de la lex specialis*. La majeure partie du droit international revêt un caractère supplétif, ce qui signifie que le droit spécial peut être utilisé pour appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier le droit général, de même que pour l'écarter.

9) *L'effet de la lex specialis sur le droit général*. L'application du droit spécial n'emporte pas normalement extinction du droit général pertinent⁹. Ce droit demeurera valable et applicable; il continuera, conformément au principe de l'harmonisation visé à la conclusion 4 *supra*, à orienter l'interprétation et l'application du droit spécial pertinent et deviendra pleinement applicable dans des situations non prévues par ce dernier¹⁰.

10) *Types particuliers de droit général*. Le droit spécial ne peut cependant déroger à certains types de droit général¹¹. Le *jus cogens* est expressément non susceptible de dérogation ainsi que cela est énoncé dans les conclusions 32, 33, 40 et 41 *infra*¹².

En outre, d'autres considérations peuvent amener à conclure que le droit général

⁹ Ainsi, dans l'affaire du Nicaragua, *ibid.*, p 95, par. 179, la Cour a noté: «Il est donc clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique.»

¹⁰ Dans *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 240, par. 25, la Cour a décrit le lien entre le droit des droits de l'homme et le droit applicable dans les conflits armés de la manière suivante: «... la protection offerte par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du Pacte... C'est toutefois ... à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du Pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du Pacte.»

¹¹ Il n'existe pas de définition acceptée du «droit international général». Aux fins des présentes conclusions, cependant, il suffit de définir le terme «général» par rapport à sa contrepartie logique, le terme «spécial». Dans la pratique, les juristes sont généralement en mesure de faire cette distinction en se référant au contexte dans lequel elle apparaît.

¹² Dans l'affaire *Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Irlande c. Royaume-Uni)* (Sentence finale du 2 juillet 2003), *ILR*, vol. 126 (2005), p. 364, par. 84, le tribunal arbitral a observé que: «même en ce cas, [le tribunal] doit suivre les règles pertinentes de *jus cogens* avec lesquelles la *lex specialis* des parties peut être incompatible».

l'emporterait, auquel cas la présomption de la *lex specialis* ne pourrait pas s'appliquer, notamment le point de savoir:

- Si l'on peut déduire la primauté du droit général de la forme ou de la nature de celui-ci ou de l'intention des parties, selon le cas;
- Si l'application du droit spécial risquerait de vider de sa substance le *but* du droit général;
- Si des tiers bénéficiaires risqueraient de pâtir du droit spécial; et
- Si le droit spécial risquerait de porter atteinte à l'équilibre des droits et obligations établi dans le droit général.

3. Régimes spéciaux (autonomes)

11) *Les régimes spéciaux («autonomes») en tant que lex specialis.* Un groupe de règles et de principes intéressant une matière particulière peut former un régime spécial («régime autonome») et être applicable en tant que *lex specialis*. Ces régimes spéciaux sont souvent dotés d'institutions qui leur sont propres pour administrer les règles pertinentes.

12) On peut distinguer trois types de régimes spéciaux:

- Parfois, la violation d'un groupe particulier de règles (primaires) entraîne la mise en œuvre d'un ensemble particulier de règles (secondaires) concernant la violation et les réactions à cette violation. Tel est le cas principal visé à l'article 55 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État¹³.

¹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), par. 76.* Dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, C.I.J. Recueil 1980, p. 40, par. 86, la Cour a dit: «Bref, les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus.»

- Parfois, cependant, un régime spécial est formé d'un ensemble de règles spéciales, y compris de droits et d'obligations, relatives à une matière particulière. Ces règles peuvent intéresser une région géographique (comme par exemple un traité relatif à la protection d'une certaine rivière) ou une question de fond (par exemple un traité réglementant les utilisations d'une arme particulière). Un tel régime spécial peut découler d'un traité unique, de plusieurs traités, ou d'un ou de plusieurs traités suivis d'une évolution non conventionnelle (pratique ultérieure ou droit coutumier)¹⁴.
- Enfin, il peut arriver que toutes les règles et tous les principes qui régissent une certaine matière soient rassemblés pour former un «régime spécial». Des expressions telles que «droit de la mer», «droit humanitaire», «droit des droits de l'homme», «droit de l'environnement» et «droit commercial», etc., désignent certains de ces régimes. Aux fins d'interprétation, de tels régimes peuvent souvent être considérés comme un tout.

13) *Effet du «caractère spécial» d'un régime.* L'importance d'un régime spécial réside souvent dans la façon dont ses normes expriment un objet et un but uniques. Ainsi, leur interprétation et leur application devraient, dans la mesure du possible, traduire cet objet et ce but.

14) *La relation entre les régimes spéciaux et le droit international général.* Un régime spécial peut déroger au droit général dans les mêmes conditions que la *lex specialis* de manière générale (voir les conclusions 8 et 10 *supra*).

15) *Le rôle du droit général dans les régimes spéciaux: combler les lacunes.* Le champ d'application du droit spécial est par définition plus étroit que celui du droit général.

¹⁴ Voir affaire du *Vapeur Wimbledon*, C.P.J.I., série A, n° 1 (1923), p. 23 et 24, où la Cour a observé: «[les règles concernant le Canal de Kiel dans le Traité de Versailles de 1919] diffèrent sur plus d'un point de celles auxquelles d'autres voies navigables intérieures de l'Empire [germanique] sont assujetties ... l'accès du Canal de Kiel est ouvert aux navires de guerre et au transit de toutes les nations qui sont en paix avec l'Empire, tandis que le libre accès des autres voies navigables de l'Allemagne ... est réservé aux seules puissances alliées et associées ... les stipulations du Traité de Versailles relatives au Canal de Kiel se suffisent donc à elles-mêmes».

Il arrivera donc souvent qu'une question non régie par un droit spécial se pose au sein des institutions chargées de l'administrer. Dans de tels cas, le droit général pertinent sera applicable¹⁵.

16) *Le rôle du droit général dans les régimes spéciaux: l'échec des régimes spéciaux.*

Les régimes spéciaux ou les institutions qu'ils créent peuvent échouer. On pourrait conclure à un échec lorsque l'on ne peut raisonnablement compter que le droit spécial remplira convenablement les objectifs pour lesquels il a été adopté. Cet échec pourrait se manifester, entre autres, par la non-réalisation par les institutions du régime des buts qui leur ont été fixés, le non-respect persistant par une ou plusieurs parties, la désuétude, le retrait de parties dont le rôle est déterminant pour le régime. Mais c'est avant tout par une interprétation de ses instruments constitutifs que l'on doit déterminer si un régime a «échoué» en ce sens. En cas d'échec, le droit général pertinent devient applicable.

¹⁵ Ainsi, dans l'affaire *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, décision du 12 décembre 2001 (recevabilité), *CEDH*, 2001-XII, p. 351, par. 57, la Cour européenne des droits de l'homme a analysé les relations entre la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le droit international général en ces termes: «la Cour rappelle que les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter ni s'appliquer dans le vide. Elle doit aussi prendre en considération toute règle de droit international éventuellement pertinente lorsqu'elle examine les questions liées à sa propre compétence et, donc, déterminer la responsabilité de l'État selon les principes de droit international en vigueur, même si elle doit garder à l'esprit que la Convention présente ce caractère particulier d'être un traité relatif aux droits de l'homme. La Convention devrait être interprétée dans toute la mesure possible en harmonie avec les autres principes du droit international, droit dont elle fait partie.»

De même, dans *Corée – Mesures affectant les marchés publics* (19 janvier 2000), WT/DS163/R, par. 7.96, l'Organe d'appel de l'OMC a constaté la relation existant entre les Accords visés de l'OMC et le droit international général comme suit: «Nous notons que l'article 3.2 du Mémoire d'accord exige que nous cherchions, dans le contexte d'un différend particulier, à clarifier les dispositions existantes des Accords de l'OMC, conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Cependant, le lien entre les Accords de l'OMC et le droit international coutumier est plus large que cela. Le droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application. En d'autres termes, dans la mesure où il n'y a pas de conflit, ni d'incompatibilité, ni d'expression dans un accord visé de l'OMC donnant à entendre qu'il en va autrement, nous estimons que les règles coutumières du droit international s'appliquent aux traités de l'OMC et au processus d'élaboration des traités à l'OMC.»

4. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

17) *L'intégration systémique.* Le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités offre dans le cadre de cette Convention un moyen d'appliquer les relations d'interprétation (visées à la conclusion 2 *supra*). L'interprète d'un traité doit tenir compte de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». Cet article exprime l'objectif d'«intégration systémique» selon lequel, quelle que soit leur matière, les traités sont une création du système juridique international et leur application est fondée sur ce fait.

18) *L'interprétation en tant qu'intégration dans le système.* L'intégration systémique régit toute l'interprétation des traités, dont les autres aspects pertinents sont énoncés dans les autres paragraphes des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ces paragraphes décrivent un processus de raisonnement juridique dans lequel des éléments particuliers auront plus ou moins de pertinence selon la nature des dispositions conventionnelles dans le contexte de l'interprétation. Dans de nombreux cas, la question de l'interprétation pourra être résolue dans le cadre du traité lui-même. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 traite du cas dans lequel des sources matérielles extérieures au traité sont pertinentes pour son interprétation. Ces sources peuvent être notamment d'autres traités, des règles coutumières ou des principes généraux de droit¹⁶.

¹⁶ Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)* (fond), *C.I.J. Recueil 2003*, par. 41, la Cour a parlé des relations entre un traité bilatéral et le droit international général en se référant au paragraphe 3 c) de l'article 31, comme suit: «En outre, conformément aux règles générales d'interprétation des traités telles qu'elles ont trouvé leur expression dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation doit tenir compte “de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties” (par. 3 c) de l'article 31). La Cour ne saurait admettre que l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article XX du Traité de 1955 ait été conçu comme devant s'appliquer de manière totalement indépendante des règles pertinentes du droit international... L'application des règles pertinentes du droit international relatif à cette question fait donc partie intégrante de la tâche d'interprétation confiée à la Cour par ... le Traité de 1955.»

19) *L'application de l'intégration systémique.* Si un traité fonctionne dans le contexte d'autres accords, l'objectif de l'intégration systémique s'appliquera en tant que présomption, avec des aspects à la fois positifs et négatifs:

a) Les parties 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 exprès¹⁷;

b) Lorsqu'elles contractent des obligations conventionnelles, les parties n'entendent pas agir de manière non conforme aux principes généralement reconnus du droit international¹⁸.

Bien entendu, si tout autre résultat se dégage de l'application des méthodes ordinaires d'interprétation des traités, il convient de lui donner effet, à moins que les principes pertinents ne fassent partie du *jus cogens*.

20) *L'application du droit coutumier et des principes généraux de droit.* Le droit international coutumier et les principes généraux de droit revêtent une importance particulière pour l'interprétation d'un traité en vertu du paragraphe 3 c) de l'article 31, surtout lorsque:

a) La règle conventionnelle est obscure ou ambiguë;

b) Les termes utilisés dans le traité ont un sens reconnu en droit international coutumier ou selon les principes généraux de droit;

¹⁷ Affaire *Georges Pinson* (France/États-Unis du Mexique), sentence rendue le 13 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 422. Il a été noté que les parties sont réputées se référer aux principes généraux du droit international pour ce qui concerne les questions que le traité ne résout pas lui-même en termes exprès ou autrement.

¹⁸ Dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)* (Exceptions préliminaires), *C.I.J. Recueil 1957*, p. 142, la Cour a déclaré: «C'est une règle d'interprétation qu'un texte émanant d'un Gouvernement doit, en principe, être interprété comme produisant et étant destiné à produire des effets conformes et non pas contraires au droit existant.»

c) Le traité est muet sur le droit applicable et l'interprète doit, appliquant la présomption de la conclusion 19 a) *supra*, rechercher des règles développées dans une autre partie du droit international pour trancher la question.

21) *L'application d'autres règles conventionnelles.* Le paragraphe 3 c) de l'article 31 fait aussi obligation à l'interprète d'examiner d'autres règles fondées sur des traités pour parvenir à un sens cohérent. Ces autres règles sont d'une importance particulière lorsque les parties au traité faisant l'objet de l'interprétation sont aussi parties à l'autre traité, lorsque la règle conventionnelle est passée dans le droit international coutumier ou exprime le droit international coutumier, ou lorsque ces règles établissent l'interprétation commune que font les parties de l'objet et du but du traité à interpréter ou du sens d'un terme particulier.

22) *L'intertemporalité.* Le droit international est un système juridique dynamique. Un traité peut indiquer si, en appliquant le paragraphe 3 c) de l'article 31, l'interprète ne devrait se référer qu'aux règles de droit international en vigueur au moment de la conclusion du traité ou s'il peut aussi tenir compte des modifications ultérieures du droit. En outre, le sens d'une disposition conventionnelle peut aussi être affecté par des évolutions ultérieures, notamment si celles-ci se produisent dans le droit coutumier et les principes généraux de droit¹⁹.

23) *Notions ouvertes ou évolutives.* Les règles de droit international postérieures au traité faisant l'objet de l'interprétation peuvent être prises en considération surtout lorsque les notions utilisées dans le traité sont ouvertes ou évolutives. C'est le cas, en particulier, lorsque: a) la notion est de celles qui obligent à tenir compte des évolutions techniques,

¹⁹ La règle traditionnelle a été fixée par l'arbitre Max Huber dans l'*Affaire de l'île de Palmas (États-Unis d'Amérique/Pays-Bas)*, sentence rendue le 4 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 845 dans le contexte de réclamations territoriales: «... un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque de ce fait, et non du droit en vigueur au moment où surgit ou doit être réglé un différend relatif à ce fait... Le même principe qui soumet un acte créateur de droit au droit en vigueur au moment où naît le droit exige que l'existence de ce droit, en d'autres termes sa manifestation continue, suive les conditions requises par l'évolution du droit».

économiques ou juridiques ultérieures²⁰; b) la notion énonce une obligation de poursuite du développement progressif incombant aux parties; ou c) la notion est de caractère très général ou exprimée en des termes tellement généraux qu'elle doit tenir compte d'un changement de circonstances²¹.

²⁰ Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 67 et 68, par. 112, la Cour a fait observer ce qui suit: «En insérant dans le traité ces dispositions évolutives, les parties ont reconnu la nécessité d'adapter éventuellement le projet. En conséquence, le traité n'est pas un instrument figé et est susceptible de s'adapter à de nouvelles normes du droit international. Au moyen des articles 15 et 19, de nouvelles normes en matière d'environnement peuvent être incorporées dans le plan contractuel conjoint.»

Dans l'*Arbitrage concernant la ligne de chemin de fer Rhin d'acier (ĪJZEREN RIJN) (Belgique c. Pays-Bas)*, sentence rendue le 24 mai 2005, il n'était pas question d'une notion ou d'un terme générique mais d'un progrès technique quant au fonctionnement et à la capacité d'une ligne de chemin de fer. On a eu recours à une interprétation évolutive pour garantir l'application effective de l'objet et du but du traité. Le tribunal arbitral a constaté aux paragraphes 82 et 83: «L'objet et le but du Traité de séparation de 1839 étaient de résoudre les nombreux et difficiles problèmes qui compromettaient une séparation stable de la Belgique et des Pays-Bas: ceux de l'article XII étaient d'établir une liaison de transport entre la Belgique et l'Allemagne, le long d'un itinéraire fixé par le Traité de délimitation de 1842. L'objet du traité n'était pas fixé pour une durée limitée et son but était d'établir des "communications commerciales". Il s'ensuit nécessairement, même en l'absence de libellé spécifique, que les travaux allant au-delà de la réparation d'anciennes installations qui peuvent s'avérer nécessaires ou souhaitables de temps à autre pour assurer la viabilité commerciale contemporaine resteraient un élément concomitant du droit de transit que la Belgique pourrait demander. Cela étant, la totalité de l'article XII, avec son soigneux équilibre des droits et obligations des Parties, demeure en principe applicable à l'adaptation et à la modernisation demandées par la Belgique» (texte de la sentence (en anglais) consultable à l'adresse <http://www.pca-cpa.org> (dernière visite le 14 juillet 2006)).

²¹ Voir *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 31, par. 53. La Cour a dit que la notion de «mission sacrée de civilisation» était par définition évolutive. «On doit donc admettre que les parties au Pacte [l']ont accepté[e] comme tel[le]. C'est pourquoi, quand elle envisage les institutions de 1919, la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu.»

Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 67, par. 112, la Cour a noté ce qui suit: «[L]a Cour tient à relever que de nouvelles normes du droit de l'environnement, récemment apparues, sont pertinentes pour

5. Conflits entre normes successives

24) *Lex posterior derogat legi priori*. Selon l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, lorsque toutes les parties à un traité sont également parties à un traité antérieur sur le même sujet, et que ce dernier n'a pas pris fin ou que son application n'a pas été suspendue, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. Il s'agit là d'une expression du principe selon lequel «le droit postérieur prime le droit antérieur».

25) *Limites du principe de la «lex posterior»*. Le principe de la *lex posterior* est toutefois d'application limitée. Il ne peut par exemple s'appliquer automatiquement au cas dans lequel les parties au traité postérieur ne sont pas les mêmes que les parties au traité antérieur. En pareil cas, comme le prévoit le paragraphe 4 de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'État qui est partie à deux traités incompatibles a des obligations à l'égard des parties aux deux traités séparément. S'il ne peut remplir les obligations qui lui incombent en vertu des deux traités, il risque d'être responsable de la violation de l'un d'eux, sauf si les parties concernées en décident autrement. Dans ce cas, l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités peut lui aussi devenir applicable. Il est impossible de répondre par une règle générale à la question de savoir lequel des traités incompatibles devrait être appliqué et laquelle des violations de l'un ou l'autre traité devrait entraîner la responsabilité de l'État²². Les conclusions 26 et 27 ci-après exposent les considérations qui pourraient alors être prises en compte.

l'exécution du traité et que les parties pouvaient, d'un commun accord, en tenir compte en appliquant les articles ... du traité. Ces articles ne contiennent pas d'obligations spécifiques de faire, mais ils imposent aux parties, en s'acquittant de leurs obligations de veiller à ce que la qualité des eaux du Danube ne soit pas compromise et à ce que la protection de la nature soit assurée, de tenir compte des nouvelles normes en matière d'environnement lorsque ces parties conviennent des moyens à préciser dans le plan contractuel conjoint».

²² La jurisprudence sur les conflits entre normes successives n'est pas abondante. Toutefois un cas de conflit entre traités s'est présenté dans l'affaire *Slivenko et autres c. Lettonie* (décision sur la recevabilité du 23 janvier 2002), *CEDH*, 2002-II, p. 14, par. 60 et 61, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'un traité bilatéral antérieur entre la Lettonie et la Russie ne pouvait pas être invoqué pour limiter l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: «Il découle du texte de l'article 57 1) de la Convention [européenne des droits de l'homme], combiné avec l'article 1,

26) *La distinction entre les dispositions conventionnelles qui relèvent du même «régime» et les dispositions qui relèvent de «régimes» différents.* Le principe de la *lex posterior* est le plus solide lorsqu'il concerne des dispositions contradictoires ou faisant double emploi de traités institutionnellement liés ou dont l'objet est de promouvoir des objectifs similaires (c'est-à-dire relevant du même régime). En cas de conflit ou de chevauchement entre des traités relevant de différents régimes, la question de savoir lequel est postérieur n'implique pas nécessairement une présomption de priorité de l'un sur l'autre. Les États liés par les obligations conventionnelles devraient plutôt essayer de les exécuter autant que possible dans une optique d'accommodation mutuelle et conformément au principe de l'harmonisation. Il ne saurait cependant être question de porter atteinte aux droits substantiels des parties au traité ou des tiers bénéficiaires.

27) *Types particuliers de traités ou de dispositions conventionnelles.* La présomption de la *lex posterior* ne peut pas s'appliquer lorsque les parties ont eu l'intention de l'exclure, ce qui peut être déduit de la nature des dispositions ou des instruments pertinents, ou de leur objet et de leur but. Les limitations applicables dans le cas de la présomption de la *lex specialis* énoncées dans la conclusion 10 peuvent aussi s'appliquer dans le cas de la *lex posterior*.

28) *Le règlement des différends à l'intérieur d'un régime ou d'un régime à l'autre.* Les conflits entre États concernant des dispositions conventionnelles contradictoires devraient normalement être réglés par la négociation entre les parties aux traités pertinents. Toutefois, lorsque aucune solution négociée n'est possible, il faudrait avoir recours, le cas échéant, à d'autres mécanismes de règlement des différends. Lorsque le conflit concerne des dispositions relevant d'un seul régime (tel que défini dans la conclusion 26 ci-dessus), il peut être approprié de le régler dans le cadre du mécanisme propre à ce régime. Cependant, lorsque le conflit concerne des dispositions de traités qui ne relèvent pas du même régime, il faudrait prêter une attention particulière à l'indépendance des moyens de règlement choisis.

que la ratification de la Convention par un État donné suppose que toute loi alors en vigueur sur son territoire soit conciliable avec la Convention... La Cour estime que les mêmes principes doivent s'appliquer à l'égard de toute disposition d'un traité qu'un État contractant a conclu avant de ratifier la Convention et qui risque de ne pas cadrer avec certaines de ses dispositions.».

29) *Accords inter se*. Le cas des accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (accords *inter se*) est couvert par l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. De tels accords sont une méthode souvent utilisée pour rendre plus efficace l'application du traité originel entre un nombre limité de parties à celui-ci qui sont désireuses de prendre des mesures plus concrètes ou plus ambitieuses pour réaliser l'objet et le but du traité. Des accords *inter se* peuvent être conclus si cela est prévu ou n'est pas expressément interdit par le traité originel et si l'accord «i) ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations, et ii) ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble» (art. 41 1) b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

30) *Clauses de conflit*. Lorsque des États adhèrent à des traités susceptibles d'être en conflit avec d'autres traités, ils devraient viser à régler les relations entre ces traités en adoptant des clauses de conflit appropriées. Au moment d'adopter de telles clauses, il convient d'avoir à l'esprit:

- a) Qu'elles ne sauraient porter atteinte aux droits de tiers;
- b) Qu'elles devraient être aussi claires et précises que possible. En particulier, elles devraient viser des dispositions spécifiques du traité et ne pas en compromettre l'objet et le but;
- c) Qu'elles devraient, selon le cas, être liées à des moyens de règlement des différends.

6. La hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies

31) *Les rapports hiérarchiques entre les normes de droit international*. Les principales sources du droit international (traités, coutume, principes généraux de droit tels qu'ils sont énoncés à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice) ne sont pas *inter se*

soumises à des relations hiérarchiques²³. Il n'est pas d'une manière générale approprié de raisonner par analogie avec le caractère hiérarchique du système juridique interne en raison des différences entre les deux systèmes. Cela étant, certaines règles de droit international sont plus importantes que d'autres, ce qui leur confère une position supérieure ou un statut spécial dans le système juridique international. C'est ce que l'on exprime parfois en désignant certaines normes comme «fondamentales» ou comme l'expression de «considérations élémentaires d'humanité»²⁴ ou de «principes intransgressibles du droit international»²⁵. L'effet que peuvent avoir de telles désignations est habituellement déterminé par le contexte ou l'instrument précis dans lequel la désignation apparaît.

32) *Les rapports hiérarchiques reconnus en fonction de la teneur des règles quant au fond: jus cogens.* Une règle de droit international peut être supérieure à d'autres règles du fait de l'importance de son contenu ainsi que de l'acceptation universelle de sa supériorité. Tel est le cas des normes impératives du droit international (*jus cogens*, art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), c'est-à-dire de toute norme «acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise»²⁶.

33) *Le contenu du jus cogens.* Les exemples les plus fréquemment cités de normes de *jus cogens* sont l'interdiction de l'agression, de l'esclavage et de la traite des esclaves, du génocide, de la discrimination raciale, de l'apartheid et de la torture, ainsi que les règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés,

²³ En outre, l'alinéa *d* de l'article 38 mentionne «les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit».

²⁴ Affaire du *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

²⁵ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, par. 79.

²⁶ Art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités: «Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.»

et le droit à l'autodétermination²⁷. D'autres règles peuvent également avoir le caractère de *jus cogens* dans la mesure où elles sont acceptées et reconnues par la communauté internationale des États comme des normes auxquelles aucune dérogation n'est permise.

34) *Les rapports hiérarchiques reconnus en vertu d'une disposition conventionnelle: Article 103 de la Charte des Nations Unies.* Une règle de droit international peut être également supérieure à d'autres en vertu d'une disposition conventionnelle. Ainsi, l'Article 103 de la Charte des Nations Unies dispose: «En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la [...] Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront.»

35) *Le champ d'application de l'Article 103 de la Charte.* L'Article 103 s'applique non seulement aux articles de la Charte mais aussi aux décisions contraignantes prises par des organes de l'ONU comme le Conseil de sécurité²⁸. Vu le caractère de certaines dispositions de la Charte, la nature constitutionnelle de la Charte et la pratique établie des États et des organes de l'ONU, les obligations résultant de la Charte peuvent aussi prévaloir sur le droit international coutumier en cas de divergence.

36) *Le statut de la Charte des Nations Unies.* Il est également reconnu que la Charte des Nations Unies elle-même jouit d'un statut spécial en raison de la nature fondamentale de certaines de ses normes, en particulier ses buts et principes, et de son acceptation universelle²⁹.

²⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), commentaire de l'article 40 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, par. 4 à 6. Voir aussi le commentaire de l'article 26, par. 5. Voir également affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda), C.I.J. Recueil 2006, par. 64.*

²⁸ *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), C.I.J. Recueil 1992, par. 42; et 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. Royaume-Uni) (Mesures conservatoires), C.I.J. Recueil 1992, par. 39 et 40.*

²⁹ Voir Art. 2, par. 6, de la Charte des Nations Unies.

37) *Les règles spécifiant des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble: obligations erga omnes.* Certaines obligations ont un statut spécial en raison de leur champ d'application universel. Tel est le cas des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire des obligations d'un État envers la communauté internationale dans son ensemble. Ces règles concernent tous les États et tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés³⁰. Tout État peut invoquer la responsabilité de l'État qui viole de telles obligations³¹.

38) *La relation entre les normes de jus cogens et les obligations erga omnes.* Il est reconnu que si toutes les obligations établies par des normes de *jus cogens*, comme il est indiqué dans la conclusion 33 ci-dessus, ont également le caractère d'obligation *erga omnes*, l'inverse n'est pas nécessairement vrai³². Toutes les obligations *erga omnes*

³⁰ Selon les termes de la Cour internationale de Justice: «Une distinction essentielle doit ... être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. 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; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase) C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33. Ou, conformément à la définition donnée par l'Institut de droit international, une obligation *erga omnes* est: «... une obligation relevant du droit international général à laquelle un État est tenu en toutes circonstances envers la communauté internationale, en raison de ses valeurs communes et de son intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous les États à réagir»; Institut de droit international, «Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international», Session de Cracovie, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), art. 1^{er}.

³¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, projets d'articles sur la responsabilité de l'État, art. 48, par. 1 b).

³² Selon la Cour internationale de Justice: «Ces obligations découlent, par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général ... d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel.». Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase)*, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 34. Voir aussi affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102, par. 29. Voir aussi *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé. Avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 2004*, par. 155 et 159 (incluant, en tant qu'obligations *erga omnes*, «certaines des obligations ... en vertu du droit international humanitaire» ainsi que le respect du droit à l'autodétermination).

ne sont pas établies par des normes impératives du droit international général. Tel est le cas, par exemple, de certaines obligations découlant «des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine»³³, ainsi que certaines obligations relatives à l'indivis mondial³⁴.

39) *Les différentes approches du concept d'obligations erga omnes.* Le concept d'obligations *erga omnes* a aussi été employé pour viser des obligations relevant d'un traité multilatéral auxquelles un État partie à ce traité est tenu envers tous les autres États parties au traité (obligations *erga omnes partes*)³⁵ ou envers des États qui n'y sont pas parties, en tant que tierces parties bénéficiaires. En outre, des questions de statut territorial ont été fréquemment qualifiées par l'expression *erga omnes*, visant leur opposabilité à tous les États³⁶. Ainsi, il a été dit que les traités territoriaux et de frontières représenteraient une

Pour l'interdiction de la torture en tant qu'obligation *erga omnes*, voir *Le Procureur c. Anto Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998, affaire n° IT-95-17/1, Chambre de première instance II, *ILR*, vol. 121 (2002), p. 260, par. 151, et, pour le génocide, voir affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 595, par. 31, et affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, *C.I.J. Recueil 2006*, par. 64.

³³ Affaire de la *Barcelona Traction*, *ibid.* Cela viserait notamment l'article premier commun de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, et la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, toutes du 12 août 1949.

³⁴ Les obligations sont illustrées par l'article premier du Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 610, p. 205, et par l'article 136 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 396.

³⁵ Institut de droit international, «Les obligations *erga omnes* en droit international», Session de Cracovie, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), art. 1 b).

³⁶ «Selon moi, lorsque existe un titre à une zone de juridiction maritime – qu'il s'agisse d'un plateau continental ou (*arguendo*) d'une zone de pêche – ce titre existe *erga omnes*, c'est-à-dire est opposable en droit international à tous les États», opinion individuelle de M. Oda, Vice-Président, affaire relative à la *Frontière maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 100, par. 40. Voir de même l'opinion individuelle de M. De Castro, dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les*

réalité juridique touchant nécessairement des États tiers, parce qu'ils ont un effet *erga omnes*³⁷.

40) *La relation entre le jus cogens et les obligations découlant de la Charte des Nations Unies.* La Charte des Nations Unies ayant été universellement acceptée par les États, il est difficile d'envisager un conflit entre les normes de *jus cogens* et les obligations résultant de la Charte. En tout état de cause, aux termes de l'Article 24, paragraphe 2, de la Charte, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies, lesquels comprennent des normes qui ont été par la suite traitées comme relevant du *jus cogens*.

41) *Le fonctionnement et l'effet des normes de jus cogens et de l'Article 103 de la Charte.*

a) Toute règle en conflit avec une norme de *jus cogens* devient nulle *ipso facto*;

b) Toute règle en conflit avec l'Article 103 de la Charte des Nations Unies devient inapplicable par suite de ce conflit et dans la mesure de celui-ci.

42) *La hiérarchie des normes et le principe de l'harmonisation.* Les conflits entre les règles de droit international devraient être réglés conformément au principe de l'harmonisation, tel qu'il est énoncé dans la conclusion 4 ci-dessus. En cas de conflit entre l'une des normes hiérarchiquement supérieures visées dans la présente section et une autre norme de droit international, cette dernière devrait, dans la mesure du possible, être interprétée d'une manière compatible avec la première. En cas d'impossibilité, la norme supérieure prévaut.

États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 177: «... parce que le statut, comme les jura in re – avec lesquels on le confond –, a une efficacité inter omnes ou erga omnes». Voir aussi l'opinion dissidente de M. Skubiszewski dans l'affaire relative au Timor oriental (Portugal c. Australie), C.I.J. Recueil 1995, p. 248, par. 78 et 79.

³⁷ *Government of the State of Eritrea v. The Government of the Republic of Yemen (Phase one: Territorial sovereignty and scope of the dispute)*, tribunal arbitral, 9 octobre 1998, *ILR*, vol. 114 (1999), p. 48, par. 153.