



Assemblée générale

Distr. générale
19 mars 2013
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-cinquième session

Genève, 6 mai-7 juin et 8 juillet-9 août 2013

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

Par Georg Nolte, Rapporteur spécial

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction et précédents travaux de la Commission	3
II. Portée, objectif et résultat possible des travaux	4
III. Règle générale et moyens d'interprétation des traités	6
1. Cour internationale de Justice	6
2. Organes juridictionnels et quasi juridictionnels créés dans le cadre de régimes économiques internationaux	7
3. Juridictions des droits de l'homme et Comité des droits de l'homme	8
4. Autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux	11
5. Conclusion : projet de conclusion 1	13
IV. Accords et pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation	14
1. Consécration par des organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux	14
2. Accords et pratique ultérieurs entre autres moyens d'interprétation	19
3. Interprétation contemporaine et interprétation évolutive	23
4. Conclusion : projet de conclusion 2	28
V. Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation d'un traité	29



1.	Accord ultérieur	29
2.	Pratique ultérieure	38
3.	Conclusion : projet de conclusion 3	47
VI.	Attribution à l'État d'une pratique suivie dans l'application d'un traité.....	48
1.	Portée de la pratique pertinente des États	48
2.	Attribution à l'État du comportement ultérieur qui est le fait d'acteurs privés ou d'une évolution de la société	50
3.	La pratique des autres acteurs en tant que preuve de la pratique des États	53
4.	Conclusion : projet de conclusion 4	57
VII.	Programme des travaux futurs	57

I. Introduction et précédents travaux de la Commission

1. Au cours de sa soixante-quatrième session, à sa 3136^e séance tenue le 31 mai 2012, la Commission a décidé de modifier le cadre de ses travaux sur le sujet « Les traités dans le temps » et de nommer Georg Nolte Rapporteur spécial* pour le sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »¹. Le présent rapport fait suite aux précédents travaux de la Commission concernant « Les traités dans le temps », sur lesquels il fait fond.

2. La Commission a inscrit le sujet « Les traités dans le temps » à son programme de travail à sa soixantième session (2008)². À sa soixante et unième session (2009), elle a créé un Groupe d'étude sur les traités dans le temps, présidé par M. Nolte³. À la soixante-deuxième session (2010), le Groupe d'étude a commencé ses travaux sur les aspects du sujet relatifs aux accords et à la pratique ultérieurs, sur la base d'un rapport introductif établi par son président sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et de tribunaux arbitraux de compétence spécialisée en la matière⁴. À la soixante-troisième session (2011), le Groupe d'étude a commencé l'examen du deuxième rapport établi par son président consacré aux décisions rendues dans le cadre de régimes spéciaux, concernant les accords et la pratique ultérieurs, en s'arrêtant sur 12 des conclusions générales qui y étaient proposées⁵. À la lumière des débats menés au sein du Groupe d'étude, le Président a remanié le texte des conclusions proposées, ramenées au nombre de neuf conclusions préliminaires⁶.

3. À la soixante-quatrième session (2012) de la Commission, le Groupe d'étude a achevé l'examen du deuxième rapport de son président⁷. À cette occasion, il a examiné six conclusions générales supplémentaires proposées dans le deuxième rapport. À la lumière des débats au sein du Groupe d'étude, le Président en a remanié le texte pour proposer six nouvelles conclusions préliminaires⁸. Le Groupe d'étude est convenu de revoir et d'approfondir les conclusions préliminaires de son président à la lumière des futurs rapports du Rapporteur spécial nouvellement nommé⁹. Le Groupe d'étude a en outre examiné partiellement le troisième rapport établi par son président sur les accords et la pratique ultérieurs des États en dehors des procédures judiciaires et quasi judiciaires¹⁰.

* Le Rapporteur spécial sait gré à Katharina Berner, Stefan Raffeiner et Alejandro Rodiles Bretón (de l'Université Humboldt de Berlin) qui l'ont aidé à l'occasion de ses recherches et de l'élaboration du présent rapport, et remercie également Prisca Feihle et Moritz von Rochow (également de l'université Humboldt de Berlin) pour leur assistance technique.

¹ A/67/10, par. 269.

² A/63/10, par. 353 : pour le plan d'étude du sujet, voir *ibid.*, annexe A. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 6 de sa résolution 63/123.

³ A/64/10, par. 220 à 226.

⁴ A/65/10, par. 344 à 354. Établis initialement sous la forme de documents de travail informels, le rapport introductif ainsi que les deuxième et troisième rapports figureront dans l'ouvrage à paraître prochainement sous la direction de Georg Nolte, *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013).

⁵ A/66/10, par. 336 à 341.

⁶ Pour le texte des neuf conclusions préliminaires du Président du Groupe d'étude, voir *ibid.*, par. 344.

⁷ A/67/10, par. 225 à 239.

⁸ Pour le texte des six nouvelles conclusions préliminaires du Président du Groupe d'étude, voir *ibid.*, par. 240.

⁹ *Ibid.*, par. 231.

¹⁰ *Ibid.*, par. 232 à 234.

II. Portée, objectif et résultat possible des travaux

4. L'objectif initial, lorsqu'il a été décidé que la Commission poursuivrait l'examen du sujet « Les traités dans le temps » au sein d'un groupe d'étude, avait été de permettre aux membres de rechercher si le sujet devait être envisagé extensivement, ce qui aurait également supposé, entre autres choses, un examen approfondi de l'extinction et de la modification formelle des traités, ou s'il devait être circonscrit à l'aspect des accords et de la pratique ultérieurs. Les débats au sein du Groupe d'étude ont conduit celui-ci à souscrire à l'avis initialement exprimé par le Président, à savoir qu'il serait préférable de circonscrire étroitement le sujet à l'aspect de la portée juridique des accords et de la pratique ultérieurs. Le Groupe d'étude a conclu que, dans le cadre des travaux futurs, une attention prioritaire serait accordée à la portée juridique des accords et de la pratique ultérieurs à des fins d'interprétation (Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31) et aux questions connexes¹¹, comme il ressort de la proposition initiale relative au sujet¹². Selon cette proposition, ces moyens d'interprétation sont importants en raison du rôle qu'ils jouent pour l'interprétation des traités dans le temps :

Alors que d'importants traités sont maintenant relativement anciens, en particulier les traités normatifs conclus après 1945, le contexte dans lequel ils s'appliquent diffère de plus en plus de celui dans lequel ils ont été conçus. Par voie de conséquence, il est vraisemblable que certaines de leurs dispositions feront l'objet d'efforts de réinterprétation, voire de modifications informelles. Cela peut concerner des règles techniques tout autant que des règles de fond générales. Dans un contexte en évolution, les traités risquent soit d'être « gelés » dans un [é]tat où ils sont moins à même de remplir leur objet et leur but, soit de perdre leur fondement dans l'accord des parties. Normalement, les parties à un traité souhaitent préserver leur accord, mais d'une manière qui réponde aux exigences du présent. La reconnaissance du rôle d'un accord et d'une pratique ultérieurs vise à trouver une approche souple, rationnelle et prévisible de l'application et de l'interprétation des traités.¹³

5. Conformément aux conclusions du Groupe d'étude sur les traités dans le temps lors de la soixante-quatrième session de la Commission (2012), le présent rapport synthétise les trois rapports présentés au Groupe d'étude¹⁴ dont il prend en considération les débats. Quatre projets de conclusions y sont proposés, et enrichis de commentaires, sur plusieurs aspects fondamentaux du sujet. En raison d'un certain nombre de contraintes, notamment faute de place, il n'a pas été possible de faire dans le présent rapport la synthèse de la totalité des trois rapports précités. Le Rapporteur spécial compte cependant pouvoir présenter la suite de ce travail de synthèse dans un prochain rapport qui sera consacré à d'autres aspects plus spécifiques du sujet. Il prévoit que les travaux sur le sujet pourront être terminés, comme cela avait été envisagé, au cours du présent quinquennat (voir le programme de travail, *infra*, sect. VII).

6. L'examen du présent sujet voudrait permettre de déterminer le rôle que jouent les accords et la pratique ultérieurs dans l'interprétation des traités, et de donner ainsi des orientations à ceux qui interprètent ou appliquent les traités, notamment les

¹¹ Ibid., par. 238.

¹² A/63/10, annexe A, par. 11 et suiv.

¹³ Ibid., par. 14.

¹⁴ Voir notes 4, 5 et 10.

juges (des juridictions internationales et nationales), les agents des États et des organisations internationales, les universitaires et d'autres acteurs privés. Les éléments d'appréciation et analyses figurant dans le présent rapport et ceux qui seront présentés dans les futurs rapports, ainsi que les conclusions de la Commission, devraient constituer des références communes et contribuer ainsi, autant que cela est possible et raisonnable, à dégager une approche commune et uniforme de l'interprétation et de l'application de tel ou tel traité. Le présent rapport fait principalement fond sur la jurisprudence d'un groupe – que l'on peut penser représentatif – de cours, tribunaux et autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels au niveau international¹⁵, ainsi que sur des exemples attestés de la pratique des États. Cet ensemble constitue un élément, nécessairement incomplet, d'un répertoire de la pratique. Ainsi qu'il ressort de la proposition initiale concernant le sujet « Les traités dans le temps » :

[L'objectif] de l'examen du sujet [...] devrait être de tirer certaines conclusions ou directives générales du répertoire de la pratique, sans viser à l'élaboration d'un projet de convention, ne serait-ce que parce que des directives d'interprétation ne sont pratiquement jamais codifiées, même dans les systèmes juridiques internes. Ces conclusions ou directives générales pourraient néanmoins donner à ceux qui interprètent et appliquent les traités une orientation quant aux possibilités et limites d'un moyen d'interprétation de plus en plus important qui est propre au droit international. Ces conclusions ou directives, sans être un carcan pour les interprètes, ne les laisseraient pas non plus dans le vide. Elles offriraient un point de référence à tous ceux qui interprètent et appliquent les traités, contribuant ainsi à une base d'interprétation commune, réduisant au minimum les risques de conflit et rendant plus efficace le processus d'interprétation.¹⁶

7. La spécificité du sujet à l'examen par rapport à d'autres sujets apparaît assez clairement. Est susceptible de susciter des interrogations à cet égard le sujet intitulé « Formation et identification du droit international coutumier ». À ce propos, le Rapporteur spécial souscrit à l'avis de Sir Michael Wood, Rapporteur spécial sur le sujet « Formation et identification du droit international coutumier », selon lequel, si les effets des traités sur la formation du droit international coutumier font partie de ce sujet, le rôle que joue le droit international coutumier dans l'interprétation des traités s'inscrit dans le cadre du présent sujet. Il va sans dire que ce dernier a pour objet non pas tant de déterminer la teneur de telles ou telles règles conventionnelles, que de mettre en évidence le rôle et les effets possibles des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Un autre sujet susceptible de présenter des points de recoupement est celui de « L'application provisoire des traités », lequel ne semble cependant pas concerner l'effet de l'application provisoire sur l'interprétation d'un traité¹⁷.

¹⁵ Le terme de jurisprudence s'entend de décisions juridiques rendues dans telles ou telles affaires par des organes compétents composés de membres indépendants. Il vise non seulement les jugements et arrêts rendus par des cours ou tribunaux internationaux, mais aussi les « constatations » du Comité des droits de l'homme au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les rapports établis par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans le cadre de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Le rapport couvre les seules constatations de ces organes axées sur des appréciations de droit (et non de fait), qui sont suffisamment accessibles et ont déjà suscité un nombre significatif de décisions.

¹⁶ A/63/10, annexe A, par. 22.

¹⁷ A/67/10, par. 144 à 155.

III. Règle générale et moyens d'interprétation des traités

8. La portée juridique des accords et de la pratique ultérieurs aux fins de l'interprétation des traités dépend, au départ, de la règle générale d'interprétation des traités, laquelle, constituée de plusieurs règles ou élément secondaires, est codifiée à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités adoptée le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980¹⁸. La Cour internationale de Justice a estimé que cette règle générale d'interprétation des traités consacrait le droit international coutumier¹⁹. Les articles 32 et 31 de la Convention de Vienne énumèrent plusieurs « moyens d'interprétation »²⁰ (au nombre desquels un « accord ultérieur » et une « pratique ultérieurement suivie » constituent des « moyens authentiques d'interprétation »²¹) à prendre en considération aux fins de l'interprétation.

9. Il est généralement admis que l'article 31 de la Convention de Vienne ne doit pas être interprété « comme impliquant une hiérarchie » dans l'application des différents moyens d'interprétation qui y sont contenus, mais que l'application de ceux-ci constitue une « seule opération complexe »²². Ainsi, pour donner application à la règle générale d'interprétation des traités à différents traités, ou différentes dispositions conventionnelles en présence de tel ou tel cas, on peut être conduit à s'appuyer plus ou moins sur les différents moyens d'interprétation qu'elle comporte, notamment à mettre plus ou moins l'accent sur le texte du traité ou sur son objet et son but. C'est ce que confirme la jurisprudence de plusieurs organes juridictionnels ou quasi juridictionnels internationaux représentatifs.

1. Cour internationale de Justice

10. Après une période d'hésitation²³, la Cour internationale de Justice a commencé à invoquer les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne dans les années 90²⁴. Depuis cette époque, la Cour fonde d'ordinaire son interprétation des traités sur la règle générale et sur les autres moyens d'interprétation prévus aux articles 31 et 32

¹⁸ Convention de Vienne sur le droit des traités (adoptée le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, n° 18232.

¹⁹ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* (arrêt) [2009], *C.I.J. Recueil 2009*, p. 213, par. 47; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (arrêt) [2007], *C.I.J. Recueil 2007*, p. 43, par. 160.

²⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 32, *Annuaire de la Commission du droit international 1966*, vol. II, p. 238 à 243, par. 2, 5, 8, 10, 15, 18 et 19.

²¹ *Ibid.*, p. 242, par. 15; voir sect. IV ci-après, par. 30 et 64 (projet de conclusion 2).

²² *Ibid.*, p. 239, par. 8.

²³ À propos des différentes étapes de réception des règles de Vienne par la CIJ, voir S. Torres Bernárdez, « Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties », dans G. Hafner *et al.* (dir. publ.), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern (in Honour of his 80th birthday)* (Kluwer Law International, 1998), p. 721; voir aussi R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2010), p. 12 et suiv.

²⁴ *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)* (arrêt) [1991], *CIJ Recueil 1991*, p. 53, par. 48; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras; Nicaragua (intervenant))* [1992], *CIJ Recueil 1992*, p. 351, par. 373 et 376.

de la Convention de Vienne²⁵. Elle réaffirme aussi généralement leur caractère coutumier, ce qui lui permet d'appliquer les règles qui y sont énoncées dans des affaires où une ou plusieurs parties au différend ne sont pas parties à la Convention de Vienne, ainsi qu'à des traités conclus avant l'entrée en vigueur de celle-ci en 1980²⁶.

2. Organes juridictionnels et quasi juridictionnels créés dans le cadre de régimes économiques internationaux

11. L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) s'appuie sur les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne²⁷ pour interpréter des traités. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel s'intéressent en particulier au texte de l'accord en question²⁸. À ce jour, l'Organe d'appel ne s'est pas spécialement attaché à l'objet et au but comme moyen d'interprétation²⁹. Ce n'est que de manière incidente qu'il a recouru à une interprétation évolutive³⁰ ou appliqué le principe de l'effet utile afin d'éviter « de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité »³¹.

12. Le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis a lui aussi pris en considération les règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne³². Il s'est principalement attaché dans ses décisions au sens ordinaire à

²⁵ Voir, pour une affaire récente, *Application de l'Accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)* (arrêt) [5 décembre 2011], par. 91 (<http://www.icj-cij.org/docket/files/142/16827.pdf>, site consulté le 7 mars 2013).

²⁶ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* (voir note 19); *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (voir note 19); *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (avis consultatif) [2004], *CIJ Recueil 2004*, p. 136, par. 94; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)* (arrêt) [2004], *CIJ Recueil 2004*, p. 12, par. 83; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)* (arrêt) [2002], *CIJ Recueil 2002*, p. 625, par. 37; *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)* (arrêt) [2001], *CIJ Recueil 2001*, p. 466, par. 99; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* (arrêt) [2010], *CIJ Recueil 2010*, p. 14, par. 65 (Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31); *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)* (arrêt) [1999], *CIJ Recueil 1999*, p. 1045, par. 18 (Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31); *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)* (arrêt) [1994], *CIJ Recueil 1994*, p. 6, par. 41, sans mentionner expressément l'article 32 mais en visant les moyens complémentaires d'interprétation.

²⁷ Georges Abi-Saab, « The Appellate Body and Treaty interpretation », dans Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias et Panos Merkouris (dir. publ.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff, 2010), p. 99 à 109.

²⁸ OMC, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs, recours du Canada à l'article 21.5 du Mémoire d'accord – Rapport de l'Organe d'appel* (21 juillet 2000) (WT/DS46/AB/RW, par. 45).

²⁹ Donald McRae, « Approaches to the Interpretation of Treaties: The European Court of Human Rights and the WTO Appellate Body », dans Stephan Breitenmoser, Luzius Wildhaber *et al.* (dir. publ.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law* (Dike, 2007), p. 1407 à 1422.

³⁰ OMC, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Rapport de l'Organe d'appel* (12 octobre 1998) (WT/DS58/AB/R, par. 130).

³¹ OMC, *Japon – Boissons alcooliques II*, Rapport de l'Organe d'appel (4 octobre 1996) (WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, sect. D).

³² George Aldrich, *The jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Clarendon Press, 1996), p. 361, citant l'affaire *A/I (Issues I, III and IV)*, Décision n° DEC 12-A1-FT (1982) 1 Iran-USCTR, p. 189, par. 190 à 192.

attribuer aux termes du traité considéré et à son objet et à son but³³. Ainsi, le Tribunal s'en tient à un mode d'interprétation assez équilibré, sans privilégier tel ou tel moyen d'interprétation³⁴.

13. Les tribunaux institués dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ont eux aussi considéré qu'ils devaient appliquer les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, à titre de droit conventionnel ou de droit coutumier³⁵. Ils invoquent régulièrement la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, de la Cour permanente de justice internationale, son prédécesseur, ainsi que des tribunaux arbitraux, inscrivant ainsi leur raisonnement dans le contexte du droit international général³⁶. Bien que leurs décisions soient loin de révéler une approche uniforme, les tribunaux CIRDI n'ont à ce jour pas mis ostensiblement l'accent sur l'objet et le but comme moyen d'interprétation, ni sur les intentions présumées des parties à la Convention lors de la conclusion de celle-ci³⁷.

14. La méthode générale d'interprétation adoptée par les groupes spéciaux dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) peut être regardée comme procédant des règles d'interprétation de la Convention de Vienne, l'accent étant mis sur la libéralisation du commerce en tant qu'objet et but principaux de l'Accord³⁸.

3. Juridictions des droits de l'homme et Comité des droits de l'homme

15. La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Golder c. Royaume-Uni*³⁹ dont elle a été saisie très tôt, a considéré « qu'il y [avait] lieu pour elle de s'inspirer des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne »⁴⁰, en reprenant

³³ Ibid., par. 362 à 365.

³⁴ Karl-Heinz Böckstiegel, « Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch das Iran-United States Claims Tribunal », dans Kay Hailbronner (dir. publ.), *Staat und Völkerrechtsordnung. Festschrift für Karl Doehring* (Springer, 1989), p. 119 à 131; George Aldrich (voir note 32), p. 360 et suiv.; Charles Brower et Jason Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (Martinus Nijhoff, 1998), p. 263 et suiv.

³⁵ Christoph Schreuer, « Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration », dans Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias et Panos Merkouris (dir. publ.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff, 2010), p. 129 et suiv.; Ole Kristian Fauchald, « The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis » (2008), *European Journal of International Law*, Issue vol. 19, p. 314; Romesh J. Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2012).

³⁶ Fauchald (voir note 35), p. 311, 313 et 341.

³⁷ Ibid., p. 315 à 319.

³⁸ *Les tarifs appliqués par le Canada sur certains produits agricoles en provenance des États-Unis* (Rapport final du groupe spécial), groupe spécial arbitral institué conformément à l'article 2008, dossier du secrétariat n° CDA-95-2008-01 (2 décembre 1996), par. 118 et 119 (<http://registry.nafta-sec-alena.org/cmdocuments/0c7973b9-1088-4221-99a5-e279075380b0.pdf>, site consulté le 16 janvier 2013); voir aussi pour les tribunaux constitués au titre du chapitre 11, *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (Award on Jurisdiction), arbitrage aux termes des règles d'arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA (28 janvier 2008) par. 45 à 48 et 122 (<http://www.naftaclaims.com/Disputes/USA/CCFT/CCFT-USA-Award.pdf>, site consulté le 16 janvier 2013).

³⁹ *Golder c. Royaume-Uni* (1975), Cour européenne des droits de l'homme, série A, n° 18.

⁴⁰ Ibid.

l'explication donnée par la Commission du droit international pour l'interprétation des traités dans le cadre de la Convention :

Tel que le prévoit la « règle générale » de l'article 31 de la Convention de Vienne, le processus d'interprétation d'un traité forme un tout, une seule opération complexe; ladite règle, étroitement intégrée, place sur le même pied les divers éléments qu'énumèrent les quatre paragraphes de l'article⁴¹.

16. Depuis, la Cour confirme régulièrement son attachement de principe aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne comme base d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme⁴². Elle fait néanmoins une distinction entre la Convention européenne et les « traités internationaux de type classique »⁴³. Selon elle :

la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une « garantie collective »⁴⁴.

17. En conséquence, l'interprétation de la Convention devrait tenir compte de l'« efficacité de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen »⁴⁵. Ces caractéristiques de la Convention ont conduit la Cour à considérer que « la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles »⁴⁶. Cette conception de l'« instrument vivant » ne fait cependant pas exception à la méthode générale d'interprétation fondée sur les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne. De fait, la Cour européenne des droits de l'homme réaffirme régulièrement que « la Convention doit être interprétée à la lumière des règles énoncées dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités » et qu'elle « doit déterminer la responsabilité des États conformément aux principes du droit international régissant la matière, tout en tenant compte du caractère particulier de la Convention, instrument de protection des droits de l'homme »⁴⁷.

⁴¹ *Golder* (voir note 39), par. 30; pour le texte du commentaire de la Commission du droit international, voir *Annuaire de la Commission du droit international 1966*, vol. II, p. 239, par. 8).

⁴² *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC] CEDH 2005-I, par. 111 et 123; *Bankovic et autres c. Belgique et seize autres États* (déc.) [GC] CEDH 2001-XII, par. 55 à 58; *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC] CEDH 2001-XI, par. 55; *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires) (1995), série A, n° 310, par. 73; *Cruz Varas et autres c. Suède* (1991), série A, n° 201, par. 100; *Johnston et autres c. Irlande* (1985), série A, n° 112, par. 51; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, requête n° 61498/08 (CEDH, 2 mars 2010), par. 126; *Rantsev c. Chypre et Russie*, requête n° 25965/04 (CEDH, 7 janvier 2010), par. 273 et 274, affaire sélectionnée pour la publication au *Recueil des arrêts et décisions*; *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], requête n° 34503/97 (CEDH, 12 novembre 2008), par. 65, affaire sélectionnée pour la publication au *Recueil des arrêts et décisions*.

⁴³ *Irlande c. Royaume-Uni* (1978) (CEDH), série A, n° 25, par. 239; *Al-Saadoon et Mufdhi* (voir note 42), par. 127; *Soering c. Royaume-Uni* (1989) (CEDH), série A, n° 161, par. 87.

⁴⁴ *Irlande* (voir note 43), par. 239.

⁴⁵ *Loizidou* (voir note 42), par. 75.

⁴⁶ *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978) (CEDH), série A, n° 26, par. 31; *Al-Saadoon et Mufdhi* (voir note 42), par. 119, citant *Öcalan c. Turquie* [GC] CEDH 2005-IV, par. 163; *Selmouni c. France* [GC] CEDH 1999-V, par. 101.

⁴⁷ *Mamatkulov et Askarov* (voir note 42), par. 111; voir aussi *Al-Saadoon et Mufdhi* (voir note 42), par. 119; *Al-Adsani* (voir note 42), par. 55; *Loizidou* (voir note 42), par. 43; et *Bayatyan c. Arménie* [GC], requête n° 23459/03 (CEDH, 7 juillet 2011), par. 98 à 108.

18. Dans le même sens, la Cour interaméricaine des droits de l'homme considère que selon la Convention de Vienne :

...the process of interpretation should be taken as a whole⁴⁸.

[l'opération d'interprétation doit être considérée comme un tout.]

19. Bien que la Cour commence d'ordinaire par s'intéresser au texte⁴⁹, elle ne retient pas, en général, une méthode essentiellement textuelle mais a davantage recours à d'autres moyens d'interprétation⁵⁰. Mettant l'accent sur l'objet et le but, elle se montre peu encline à attribuer un rôle plus important au sens ordinaire des termes de toute disposition⁵¹. Elle a ainsi souligné que

...the "ordinary meaning" of terms cannot of itself become the sole rule, for it must always be considered within its context and, in particular, in the light of the object and purpose of the treaty⁵².

[le « sens ordinaire » à attribuer aux termes ne peut en soi devenir la seule règle, car il doit toujours être envisagé dans son contexte, en particulier à la lumière de l'objet et du but du traité.]

20. Il ressort de la jurisprudence de la Cour interaméricaine que « l'objet et le but » jouent le rôle le plus important parmi les différents moyens d'interprétation. Une caractéristique de cette méthode fondée sur l'objet et le but est l'accent mis sur la finalité première de la Convention dans son ensemble, à savoir protéger efficacement les droits de l'homme. Selon la Cour,

...when interpreting [the] Convention the Court must do it in such a way that the system for the protection of human rights has all its appropriate effects (*effet utile*)⁵³.

[lorsqu'elle interprète la Convention, la Cour doit le faire de telle manière que le système de protection des droits de l'homme produise tous ses effets (effet utile).]

⁴⁸ « Panel Blanca » (*Paniaga Morales et autres c. Guatemala*) (exceptions préliminaires, arrêt), Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 23 (25 janvier 1996), par. 49.

⁴⁹ *L'effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine relative aux droits de l'homme* (art. 74 et 75), avis consultatif OC-2/82, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série A, n° 2 (24 septembre 1982), par. 19; *Exigibilité du droit de rectification ou de réponse* (art. 14 (1), 1 (1) et 2 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme), avis consultatif OC-7/86, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série A, n° 7 (29 août 1986).

⁵⁰ *L'effet des réserves* (voir note 49), par. 19; *González et autres (« Campo Algodonero ») c. Mexique* (exception préliminaire, fond, réparations et coûts, arrêt), Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 205 (16 novembre 2009), par. 29.

⁵¹ Lucas Lixinski, « Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights » (2010), *European Journal of International Law*, Issue vol. 21, p. 587 et 588.

⁵² *Proposition de modification de la constitution politique du Costa Rica en matière de naturalisation*, avis consultatif OC-4/84, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 4 (19 janvier 1984), par. 23; *Article 55 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme*, avis consultatif OC-20/09, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série A, n° 20 (29 septembre 2009), par. 26.

⁵³ *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure judiciaire*, avis consultatif OC-16/99, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série A, n° 16 (1^{er} octobre 1999), par. 58.

21. Le Comité des droits de l'homme prend en considération les règles d'interprétation de la Convention de Vienne⁵⁴, mais il les applique surtout de manière implicite. Sa jurisprudence concernant le Pacte international relatif aux droits civils et politiques assigne à l'« objet » et au « but » du Pacte le principal rôle parmi les différents moyens d'interprétation énoncés dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne⁵⁵. Un aspect important de l'approche interprétative du Comité des droits de l'homme tient à sa conception évolutive des droits garantis par le Pacte. Ainsi, dans l'affaire *Yoon et Choi c. République de Corée*⁵⁶, le Comité a souligné que tout droit contenu dans le Pacte évoluait avec le temps⁵⁷, en justifiant par ce raisonnement une certaine évolution de sa jurisprudence antérieure⁵⁸. Cependant, dans l'affaire *Atasoy et Sarkut c. Turquie*, le Comité a souligné que l'interprétation évolutive « ne peut aller au-delà de la lettre et de l'esprit du traité ou au-delà de ce qu'a été l'intention initiale et expresse des États parties »⁵⁹.

4. Autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux

22. D'autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux considèrent également que la Convention de Vienne énonce les règles fondamentales d'interprétation des traités.

23. La Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a souligné l'importance que revêt la Convention de Vienne pour le Tribunal international du droit de la mer dans son avis consultatif concernant les *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone* :

Parmi les règles de droit international que la Chambre est tenue d'appliquer, les règles en matière d'interprétation des traités revêtent une importance particulière. Celles-ci sont énoncées à la section 3 de la partie III intitulée « Interprétation des Traités » comprenant les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [...] Ces règles doivent être considérées comme reflétant le droit international coutumier. Bien que le Tribunal n'ait jamais exprimé cette opinion explicitement, il l'a faite implicitement sienne en empruntant la terminologie et la méthodologie des articles de la Convention de Vienne relatifs à l'interprétation (voir l'arrêt [du 23 décembre 2002] concernant l'affaire du « *Volga* ») [...] ⁶⁰.

24. Dans certaines affaires, le Tribunal international s'est montré prêt à appliquer une méthode d'interprétation dynamique et évolutive. Ainsi, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a qualifié certaines « obligations

⁵⁴ *Alberta Union c. Canada* (18 juillet 1986), communication n° 118/1982 (CCPR/C/28/D/118/1982), par. 6.3.

⁵⁵ *Setelich c. Uruguay* (28 octobre 1981), communication n° 63/1979 (CCPR/C/14/63/1979), par. 11, 14 et 18.

⁵⁶ *Yoon et Choi c. République de Corée* (3 novembre 2006), communications n°s 1321/2004 et 1322/2004 (CCPR/C/88/D/1321-1322/2004).

⁵⁷ *Yoon et Choi* (voir note 56), par. 8.2.

⁵⁸ *LTK c. Finlande* (9 juillet 1985), communication n° 185/1984 (CCPR/C/25/D/185/1984), par. 5.2.

⁵⁹ *Atasoy et Sarkut c. Turquie* (29 mars 2012), communications n°s 1853/2008 et 1854/2008 (CCPR/C/104/D/1853-1854/2008), par. 7.13.

⁶⁰ *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (avis consultatif du 1^{er} février 2011), Tribunal international du droit de la mer, affaire n° 17, par. 57 et 58.

de veiller à »⁶¹ d'obligations de diligence requise⁶², en précisant que « la notion de diligence requise a un caractère variable » et qu'elle « peut changer dans le temps lorsque les mesures réputées suffisamment diligentes à un moment donné peuvent ne plus l'être en fonction, par exemple, des nouvelles connaissances scientifiques ou technologiques »⁶³. Ainsi, en cas de besoin, le Tribunal semble être disposé à interpréter la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de manière évolutive et dynamique en se fondant sur la Convention de Vienne, vraisemblablement en vue de respecter l'objet et le but de la disposition en cause.

25. La Cour pénale internationale a affirmé à plusieurs reprises qu'elle interprétait son statut et d'autres traités applicables en suivant les règles de la Convention de Vienne⁶⁴. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a plusieurs fois affirmé que les règles de la Convention de Vienne étaient applicables à l'interprétation des traités⁶⁵.

26. La Cour de justice européenne considère que les règles des traités fondateurs (« droit primaire de l'Union ») constituent un « ordre juridique autonome » et, en conséquence, elle ne se réfère pas à la Convention de Vienne pour interpréter ces traités. Par contre, lorsque la Cour interprète des accords entre l'Union et des États tiers, elle estime être liée par les règles du droit international coutumier telles qu'elles résultent des règles d'interprétation de la Convention de Vienne⁶⁶. Dans l'affaire *Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*⁶⁷, la Cour de justice européenne fait observer que :

[...] bien qu'elle ne lie ni la Communauté ni tous les États membres, une série de dispositions de la convention de Vienne reflète les règles du droit coutumier international, qui, en tant que telles, lient les institutions de la Communauté et font partie de l'ordre juridique communautaire⁶⁸.

⁶¹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (adoptée le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, n° 31383, art. 153, par. 4, et art. 4, par. 4, de l'annexe III.

⁶² *Responsabilités et obligations des États*, Tribunal international du droit de la mer, affaire n° 17 (voir note 60), par. 110.

⁶³ *Ibid.*, par. 117 et 211.

⁶⁴ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* (décision relative au système définitif de divulgation et l'établissement d'un échéancier), Cour pénale internationale (Chambre préliminaire I) (15 mai 2006), annexe I, par. 1; *Situation en République démocratique du Congo* (arrêt relatif à la Requête du Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la Chambre préliminaire I rejetait une demande d'autorisation d'interjeter appel), Cour pénale internationale (Chambre d'appel) (13 juillet 2006), par. 6 et 33; *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* (décision relative à la préparation des témoins avant qu'ils ne déposent devant la Cour), Cour pénale internationale (Chambre préliminaire I) (8 novembre 2006), par. 8.

⁶⁵ Voir les affaires *Jelisić* (jugement), IT-95-10 (14 décembre 1999), par. 61; *Celebići* (arrêt), IT-96-21 (20 février 2001), par. 67 et suiv.; *Krstić* (jugement), IT-98-33 (2 août 2001), par. 541; *Stakić* (jugement), IT-97-24 (31 juillet 2003), par. 501; *Galić* (jugement), IT-98-29 (5 décembre 2003), par. 91.

⁶⁶ Voir Pieter Jan Kuijper, « The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 » (1998), *Legal Issues of European Integration*, vol. 25, Issue 1; affaire C-344/04, *The Queen, à la demande de : International Air Transport Association et European Low Fares Airline Association c. Department for Transport* (demande de décision préjudicielle) (2006) ECR I-403, par. 40.

⁶⁷ Affaire C-386/08, *Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen* (2010), ECR I-01289.

⁶⁸ *Ibid.*, par. 42.

concluant que :

les règles contenues dans la convention de Vienne s'appliquent à un accord conclu entre un État et une organisation internationale, tel que l'accord d'association CE-Israël, dans la mesure où ces règles sont l'expression du droit international général de nature coutumière⁶⁹.

27. Citant l'article 31 de la Convention de Vienne, la Cour a fait observer qu'un traité doit être interprété non pas uniquement en fonction des termes dans lesquels il est rédigé, mais également à la lumière de ses objectifs. C'est ainsi qu'à propos du projet d'accord visant à la création d'un espace économique européen entre la Communauté européenne et les pays membres de l'Association européenne de libre-échange⁷⁰, la Cour a souligné que :

[l']identité des termes des dispositions de l'accord et des dispositions communautaires correspondantes ne signifient pas qu'elles doivent nécessairement être interprétées de façon identique⁷¹.

concluant que des dispositions rédigées en termes identiques dans l'accord relatif à l'Espace économique européen et dans le Traité instituant la Communauté économique européenne avaient un sens différent⁷².

5. Conclusion : projet de conclusion 1

28. Prises ensemble, ces sources conduisent à proposer le projet de conclusion suivant⁷³:

Projet de conclusion 1

Règle générale et moyens d'interprétation des traités

L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en tant qu'obligation conventionnelle et expression du droit international coutumier, énonce la règle générale d'interprétation des traités.

L'interprétation d'un traité dans un cas particulier peut conduire à privilégier l'un ou l'autre des moyens d'interprétation énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, notamment le texte du traité ou son objet et son but, en fonction du traité ou des dispositions conventionnelles en cause.

⁶⁹ Ibid., par. 41; voir aussi l'affaire C-6/60, *Jean-E. Humblet c. État belge* (1960), ECR 559, p. 574.

⁷⁰ Cour de justice européenne, avis 1/91 (1991), ECR I-6079.

⁷¹ Ibid., par. 14.

⁷² Ibid., par. 35.

⁷³ Voir les conclusions préliminaires 1 à 3 du Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps (A/66/10, par. 344), en particulier les conclusions préliminaires 1) et 2) (par. 1) :

1) Règle générale d'interprétation des traités

Les différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels examinés considèrent que les dispositions de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités représentent, soit comme disposition conventionnelle applicable, soit comme expression du droit international coutumier, la règle générale d'interprétation des traités qu'ils appliquent.

2) Approches de l'interprétation

Indépendamment de l'application de la règle générale de l'article 31 de la Convention de Vienne comme base d'interprétation des traités, différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels ont dans différents contextes mis plus ou moins l'accent sur les différents moyens d'interprétation qui sont énoncés dans cet article.

IV. Accords et pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation

29. La règle générale d'interprétation des traités prévoit, parmi les différents moyens d'interprétation, la prise en considération de tout accord ultérieur et de toute pratique ultérieurement suivie (Convention de Vienne, art. 31, par. 3 a) et b)). Dans son commentaire du projet d'articles sur le droit des traités, la Commission souligne que

[l']importance, en tant qu'élément d'interprétation, de cette pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité est manifeste car elle constitue une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité.⁷⁴

30. En considérant qu'un accord ultérieur et une pratique ultérieurement suivie, selon les dispositions de l'article 31, paragraphe 3 a) et b) de la Convention de Vienne, constituaient « une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité », la Commission les a envisagés comme un moyen « authentique »⁷⁵ d'interprétation. Cette conception des accords et de la pratique ultérieurs comme moyens authentiques d'interprétation laisse penser qu'ils sont souvent, mais pas nécessairement toujours⁷⁶, des facteurs particulièrement importants pour l'interprétation des traités⁷⁷.

1. Consécration par des organes juridiques et quasi juridiques internationaux

31. Les accords et la pratique ultérieurs ont été considérés et appliqués comme moyens d'interprétation par des organes juridiques et quasi juridiques internationaux, mais à des degrés différents.

a) Cour internationale de Justice

32. La Cour internationale de Justice « elle-même, par le passé, [...] a fréquemment examiné la pratique ultérieurement suivie par les parties dans

⁷⁴ *Annuaire de la Commission du droit international 1966*, vol. II, p. 241, par. 15.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 242.

⁷⁶ Il a été affirmé que les traités établissant des droits pour d'autres États ou acteurs étaient moins susceptibles d'une interprétation « authentique » par les parties, par exemple dans le contexte des traités d'investissement : *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16 (28 septembre 2007), par. 386 (https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC694_En&caseId=C8, site consulté le 6 mars 2013); *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/3 (22 mai 2007), par. 337 (<http://italaw.com/documents/Enron-Award.pdf>, site consulté le 6 mars 2013).

⁷⁷ Voir Robert Jennings et Arthur Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, vol. 1 (9^e éd., Longman, 1992), p. 1268, par. 630; Gérald Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4; Treaty Interpretation and Certain other Treaty Points » (1957), *British Yearbook of International Law*, p. 223 à 225; OMC, *États-Unis – mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)* – Rapport du Groupe spécial (31 mars 2011) (WT/DS353/R, par. 7.953).

l'application [d'un] traité »⁷⁸. Sa jurisprudence offre une orientation générale et des exemples significatifs des effets juridiques éventuels des accords et de la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation, ainsi que de leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation (pour plus de détails, voir *infra*, sect. 2).

b) Organes juridictionnels et quasi juridictionnels dans le cadre de régimes économiques institués par voie de traité

33. Les organes juridictionnels et quasi juridictionnels institués en vertu de régimes économiques d'origine conventionnelle ont souvent tenu compte des accords et de la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation. Ainsi, l'Organe d'appel de l'OMC a vu dans la pratique ultérieure un moyen d'interprétation qu'il a appliqué à plusieurs reprises⁷⁹, et a aussi tenu compte d'un accord ultérieur⁸⁰. Il en est également ainsi du Tribunal des réclamations Iran-États-Unis⁸¹ qui a reconnu :

Hence, far from playing a secondary role in the interpretation of treaties, the subsequent practice of the Parties constitutes an important element in the exercise of interpretation. In interpreting treaty provisions, international tribunals have often examined the subsequent practice of the parties. The Tribunal has also recognized the importance of the subsequent practice of the parties and has referred to it in several cases.⁸²

[Dès lors, loin de jouer un rôle secondaire dans l'interprétation des traités, la pratique ultérieurement suivie par les parties constitue un élément important de

⁷⁸ *Affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)* [1999], *C.I.J. Recueil 1999*, p. 1076, par. 50; voir aussi *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)* (arrêt) [5 décembre 2011], par. 99 (voir <http://www.icj-cij.org/docket/files/142/16827.pdf>).

⁷⁹ OMC, *Japon – Boissons alcooliques*, Rapport de l'Organe d'appel (4 octobre 1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, et Rapport du groupe spécial (11 juillet 1996), WT/DS8/R, WT/DS10/R et WT/DS11/R; *Communautés européennes – Morceaux de poulet*, Rapport de l'Organe d'appel (12 septembre 2005), WT/DS269/AB/R et WT/DS286/AB/R, par. 259, et Rapport du groupe spécial (30 mai 2005), WT/DS269/R et WT/DS286/R; *Communautés européennes – Matériels informatiques*, Rapport de l'Organe d'appel (5 juin 1998), WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R et WT/DS68/AB/R, par. 92 et 93, et Rapport du groupe spécial (5 février 1998), WT/DS62/R, WT/DS67/R et WT/DS68/R; *États-Unis – Coton Upland*, Rapport de l'Organe d'appel (3 mars 2005), WT/DS267/AB/R et Rapport du groupe spécial (8 septembre 2004), WT/DS267/R; voir aussi *Communautés européennes et leurs États membres – Produits des technologies de l'information*, Rapport du groupe spécial (16 août 2010), WT/DS375/R, WT/DS376/R et WT/DS377/R, par. 7.558.

⁸⁰ OMC, *États-Unis – Thon II (Mexique)* – Rapport de l'Organe d'appel (16 mai 2012), WT/DS381/AB/R, par. 372.

⁸¹ The United States of America (and others) and the Islamic Republic of Iran (and others), Sentence n° 108-A-16/582/591-FT (1984), 5 Iran-USCTR 57; International Schools Services, Inc (ISS) and National Iranian Copper Industries Company (NICICO), Sentence interlocutoire n° ITL 37-111-FT (1984), 5 Iran-USCTR 338; United States-Iran, Case n° A17, Décision n° DEC 37-A17-FT (1985), 8 Iran-USCTR 189; Burton Marks (and others) and the Islamic Republic of Iran, Sentence interlocutoire n° ITL 53-458-3 (1985), 8 Iran-USCTR 290; the Islamic Republic of Iran and the United States of America, Sentence interlocutoire n° ITL 63-A15(I:G)-FT (1986), 12 Iran-USCTR 40; the Islamic Republic of Iran and the United States of America, Sentence partielle n° 382-B1-FT (1988), 19 Iran-USCTR 273.

⁸² *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) (9 septembre 2004), 2004, WL 2210709 (Iran-USCTR), par. 111.

l'opération d'interprétation. Pour interpréter des dispositions conventionnelles, les tribunaux internationaux examinent souvent la pratique ultérieure des parties. Le Tribunal a lui aussi admis l'importance de la pratique ultérieurement suivie par les parties et en a tenu compte dans plusieurs affaires.]

34. Les tribunaux CIRDI ont souvent retenu des accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie comme moyens d'interprétation⁸³. Dans certaines décisions, ces tribunaux ont même souligné que la pratique ultérieurement suivie était un moyen particulièrement important aux fins de l'interprétation que les parties au traité entendaient dégager de telles ou telles dispositions à la lumière de la pratique conventionnelle ultérieure. Ainsi, dans l'affaire *Mihaly International Corporation c. République socialiste démocratique de Sri Lanka*, le Tribunal a déclaré ce qui suit :

Neither party asserted that the ICSID Convention contains any precise a priori definition of « investment ». Rather, the definition was left to be worked out in the subsequent practice of States, thereby preserving its integrity and flexibility and allowing for future progressive development of international law on the topic of investment.⁸⁴

[Aucune des parties n'a affirmé que la Convention CIRDI contient une définition a priori précise de l'« investissement ». Au contraire, c'est la pratique ultérieurement suivie par les États qui devait dégager la définition, préservant ainsi son intégrité et sa souplesse et permettant un futur développement progressif du droit international au sujet de l'investissement.]

35. Les groupes spéciaux de l'ALENA ont en plusieurs occasions tenu compte d'accords ultérieurs et d'une pratique ultérieure comme moyens d'interprétation⁸⁵. S'ils n'ont apparemment pas très souvent examiné la pratique ultérieure⁸⁶, ils ont eu

⁸³ Voir *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine* (United States/Argentine BIT) (procédure d'annulation, décision sur la demande de l'Argentine tendant à la suspension d'exécution de la sentence), affaire CIRDI n° ARB/01/3 (7 octobre 2008), par. 70 (http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC830_En&caseId=C3, site consulté le 24 janvier 2013); *Siemens AG c. Argentine* (Germany/Argentine BIT) (décision sur la compétence), affaire CIRDI n° ARB/02/8 (3 août 2004), par. 105 (http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC508_En&caseId=C7, site consulté le 24 janvier 2013); *National Grid PLC c. Argentine* (UK/Argentine BIT) (décision sur la compétence), CNUDCI (20 juin 2006), par. 84 et 85 (<http://ita.law.uvic.ca/documents/NationalGrid-Jurisdiction-En.pdf>, site consulté le 24 janvier 2013).

⁸⁴ *Mihaly International Corporation c. République socialiste démocratique de Sri Lanka* (United States/Sri Lanka BIT) (Sentence et opinion individuelle concordante), affaire CIRDI n° ARB/00/2 (15 mars 2002) [2004] 6 ICSID Rep. 310, par. 33; de même, *Autopista Concesionada de Venezuela, CA c. République bolivarienne du Venezuela* (décision sur la compétence), affaire CIRDI n° RB/00/5 (27 septembre 2001) [2004] 6 ICSID Rep. 419, par. 97.

⁸⁵ *CCFT v. United States* (voir note 38), par. 181 à 183.

⁸⁶ Dans l'affaire des Services transfrontières de camionnage (Rapport final du groupe spécial), groupe spécial arbitral institué conformément à l'article 2008, dossier du secrétariat n° USA-MEX-98-2008-01 (6 février 2001), par. 220, 221 et 235 (<http://registry.nafta-sec-alena.org/cmdocuments/8f70c18a-7f02-4126-96f6-182a11c90517.pdf>, site consulté le 16 janvier 2013); *Les tarifs appliqués par le Canada sur certains produits agricoles en provenance des États-Unis* (États-Unis c. Canada) (voir note 38), par. 119, 141 et 142.

d'intenses débats sur les effets juridiques de tout document considéré comme un accord ultérieur⁸⁷.

c) Juridictions des droits de l'homme et Comité des droits de l'homme

36. Les juridictions des droits de l'homme et les organes conventionnels des droits de l'homme ont suivi une démarche sensiblement différente de celle des organes juridictionnels et quasi juridictionnels de régimes économiques institués par traités internationaux. Ainsi, ces juridictions et organes ne semblent pas avoir pris en considération des accords ultérieurs intervenus entre les parties pour interpréter des dispositions de fond relatives aux droits de l'homme. Il en va cependant différemment s'agissant de la pratique ultérieurement suivie par les parties.

37. La Cour européenne des droits de l'homme a de temps à autre visé l'article 31, paragraphe 3 b) de la Convention de Vienne, surtout dans des affaires concernant les relations de la Cour avec les États membres, ainsi que dans celles qui soulevaient des questions de droit international général⁸⁸. La Cour a cependant plus souvent tenu compte de la pratique législative des États membres sans mentionner expressément l'article 31, paragraphe 3 b) de la Convention de Vienne⁸⁹. Dans ces cas, elle a confirmé qu'une législation nationale, voire une pratique interne, uniforme, ou largement uniforme, peut en principe constituer une pratique ultérieure pertinente⁹⁰ et peut produire des effets qui peuvent même aller au-delà de ceux d'un simple moyen d'interprétation selon l'article 31, paragraphe 3 b) de la Convention de Vienne⁹¹. Ainsi, les arrêts dans lesquels la Cour invoque la pratique ultérieurement suivie par l'État sans citer expressément l'article 31, paragraphe 3 b) sont plus caractéristiques que ceux dans lesquels elle cite cette disposition. Depuis l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, la Cour se guide généralement sur la pratique étatique (et autre) ultérieure à des fins d'interprétation « dynamique » ou « évolutive ». La Cour détermine le caractère et la portée de son interprétation évolutive en examinant les « conditions de vie actuelles » et « les développements du droit international » plus ou moins spécifiques dans lesquels elle voit :

[des e]nsembles constitués des règles et principes acceptés par une grande majorité des États, les dénominateurs communs des normes de droit international ou des droits nationaux des États européens [qui] reflètent une réalité (...) que la Cour ne saurait ignorer lorsqu'elle est appelée à clarifier la portée d'une disposition de la Convention que le recours aux moyens d'interprétation classiques n'a pas permis de dégager avec un degré suffisant de certitude.⁹²

⁸⁷ Voir *infra*, sect. V. 1 e), par. 88 à 90.

⁸⁸ *Cruz Varas* (voir note 42), par. 100; *Loizidou* (voir note 42), par. 73; *Bankovic* (voir note 42), par. 56.

⁸⁹ Voir, par exemple, *Lautsi et autres c. Italie* [GC], requête n° 30814/06 (CEDH, 18 mars 2011), par. 61; et *Herrmann c. Allemagne* [GC], requête n° 9300/07 (CEDH, 26 juin 2012), par. 78.

⁹⁰ Voir, par exemple, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (voir note 42), par. 111 et 123; *Johnston et autres c. Irlande* (voir note 42), par. 51; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (voir note 42), par. 126; *Rantsev c. Chypre et Russie* (voir note 42), par. 273 et 274; *Demir et Baykara c. Turquie* (voir note 42), par. 65.

⁹¹ *Soering c. Royaume-Uni* (voir note 43), par. 103; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (voir note 42), par. 119, citant *Öcalan c. Turquie* (voir note 46), par. 163.

⁹² *Demir et Baykara c. Turquie* (voir note 42), par. 76.

38. De fait, chaque fois que la Cour indique qu'elle procède à une « interprétation évolutive », elle est généralement guidée par une pratique juridique étatique, sociale ou internationale⁹³.

39. La Cour interaméricaine des droits de l'homme, au contraire de la Cour européenne des droits de l'homme, n'a pas à ce jour invoqué l'article 31, paragraphe 3 a) ou b) de la Convention de Vienne, et le nombre de décisions dans lesquelles elle vise la pratique ultérieurement suivie est relativement peu élevé⁹⁴. Cependant, bien qu'elle ne mentionne que rarement la pratique ultérieure *stricto sensu*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme se réfère abondamment aux développements internationaux entendus plus largement, qui se situent quelque part entre la pratique ultérieurement suivie, au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), et toute autre « règle pertinente » visée à l'article 31, paragraphe 3 c) de la Convention de Vienne⁹⁵. Le Comité des droits de l'homme, pour sa part, s'est dans certaines affaires arrêté sur la pratique ultérieure des États⁹⁶. La raison pour laquelle la Cour interaméricaine des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme visent moins souvent que la Cour européenne des droits de l'homme la pratique ultérieure tient sans doute, entre autres, à ceci qu'ils n'ont pas les moyens d'effectuer des recherches fiables sur une partie suffisamment représentative de la pratique pertinente.

d) Autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux

40. Le Tribunal international du droit de la mer a dans certains cas considéré la pratique ultérieurement suivie par les parties comme un moyen d'interprétation⁹⁷. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda ont l'un et l'autre considéré que l'interprétation des dispositions de

⁹³ Voir, par exemple, *Öcalan c. Turquie* (voir note 46), par. 163; *VO c. France* [GC] CEDH 2004-VIII; *Johnston et autres c. Irlande* (voir note 42), par. 53; *Bayatyan c. Arménie*, requête n° 23459/03 (CEDH, 27 octobre 2009), par. 63, affaire sélectionnée pour la publication au *Recueil des arrêts et décisions*; *Soering c. Royaume-Uni* (voir note 43), par. 103; *Öcalan c. Turquie* (voir note 46), par. 191; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (voir note 42), par. 119.

⁹⁴ *Gelman c. Uruguay* (fond et réparations, arrêt), Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C n° 221 (27 février 2011), par. 215 à 224, et opinion concordante du juge Vio Grossi dans l'affaire *López Mendoza c. Venezuela* (fond, réparations et dépens, arrêt), Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C n° 233 (1^{er} septembre 2011), par. 3; voir aussi *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago* (fond, réparations et dépens, arrêt), Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C n° 94 (21 juin 2002), par. 12; voir aussi « *Panel Blanca* » (*Paniaga Morales et autres c. Guatemala*) (voir note 48).

⁹⁵ Voir, par exemple, *Velásquez-Rodríguez c. Honduras* (fond, arrêt), Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C n° 4 (29 juillet 1988), par. 151; *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure judiciaire*, avis consultatif, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série A n° 16 (1^{er} octobre 1999), par. 130 à 133 et 137.

⁹⁶ *Kindler c. Canada* (30 juillet 1993), communication n° 470/1991, par. 14.2; *Judge c. Canada* (5 août 2002), communication n° 829/1998, par. 10.3; *Barrett et Sutcliffe c. Jamaïque* (30 mars 1992), communication n° 270/1980, par. 8.4; *Simms v. Jamaïque* (3 avril 1995), communication n° 541/1993, par. 6.5.

⁹⁷ *Affaire du navire SAIGA (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)* (arrêt du 1^{er} juillet 1999), Tribunal international du droit de la mer, affaire n° 2, par. 155 et 156; voir aussi *Affaire du navire SAIGA (n° 1) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée) (prompte mainlevée)* (arrêt du 4 décembre 1997), Tribunal international du droit de la mer, affaire n° 1, par. 57.

fond du droit international pénal, notamment des traités, devait tenir compte de la pratique ultérieure des juridictions nationales en matière d'interprétation⁹⁸. Les deux tribunaux ne se sont pas bornés à envisager la jurisprudence ultérieure des juridictions internes, mais ils ont aussi visé la pratique ultérieurement suivie par les autorités exécutives ou militaires de l'État⁹⁹. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a même tenu compte de formes plus générales de pratique étatique, notamment d'évolutions législatives dans les États membres qui, à leur tour, sont susceptibles de modifier la portée de l'interprétation des crimes ou de leurs éléments constitutifs. Dans l'affaire *Furundzija* par exemple, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, à la recherche d'une définition du crime de viol tombant sous le coup de l'article 27 de la quatrième Convention de Genève, de l'article 76, paragraphe 1 du Protocole additionnel I et de l'article 4, paragraphe 2 e) du Protocole additionnel II¹⁰⁰, a examiné les principes de droit pénal communs à l'ensemble des grands systèmes juridiques et a souligné

la tendance qui se retrouve dans le droit interne de plusieurs États d'élargir la définition du viol pour y englober des actes qui étaient autrefois assimilés à des délits relativement moins graves, à savoir les violences sexuelles ou l'attentat à la pudeur. Cette évolution prouve qu'en droit interne, les États adoptent dans l'ensemble une attitude plus stricte envers des formes graves de violences sexuelles : une catégorie de plus en plus large de violences sexuelles sont désormais stigmatisées au même titre que le viol, à condition bien évidemment qu'elles répondent à certains critères, principalement celui de la pénétration physique forcée.¹⁰¹

41. La Cour de justice européenne, au contraire des autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux, s'est abstenue de prendre en considération la pratique ultérieure des États membres pour interpréter les traités fondateurs de l'Union (droit primaire de l'Union). Ce choix va dans le sens de sa démarche générale consistant à voir dans les traités fondateurs un « ordre juridique autonome » et, en conséquence, à ne pas viser ni appliquer la Convention de Vienne pour interpréter ces traités¹⁰². Néanmoins, la Cour prend effectivement en considération la pratique ultérieure lorsqu'elle interprète des accords que l'Union a conclus avec des États tiers et elle a reconnu l'intérêt de la « pratique constante des parties à l'accord » aux fins de leur interprétation¹⁰³.

2. Accords et pratique ultérieurs entre autres moyens d'interprétation

42. La consécration des accords ultérieurs et de la pratique ultérieurement suivie comme moyens d'interprétation par des organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux a conduit à leur application dans toute une série de

⁹⁸ *Kupreskić et autres* (jugement), IT-95-16 (14 janvier 2000), par. 541; voir aussi *Akayesu* (jugement), ICTR-96-4-T, chambre I (2 septembre 1998), par. 503 et 542 et suiv.

⁹⁹ *Tadić* (arrêt), IT-94-1 (15 juillet 1999), par. 94; *Jelisić* (voir note 65), par. 61.

¹⁰⁰ *Furundzija* (jugement), IT-95-17/1 (10 décembre 1998), par. 165 et suiv.

Ibid., par. 179; de même, *Musema* (jugement), ICTR-96-13-A, chambre de première instance (27 janvier 2000), par. 220 et suiv., en particulier par. 228.

¹⁰² Voir *supra*, par. 26 et 27.

¹⁰³ Voir affaire C-52/77, *Leonce Cayrol c. Giovanni Rivoira & Figli* [1977] ECR 2261, par. 18, p. 2277; voir aussi affaire C-432/92, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte *S.P. Anastasiou (Pissouri) Ltd and others* [1994] ECR I-3087, par. 43 et 50.

situations. Aux fins de la présente étude, on retiendra quelques exemples de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice qui illustrent le rôle que les accords et la pratique ultérieurs peuvent jouer par rapport à d'autres moyens d'interprétation. Parmi ces derniers, les plus importants sont « le sens ordinaire » à attribuer aux termes du traité, leur « contexte » et « [l'] objet et [le] but » du traité (art. 31, par. 1 de la Convention de Vienne).

a) Sens ordinaire

43. S'agissant du « sens ordinaire » à attribuer aux termes d'un traité, la Cour a considéré par exemple¹⁰⁴, dans l'avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, à propos des termes « du poison ou des armes empoisonnées », que :

[d]ans la pratique des États, ces termes ont été entendus dans leur sens ordinaire comme couvrant des armes dont l'effet premier, ou même exclusif, est d'empoisonner ou d'asphyxier. Ladite pratique est claire et les parties à ces instruments ne les ont pas considérés comme visant les armes nucléaires.¹⁰⁵

44. Dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, la Cour internationale de Justice a constaté que :

[l]'impression générale qui se dégage de l'examen des documents pertinents est que les fonctionnaires chargés de l'administration des douanes (...) ont utilisé, bien que pas toujours d'une façon très conséquente, tous les facteurs d'évaluation à leur disposition. Dans ces conditions, la Cour est d'avis que l'article 95 n'énonce pas de règle stricte en ce qui touche le point litigieux.¹⁰⁶

45. Et dans l'affaire *Mazilu*, la Cour a déclaré que :

[d]ans la pratique, et selon les informations fournies par le Secrétaire général, l'Organisation des Nations Unies a été amenée à confier des missions de plus en plus variées à des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire de l'Organisation. [...] Dans tous ces cas, il ressort de la pratique des Nations Unies que les personnes ainsi désignées, et en particulier les membres de ces comités ou commissions, ont été regardées comme des experts en missions au sens de la section 22.¹⁰⁷

46. Dans la plupart des cas, la Cour internationale de Justice a considéré que la détermination du « sens ordinaire » à attribuer aux termes du traité, tel qu'il ressort de la pratique ultérieurement suivie par les parties, avait un caractère décisif, que cette pratique conduise à une interprétation plus large ou plus restrictive du « sens

¹⁰⁴ Voir aussi *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)* (exceptions préliminaires) [1998], *C.I.J. Recueil 1998*, p. 306, par. 67; *Affaire des plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)* (exception préliminaire) [1996], *C.I.J. Recueil 1996*, p. 815, par. 30; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies* (avis consultatif) [1950], *C.I.J. Recueil 1950*, p. 9.

¹⁰⁵ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (avis consultatif) [1996], *C.I.J. Recueil 1996*, p. 248, par. 55.

¹⁰⁶ *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)* [1952], *C.I.J. Recueil 1952*, p. 211.

¹⁰⁷ *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies* (avis consultatif) [1989], *C.I.J. Recueil 1989*, p. 194, par. 48.

ordinaire »¹⁰⁸. Un exemple bien connu est celui de l'interprétation donnée par la Cour, dans son avis consultatif relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies*, aux termes « dépenses » (interprétation large) et « action » (interprétation restrictive) à la lumière de la pratique ultérieurement suivie par l'Organisation¹⁰⁹.

47. La pratique ultérieure des parties tend ainsi souvent à restreindre différents sens possibles à attribuer aux termes. Il se peut cependant aussi que la pratique ultérieure autorise à nuancer le sens ou suggère une interprétation large des termes d'un traité¹¹⁰.

b) Le contexte

48. Loin de se limiter à l'interprétation textuelle de ses termes, l'interprétation d'un traité recouvre aussi l'ensemble constitué par les « termes du traité dans leur contexte » (art. 31, par. 1, de la Convention de Vienne). Les accords et la pratique ultérieurs peuvent aussi influencer l'interprétation de telle ou telle règle lorsque la pratique se rapporte au traité dans son ensemble ou à d'autres règles conventionnelles pertinentes¹¹¹. C'est ainsi que, dans l'avis concernant l'*Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, la Cour internationale de Justice a déclaré :

Cet emploi du critère du tonnage immatriculé dans l'application de différentes dispositions de la Convention (...) amèn[e] la Cour à considérer comme improbable que l'on ait envisagé, lors de la rédaction de l'article 28 a) et de son incorporation dans la Convention, qu'il y eût un critère autre que le tonnage immatriculé pour déterminer les pays possédant les flottes de commerce les plus importantes¹¹².

49. Si les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie par les parties servent principalement à élucider des termes ambigus ou de caractère général¹¹³, il serait excessif de supposer que le sens de termes apparemment clairs échappe

¹⁰⁸ Voir, à titre d'exception, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras : Nicaragua (intervenante))* [1992], *C.I.J. Recueil 1992*, p. 586, par. 380.

¹⁰⁹ *Certaines dépenses des Nations Unies* (avis consultatif) [1962], *C.I.J. Recueil 1962*, p. 158 et suiv. (« dépenses »), et p. 164 et suiv. (« action »).

¹¹⁰ La Cour européenne des droits de l'homme, en particulier, admet que la diversité des pratiques suivies implique que les parties contractantes jouissent d'une large marge d'appréciation pour respecter leurs obligations en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme; voir, par exemple, *Lautsi et autres c. Italie* [GC], requête n° 30814/06 (CEDH, 18 mars 2011), par. 61; et *Van der Heijden c. Pays-Bas* [GC], requête n° 42857/05 (CEDH, 3 avril 2012), par. 31 et 61.

¹¹¹ Voir, par exemple, *Affaire relative à des Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)* (compétence et recevabilité) [1988], *C.I.J. Recueil 1988*, p. 87, par. 40.

¹¹² *Constitution du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la Navigation maritime* (avis consultatif) [1960], *C.I.J. Recueil 1960*, p. 169, et 167 et suiv.; dans le même sens : *Arbitrage relatif à la Convention OSPAR (Irlande – Royaume-Uni)* (2003), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (deuxième partie), p. 91, par. 141.

¹¹³ *Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)* [1960], *C.I.J. Recueil 1960*, p. 208 et suiv.; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* (voir note 19), déclaration de M. le juge *ad hoc* Guillaume, p. 290.

largement au risque d'être remis en question par de tels accords et pratique¹¹⁴. La Cour internationale de Justice a de fait, dans certains cas, considéré qu'une pratique ultérieure autorisait une interprétation plus évolutive d'une disposition conventionnelle apparemment claire. On trouve un exemple de cette solution dans l'avis consultatif relatif à la *Construction d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dans lequel la Cour a estimé :

que la pratique acceptée de l'Assemblée générale, telle qu'elle a évolué, est compatible avec le paragraphe 1 de l'[A]rticle 12 de la Charte¹¹⁵.

50. L'Article 12 de la Charte des Nations Unies est une disposition dont le texte ne reflète pas clairement ce qu'a suggéré la pratique ultérieurement suivie par l'Assemblée générale.

c) **Objet et but**

51. Aux termes de l'article 31, paragraphe 1, un traité doit être interprété « à la lumière de son objet et de son but ». Les accords et la pratique ultérieurs, d'une part, et l'objet et le but du traité, d'autre part, peuvent être étroitement liés. Ainsi, le comportement ultérieur des parties sert parfois à préciser l'objet et le but premiers du traité¹¹⁶. Dans l'affaire *Danemark c. Norvège*, par exemple, la Cour internationale de Justice a précisé l'objet et le but d'un accord bilatéral relatif à la délimitation du plateau continental en se référant à la pratique ultérieurement suivie ainsi qu'à l'application de l'accord par les parties¹¹⁷. Dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, la Cour a déclaré :

Il ressort des textes conventionnels et de la pratique analysés aux paragraphes 64 et 65 ci-dessus que la Commission du bassin du lac Tchad constitue une organisation internationale exerçant ses compétences dans une zone géographique déterminée; qu'elle n'a toutefois pas pour fin de régler au niveau régional des affaires qui touchent au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Elle n'entre donc pas dans les prévisions du Chapitre VIII de la Charte¹¹⁸.

52. Il a été dit que le caractère d'un instrument (par exemple, multilatéral/bilatéral/unilatéral; traité normatif/traité-contrat) et la nature de son

¹¹⁴ *Certaines dépenses des Nations Unies* (avis consultatif) (opinion individuelle de Sir Percy Spender) [1962], *C.I.J. Recueil* 1962, p. 189.

¹¹⁵ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (avis consultatif) [2004], *C.I.J. Recueil* 2004, p. 150, par. 28.

¹¹⁶ *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) [1971], *C.I.J. Recueil* 1971, p. 179; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (avis consultatif) [2004], *C.I.J. Recueil* 2004, p. 179, par. 109; *Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)* (exception préliminaire) [1996], *C.I.J. Recueil* 1996, p. 815, par. 30; Rosalyn Higgins, « Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law » dans Jerzy Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996), p. 180; Giovanni Distefano, « La Pratique subséquente des États parties à un traité » (1994), *Annuaire français de droit international*, vol. 40, p. 52 à 54.

¹¹⁷ *Affaire de la Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)* [1993], *C.I.J. Recueil* 1993, p. 51, par. 27.

¹¹⁸ *Affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)* (exceptions préliminaires) [1998], *C.I.J. Recueil* 1998, p. 306, par. 67.

contenu (par exemple, technique/axé sur des valeurs; économique/relatif aux droits de l'homme) en tant qu'éléments de l'objet et du but d'un traité contribueraient à déterminer la place laissée aux accords et à la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation¹¹⁹. De telles hypothèses ne peuvent cependant pas être clairement confirmées par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Les accords et la pratique ultérieurs ont constitué un important moyen d'interprétation de la Charte des Nations Unies¹²⁰, ainsi que de traités bilatéraux de frontière¹²¹ et aux fins d'actes de saisine unilatérale d'une cour ou d'un tribunal¹²². Et il n'y a, semble-t-il, guère de différence quant à l'importance relative des accords et de la pratique ultérieurs entre « traités normatifs » et « traités-contrats », à supposer qu'une telle distinction puisse être établie, ni davantage entre traités, ou dispositions, techniques ou axés sur des valeurs.

53. Cette observation tirée de l'examen de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice ne saurait cependant être d'application générale. Les organes juridictionnels et quasi juridictionnels relevant de traités internationaux de nature économique ou autre, ou relatifs aux droits de l'homme, mettent parfois davantage l'accent sur « l'objet et le but » du traité ou sur le « sens ordinaire » à attribuer aux termes du traité, selon le régime considéré¹²³. Il serait en conséquence prématuré de conclure de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice que le caractère d'un instrument et la nature de son contenu, en tant qu'éléments de l'objet et du but du traité, sont sans influence sur l'importance relative des accords ou de la pratique ultérieurs aux fins d'interprétation du traité. Le nombre relativement peu élevé d'affaires et l'absence de spécialisation de la Cour internationale de Justice n'ont peut-être pas permis jusqu'à présent de dégager une image plus différenciée de sa jurisprudence. Il y aurait donc lieu de revoir cette question de plus près à un stade ultérieur des travaux.

3. Interprétation contemporaine et interprétation évolutive

54. La portée juridique éventuelle des accords et de la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation dépend aussi de ce qu'on appelle le droit intertemporel¹²⁴. Il s'agit de savoir si un traité doit être interprété à la lumière des circonstances

¹¹⁹ *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) (opinion individuelle de M. Dillard) [1971], *C.I.J. Recueil 1971*, p. 154, note 1.

¹²⁰ Voir, par exemple, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (avis consultatif) [2004], *C.I.J. Recueil 2004*, p. 149, par. 27.

¹²¹ Voir, par exemple, *Affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)* [1999], *C.I.J. Recueil 1999*, p. 1087, par. 63.

¹²² Voir, par exemple, *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)* (exception préliminaire) [1952], *C.I.J. Recueil 1952*, p. 106.

¹²³ Voir *supra*, par. 11 à 27.

¹²⁴ Malgosia Fitzmaurice, « Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties » (2008), *Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 21, p. 101 et suiv.; T. O. Elias, « The Doctrine of Intertemporal Law » (1980), *American Journal of International Law*, vol. 74, p. 285 et suiv.; Don Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties* (British Institute of International and Comparative Law, 2003); Markus Kotzur, « Intertemporal Law », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://www.mpepil.com>, site consulté le 22 janvier 2013); Ulf Linderfalk, « Doing the Right Thing for the Right Reason : Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties » (2008), *International Community Law Review*, vol. 10, n° 2, p. 109 et suiv.; Alfred Verdross et Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht* (3^e éd., Duncker & Humblot, 1984), p. 496 et suiv., par. 782 et suiv.

existant au moment où il a été conclu (« interprétation contemporaine ») ou, au contraire, de celles existant au moment où il est appliqué (« interprétation évolutive »)¹²⁵. Initialement, l'observation de Max Huber dans l'affaire de l'île de *Palmas* selon laquelle « un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque de ce fait »¹²⁶ a conduit d'aucuns à privilégier de manière générale l'« interprétation contemporaine »¹²⁷.

a) Travaux antérieurs de la Commission

55. La Commission a principalement examiné la question du droit intertemporel à l'occasion de ses travaux sur le droit des traités et sur la fragmentation du droit international. Lors de ses travaux sur le projet d'articles sur le droit des traités, elle a examiné la question de l'interprétation des traités « dans le temps » dans le contexte de ce qui deviendra l'article 31, paragraphe 3 c), de la Convention de Vienne. À l'époque, la Commission a considéré que « toute tentative pour formuler une règle tenant compte de l'élément temporel (...) ne manquerait pas de soulever des difficultés », et elle a donc « conclu qu'elle devait omettre l'élément temporel »¹²⁸.

56. La question a été de nouveau abordée au sein du Groupe d'étude sur la fragmentation¹²⁹, dont les débats ont conduit à la conclusion qu'il était difficile de formuler et d'admettre une règle générale privilégiant soit le principe de contemporanéité soit une interprétation évolutive. Dans son rapport définitif, le Président du Groupe d'étude, Martti Koskenniemi, a dès lors conclu que mieux valait « se contenter de dégager quelques considérations »¹³⁰ à prendre en compte pour interpréter tel ou tel traité :

Il faut partir de l'idée que se prononcer sur cette question revient à interpréter le traité lui-même. Les termes employés donnent-ils une indication quelconque? Le « principe de contemporanéité » – en ce qui concerne le milieu normatif tel qu'il existait au moment où les obligations sont entrées en vigueur pour la partie intéressée – pourrait vraisemblablement servir de point de départ. Quand la terminologie même du traité, dans son contexte, permet-elle de tenir compte de l'évolution des choses? Les exemples suivants donnent une idée du moment où une telle hypothèse serait raisonnable :

a) Emploi d'un terme dans un traité qui n'est pas statique mais évolutif. (...)

b) Description des obligations en termes très généraux, qui renvoie en quelque sorte à l'état du droit au moment de son application. (...)

¹²⁵ M. Fitzmaurice, « Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties » (voir note 124), par. 101.

¹²⁶ *Affaire de l'île de Palmas (Pays-Bas c. États-Unis)* (1928), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 845.

¹²⁷ Higgins (voir note 116), p. 174.

¹²⁸ *Annuaire de la Commission du droit international 1966*, vol. II, p. 222, par. 16); Higgins (voir note 116), p. 178.

¹²⁹ Nations Unies, Assemblée générale, « Fragmentation du droit international », Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi (2006) (A/CN.4/L.682 et Corr.1, par. 475).

¹³⁰ *Ibid.*, par. 478.

57. Ainsi, les précédents travaux de la Commission laissent entrevoir la possibilité que les accords et la pratique ultérieurs jouent un rôle pour apprécier si, dans tel ou tel cas, il est plus indiqué de procéder à une interprétation contemporaine ou à une interprétation évolutive.

b) Rapports entre interprétation évolutive et interprétation à la lumière de la pratique ultérieure

58. La Cour internationale de Justice a examiné la question des rapports entre interprétation évolutive et pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*¹³¹. Cette affaire mettait en cause un traité de 1858 entre le Costa Rica et le Nicaragua, accordant au Costa Rica un droit de libre navigation sur les eaux du fleuve San Juan « con objetos de comercio » (« à des fins de commerce »). Le Nicaragua soutenait qu'à l'époque où le traité avait été conclu et pendant longtemps après, les États parties avaient interprété le terme « comercio » comme visant les seules marchandises à l'exclusion des services, en particulier du transport de personnes à des fins de tourisme. La Cour n'a cependant pas jugé cet argument convaincant :

D'une part, la prise en compte de la pratique ultérieure des parties, au sens de l'article 31 3 b) de la Convention de Vienne, peut conduire à s'écarter de l'intention originaire sur la base d'un accord tacite entre les parties. D'autre part, il existe des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été (...) de conférer aux termes employés (...) un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international¹³².

59. La Cour dira par la suite que le terme « comercio » était un « terme générique » dont « les parties ne pouvaient pas ignorer que le sens était susceptible d'évoluer avec le temps » et que « le traité en cause [avait] été conclu pour une très longue période », et d'en conclure que « les parties doivent être présumées (...) avoir eu l'intention de conférer » à ce terme « un sens évolutif »¹³³. Et puisque le terme « commerce » serait susceptible, à l'heure actuelle, de couvrir à la fois des marchandises et des services, la Cour a conclu que le Costa Rica avait le droit, en vertu du traité, de transporter non seulement des marchandises mais aussi des personnes sur le fleuve San Juan¹³⁴. Le juge Skotnikov, tout en désapprouvant une interprétation évolutive du traité, est parvenu à la même solution en admettant qu'une pratique ultérieure, à savoir l'existence d'activités touristiques du Costa Rica sur le San Juan « depuis au moins dix ans » contre lesquelles le Nicaragua n'avait « jamais protesté », alors qu'il avait au contraire « systématiquement autorisé la navigation touristique, » avait conduit à une interprétation différente du traité, aboutissant à inclure de tels services dans l'expression « objetos de comercio »¹³⁵. Le juge *ad hoc* Guillaume a lui aussi conclu « que la pratique est (...) en ce sens telle qu'attestée par le mémorandum d'accord entre les ministres du tourisme des

¹³¹ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* (voir note 19), p. 213.

¹³² *Ibid.*, par. 64.

¹³³ *Ibid.*, par. 66 à 68.

¹³⁴ *Ibid.*, par. 71.

¹³⁵ *Ibid.*, opinion individuelle de M. le juge Skotnikov, p. 283, et p. 285, par. 9.

deux États du 5 juin 1994 et le développement des croisières touristiques sur le San Juan au cours des dernières années »¹³⁶.

60. Il ressort de l'arrêt *Costa Rica c. Nicaragua* que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties peuvent avoir tant un effet favorable qu'un effet restrictif quant à la possibilité d'une interprétation évolutive. L'effet favorable consiste à confirmer qu'une interprétation évolutive d'un traité peut être fondée sur une pratique ultérieure comme moyen authentique d'interprétation. L'effet restrictif de la pratique ultérieure¹³⁷ apparaît lorsqu'elle est opposée à une interprétation évolutive fondée sur d'autres moyens, en particulier l'objet et le but du traité. Ainsi, les juges qui ont souligné la nécessité d'une stabilité des relations conventionnelles (Skotnikov, Guillaume) ont privilégié la reconnaissance d'une évolution informelle de l'interprétation par le biais d'une pratique ultérieure, alors que la Cour adopte une démarche plus dynamique en procédant à une forme plus abstraite d'interprétation évolutive. Quoi qu'il en soit, tous les juges ayant siégé dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua* ont appuyé la conclusion selon laquelle une interprétation évolutive est possible si elle s'accompagne d'une pratique ultérieure commune des parties.

61. L'approche nuancée, proposée dans le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international et dans l'arrêt *Costa Rica c. Nicaragua*, est bien ancrée dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Cela n'empêche cependant pas que la nécessité de choisir entre une interprétation plus contemporaine et une interprétation plus évolutive réapparaisse dans des cas particuliers. Le juge Guillaume, notamment, a évoqué l'existence de deux différents courants de jurisprudence, l'un tendant vers une interprétation plus contemporaine et l'autre vers une interprétation plus évolutive¹³⁸. Il faut toutefois remarquer que les cas qui, selon lui, se prêtent à une interprétation plus contemporaine concernent principalement des termes spécifiques figurant dans des traités de frontière (« ligne de partage des eaux »¹³⁹; « thalweg du chenal principal »¹⁴⁰; noms de lieux¹⁴¹; « embouchure » d'une rivière¹⁴²). Dans de tels cas, on peut logiquement penser que les modifications de sens de certains termes (généraux ou spécifiques) ne modifient pas, normalement, le fond de l'accord considéré, qui est conçu pour être aussi stable et aussi indépendant du

¹³⁶ Ibid., déclaration de M. le juge *ad hoc* Guillaume, p. 290, et p. 298 et 299, par. 16.

¹³⁷ Voir, par exemple, Alan Boyle et Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), p. 246.

¹³⁸ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* (voir note 19), déclaration de M. le juge *ad hoc* Guillaume, p. 290, p. 294 et suiv., par. 9 et suiv.; voir aussi Rapport de la Commission du droit international, cinquante-septième session (A/60/10), par. 467 et 479; rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi (2006) (A/CN.4/L.682 et Corr.1, par. 478); résolution de l'Institut de droit international sur « Le problème intertemporel en droit international public » (1975), *Annuaire de l'Institut de droit international*, 536.

¹³⁹ *Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)* (fond) [1962], *C.I.J. Recueil 1962*, p. 14.

¹⁴⁰ *Affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)* [1999], *C.I.J. Recueil 1999*, p. 1060 et suiv., par. 21.

¹⁴¹ *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie* (2002), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, troisième partie, p. 110, par. 3.5.

¹⁴² *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))* [2002], *C.I.J. Recueil 2002*, p. 339, par. 48.

contexte que possible. En revanche, les cas susceptibles de justifier une interprétation évolutive sont axés sur des termes dont le sens est intrinsèquement plus dépendant du contexte. Tel est le cas, en particulier, des expressions « les conditions particulièrement difficiles du monde moderne » ou « le bien-être et le développement de ces peuples » qui figuraient à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations, et dont la Cour internationale de Justice, dans son *avis consultatif sur la Namibie*, a donné une interprétation progressiste en prenant en considération l'évolution du droit des peuples à l'autodétermination après la Seconde Guerre mondiale¹⁴³. D'autres raisons susceptibles de justifier une interprétation évolutive sont le caractère « générique » d'une formule figurant dans un traité¹⁴⁴ et le fait que le traité a été conclu « sans limite de durée »¹⁴⁵. Des raisons plus spécifiques peuvent aussi justifier une interprétation évolutive. Dans l'affaire *Iron Rhine*, par exemple, le maintien de la viabilité et de l'efficacité de l'accord a constitué, en soi, un motif important ayant conduit le tribunal à admettre qu'il lui fallait peut-être donner une interprétation évolutive à des règles, même relativement techniques¹⁴⁶.

62. En tout état de cause, les décisions dans lesquelles la Cour internationale de Justice a entrepris une interprétation évolutive ne se sont pas beaucoup écartées du texte ni des objectifs déterminables des parties au traité, tels que celles-ci les avaient aussi exprimés dans leurs accords et pratique ultérieurs¹⁴⁷. Il semble ainsi que l'interprétation évolutive ne constitue pas une méthode distincte d'interprétation, mais qu'elle résulte plutôt d'une application correcte des moyens habituels d'interprétation¹⁴⁸. Il est donc logique que les accords et la pratique ultérieurs aient joué un rôle important dans les principales affaires dans lesquelles des cours et tribunaux ont admis et appliqué une interprétation évolutive. Dans l'affaire de la *Namibie*, par exemple, la Cour internationale de Justice a pris en considération la pratique des organes de l'ONU et des États pour formuler les conclusions qu'elle a tirées de la nature intrinsèquement évolutive du droit à l'autodétermination. Dans l'affaire de la *mer Égée*, la Cour a estimé qu'il était « significatif » que le « sens naturel et générique », selon elle, de l'expression « statut territorial » soit confirmé

¹⁴³ *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* [1971], C.I.J. Recueil 1971, p. 30, par. 51.

¹⁴⁴ *Affaire du Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)* [1978], C.I.J. Recueil 1978, p.32, par. 77.

¹⁴⁵ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* (voir note 19), p. 213, par. 66.

¹⁴⁶ *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine («Ijzeren Rijn») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, Cour permanente d'arbitrage (décision du 24 mai 2005), par. 80 : « in the present case it is not a conceptual or generic term that is in issue, but rather new technical developments relating to the operation and capacity of the railway » [La présente espèce met en cause, non pas un terme conceptuel générique, mais de nouvelles évolutions techniques concernant l'exploitation et la capacité du chemin de fer]; voir aussi *Affaire du Plateau continental de la mer Égée* [1978], C.I.J. Recueil 1978, p. 32, par. 77; voir aussi *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal (Guinée-Bissau c. Sénégal)* (sentence du 31 juillet 1989), *Recueil des sentences arbitrales*, p. 151 et 152, par. 85.

¹⁴⁷ Voir aussi *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal* (1989), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, deuxième partie, p. 119 et suiv., et 151 et suiv., par. 85.

¹⁴⁸ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* (voir note 19), déclaration de M. le juge *ad hoc* Guillaume, p. 290 et p. 294, par. 9; Verdross et Simma, *Universelles Völkerrecht* (voir note 124), p. 498.

par la pratique administrative des Nations Unies et le comportement de la partie qui invoquait son interprétation restrictive dans un contexte différent¹⁴⁹.

63. Dans l'ensemble, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et des tribunaux arbitraux ne semble pas contredire le soutien généralement apporté, parmi les principaux auteurs contemporains, à une interprétation évolutive des traités, comme l'a relevé le tribunal dans l'affaire *Iron Rhine*¹⁵⁰. D'autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux se sont montrés plus ou moins ouverts à une interprétation évolutive. Tandis que l'Organe d'appel de l'OMC n'a admis et appliqué qu'à titre exceptionnel une interprétation évolutive, une approche évolutive de l'interprétation est devenue un trait caractéristique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (selon laquelle la Convention européenne des droits de l'homme est un « instrument vivant »¹⁵¹). Ainsi, même s'il convient peut-être encore de poser à titre de présomption qu'un traité doit être interprété à la lumière du droit qui lui est contemporain, il ne s'agit plus d'une forte présomption et elle rencontre un certain nombre d'exceptions dont la liste reste ouverte.

4. Conclusion : projet de conclusion 2

64. Pris ensemble, les développements qui précèdent conduisent à proposer le projet de conclusion suivant¹⁵² :

Projet de conclusion 2

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieurs en tant que moyens d'interprétation authentiques

Les accords et la pratique ultérieurs des parties à un traité sont des moyens d'interprétation authentiques à prendre en considération aux fins de l'interprétation des traités.

Les accords et la pratique ultérieurs des parties peuvent guider l'interprétation évolutive d'un traité.

¹⁴⁹ *Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)* [1978], *C.I.J. Recueil 1978*, p. 31, par. 74.

¹⁵⁰ *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas* (voir note 146), par. 81; voir, par exemple, J. M. Sorel, « Article 31 », dans Olivier Corten et Pierre Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités* (Bruylant, 2006), p. 1330, par. 55.

¹⁵¹ OMC, *États-Unis-Crevettes* (voir note 30), par. 130; Cour européenne des droits de l'homme, *Tyrrer* (voir note 46), par. 31; *Al-Saadoon et Mufdhi* (voir note 42), par. 119, citant *Öcalan* (voir note 46), par. 163; *Selmouni* (voir note 46), par. 101.

¹⁵² Voir les conclusions préliminaires 4 et 7 du Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps (A/66/10, par. 344), en particulier les conclusions préliminaires 4 et 7 (première et deuxième phrases) :

4) Reconnaissance en principe des accords ultérieurs et de la pratique ultérieurement suivie comme moyen d'interprétation

Tous les organes juridictionnels et quasi juridictionnels examinés admettent que les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), de la Convention de Vienne constituent un moyen d'interprétation qu'il leur faut prendre en considération lorsqu'ils interprètent et appliquent des traités.

7) Interprétation évolutive et pratique ultérieure

L'interprétation évolutive est une forme d'interprétation téléologique qui peut être guidée par la pratique ultérieure au sens étroit et au sens large.

V. Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation d'un traité

65. L'article 31 de la Convention de Vienne consacre, en son paragraphe 3 a), « tout accord ultérieur » (1) et admet sous certaines conditions, en son paragraphe 3 b), la « pratique ultérieurement suivie » comme des moyens d'interprétation d'un traité. La pratique ultérieurement suivie par une ou plusieurs parties à tel traité peut aussi être un moyen d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne même si toutes les conditions posées à l'article 31, paragraphe 3 b), ne sont pas satisfaites. Il est par conséquent nécessaire de définir les concepts d'« accord ultérieur » et de « pratique ultérieure ».

1. Accord ultérieur

66. Le concept d'« accord ultérieur » suscite des questions quant : a) à la forme de l'accord ultérieur et la distinction à opérer entre celui-ci et « la pratique ultérieurement suivie [...] par laquelle est établi l'accord des parties »; b) au caractère relationnel de l'accord ultérieur; c) au nombre requis de parties; et d) au sens de « ultérieur ».

a) Forme de « tout accord ultérieur » et distinction à opérer entre celui-ci et la « pratique ultérieure [...] par laquelle est établi l'accord des parties »

67. L'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne utilise l'expression « accord ultérieur » et non « traité ultérieur ». Ce n'est cependant pas à dire que l'« accord ultérieur » est nécessairement moins solennel que le « traité ». Encore qu'au sens de la Convention de Vienne, le « traité » doit revêtir une forme écrite (art. 2, par. 1 a) de la Convention), le droit international général n'ignore pas cette prescription¹⁵³. Le terme « accord », dans la Convention de Vienne¹⁵⁴ comme en droit international général n'implique aucun degré particulier de solennité. L'article 39 de la Convention de Vienne, qui édicte la règle générale selon laquelle « [u]n traité peut être amendé par accord entre les parties », a été explicité par la Commission comme signifiant qu'« [u]n accord portant amendement peut prendre toute forme que choisiront de lui donner les parties au premier traité »¹⁵⁵. De même, les rédacteurs de la Convention de Vienne n'ont mis aucune condition formelle

¹⁵³ *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, compétences et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1994*, p. 112, par. 120 et suiv.; voir Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff, 2008), p. 81; Philippe Gautier, « Article 2 (1969) », dans Olivier Corten et Pierre Klein (dir. publ.) *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I (Oxford University Press, 2011), p. 38 et suiv.; Jan Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law* (Kluwer Law International, 1996), p. 49 et suiv.; voir également A. Aust, « The Theory and Practice of Informal International Instruments » (1986), *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, Issue 4, p. 787 et 794 et suiv.

¹⁵⁴ Voir art. 2, par. 1) a), 3, 24, par. 2), 39 à 41, 58 et 60 de la Convention de Vienne.

¹⁵⁵ *Annuaire de la Commission du droit international (1966)*, vol. II, p. 253; voir aussi Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (voir note 153), art. 39, p. 513, par. 7; Philippe Sands, « Article 39 (1969) », dans Corten et Klein (dir. publ.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (voir note 153), p. 971 et 972, par. 31 à 34.

particulière aux accords au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), de la Convention¹⁵⁶.

68. S'il est vrai que tout traité est un accord, tous les accords ne sont pas des traités. L'« accord ultérieur », au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne, a précisément pour finalité d'être un élément dont il « sera » uniquement « tenu compte » aux fins de l'interprétation d'un traité, sans nécessairement avoir un caractère contraignant¹⁵⁷. La question de savoir quand l'accord ultérieur entre les parties est contraignant et dans quelles circonstances il est un simple moyen d'interprétation sera examinée, ainsi que plusieurs autres, dans un futur rapport.

69. Il est cependant nécessaire d'établir une distinction entre l'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne et « toute pratique ultérieurement suivie [...] par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention. À défaut, tout accord établi par la pratique ultérieurement suivie serait en même temps un « accord ultérieur au sujet de l'interprétation du traité » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention.

70. Il convient de noter d'emblée qu'en faisant une distinction entre « tout accord ultérieur » (art. 31, par. 3 a)) et « toute pratique ultérieurement suivie [...] par laquelle est établi l'accord des parties » [art. 31, par. 3 b)], la Commission n'avait pas entendu distinguer selon leurs effets juridiques éventuels. Il ressort de son commentaire que l'« accord ultérieur » constitue « une interprétation authentique des parties, qui doit être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation »¹⁵⁸, et que la « pratique ultérieure », « de façon analogue », « constitue à nouveau une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité »¹⁵⁹. Cette explication donne à penser que la différence entre les deux concepts tient en ceci que l'« accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions » a pour effet *ipso facto* de constituer une interprétation authentique du traité, la « pratique ultérieure » n'ayant cet effet que si elle « traduit les vues communes aux parties sur le sens des

¹⁵⁶ Le projet d'article 27, par. 3) b) de la CDI, qui est ensuite devenu l'article 31, par. 3) b) de la Convention de Vienne, contenait le terme « entente », auquel la Conférence de Vienne a substitué le terme « accord ». Cette modification était considérée comme une simple question de forme. Voir *Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière*, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités (première session, *Documents officiels*) (Vienne, 26 mars-24 mai 1968) (A/CONF.39/11, p. 169); Hazel Fox, « Articles 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention », dans Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias et Pamos Merkouris (dir. publ.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Martinus Nijhoff, 2010), p. 63; voir également *Affaire de l'île de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibie), *C.I.J. Recueil 1999*, 1045, opinion dissidente du juge Weeramantry, par. 23 et suiv.

¹⁵⁷ Voir cependant les observations formulées par Ronald Bettauer, Conseiller juridique adjoint du Département d'État des États-Unis à la réunion, tenue le 10 octobre 2010, du Comité des juristes du barreau de la ville de New York sur la politique nucléaire, sur le thème du respect par les États-Unis du droit international relatif aux armes nucléaires, dont des extraits sont reproduits dans Sally J. Cummins (dir. publ.), *Digest of United States Practice in International Law 2006* (International Law Institute, 2007), p. 1260 et 1261.

¹⁵⁸ *Annuaire de la CDI* (1966), vol. II, p. 241, par. 14.

¹⁵⁹ *Ibid.*, par. 15.

termes »¹⁶⁰. Cela donne à penser qu'il est en général plus facile de rapporter la preuve de l'« accord ultérieur intervenu entre les parties » que celle de la « pratique ultérieurement suivie [...] par laquelle est établie l'accord des parties »¹⁶¹.

71. La jurisprudence des organes juridictionnels internationaux trahit quelque hésitation à opérer une distinction nette entre accords et pratique ultérieurs. Dans l'affaire *Libye/Tchad*, la Cour internationale de Justice (CIJ) a utilisé l'expression « attitudes que les parties ont adoptées par la suite » à la fois pour désigner ce qu'elle appellera par la suite « accords ultérieurs » et « attitudes » unilatérales ultérieures¹⁶². Dans l'affaire *Indonésie/Malaisie*, la Cour ne s'est pas prononcée quant à savoir si telle ou telle carte pouvait constituer un accord ultérieur ou une pratique ultérieure¹⁶³. Dans l'affaire *relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a pris en considération les « positions adoptées ultérieurement par les parties » afin d'établir que celles-ci avaient « reconnu en pratique que les termes exprès du traité lui-même étaient négociables »¹⁶⁴. Dans la sentence arbitrale *CME*, un tribunal de la CNUDCI a utilisé l'expression « positions communes » entre l'État de l'investisseur et l'État défendeur afin de confirmer son interprétation du traité d'investissement sans dire si cette question relevait de l'alinéa a) ou de l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne¹⁶⁵. De même les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC n'ont pas toujours distingué nettement entre accord ultérieur et pratique ultérieure¹⁶⁶.

¹⁶⁰ *Annuaire de la Commission du droit international* (1966), vol. II, p. 241 et 242, par. 15; Wolfram Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (Springer, 1983), p. 294.

¹⁶¹ Affaire de *L'île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibi)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 1087, par. 63.

¹⁶² Affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1994*, p. 6, par. 66 et suiv.

¹⁶³ *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipedan (Indonésie c. Malaisie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 625, par. 61.

¹⁶⁴ *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)* (1997), arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 77, par. 138; voir également l'*Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)* (*Compétence et recevabilité*), arrêt, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 6, par. 28 (« conduite ultérieure »).

¹⁶⁵ *CME Czech Republic B.V. (Pays-Bas) c. République tchèque* (sentence finale), procédure conduite conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (14 mars 2003), par. 437 (http://italaw.com/documents/CME-2003-Final_001.pdf, consulté le 6 mars 2013).

¹⁶⁶ Voir « Lignes directrices pour l'établissement des listes » dans *Mexique – Mesures visant les services de télécommunication – Rapport du Groupe spécial* (2 avril 2004) (WT/DS204/R) et dans *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris : Rapport de l'Organe d'appel* (7 avril 2005) (WT/DS/285/AB/R); pour une interprétation de la décision de 1981 du Conseil du GATT, voir *États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger » – Rapport du Groupe spécial, non contesté* (8 octobre 1999) (WT/DS108/R). Voir le « Code SCM » dans *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée – Rapport du Groupe spécial, non porté en appel* (17 octobre 1996) (WT/DS22/R), et « dérogation » dans *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – deuxième recours à l'article 21.5, Rapport de l'Organe d'appel* (26 novembre 2008) (WT/DS27/AB/RW2/ECU et WT/DS27/AB/RW/USA).

72. Le Groupe spécial de l'ALENA dans l'affaire *CCFT (c. États-Unis)*¹⁶⁷ a traité de façon plus explicite de la question de la distinction entre accord ultérieur au sens de l'alinéa a) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne et pratique ultérieure au sens de l'alinéa b). Dans ladite espèce, les États-Unis soutenaient que, prises ensemble, un certain nombre de mesures prises de façon unilatérale par chacune des parties à l'ALENA constituaient un accord ultérieur¹⁶⁸. Dans un premier temps, le Groupe spécial a estimé que les éléments de preuve ne permettaient pas d'établir l'existence d'un accord ultérieur :

Le défendeur soutient qu'il existe un tel « accord ultérieur » renvoyant à ses propres déclarations sur la question, devant le présent Tribunal et d'autres instances; aux conclusions présentées par le Mexique en application de l'article 1128 en l'espèce; et aux déclarations du Canada sur la question, d'abord lors de la mise en application de l'ALENA et, par la suite, dans son contre-mémoire dans l'affaire *Meyers*.

Tous ces éléments indiquent certainement l'existence de quelque chose qui se rapproche d'un accord mais qui, de l'avis du Tribunal, ne suffit pas à constituer un « accord ultérieur » entre les parties à l'ALENA. [...] Le Tribunal conclut qu'il n'existe pas sur cette question d'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne¹⁶⁹.

73. Dans un second temps, le Groupe spécial a cependant conclu que ces mêmes éléments de preuve constituaient une pratique ultérieure à retenir :

Reste à savoir s'il existe une « pratique ultérieure », par laquelle est établi l'accord des parties à l'ALENA sur cette question au sens de l'article 31, paragraphe 3 b). Le Tribunal conclut à l'existence d'une telle pratique ultérieure. Si, de l'avis du Tribunal, les éléments de preuve versés au dossier ne permettent pas d'établir l'existence d'un « accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions », les preuves produites par le défendeur démontrent qu'il existe néanmoins une « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité »¹⁷⁰.

74. Cette jurisprudence donne à penser que la distinction entre « accord ultérieur » et « pratique ultérieurement suivie [...] par laquelle est établi l'accord des parties », au sens de l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne, fait apparaître une

¹⁶⁷ *CCFT (c. États-Unis)* (voir note 38); *Compañía del Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine* (Décision sur la demande de récusation du Président du Comité), affaire n° ARB/97/3 (3 octobre 2001) [2004] ICSID Rep 330, par. 12; voir Panos Merkouris et Malgosia Fitzmaurice, « Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies From the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement », dans Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias et Panos Merkouris (dir. publ.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on* (Martinus Nijhoff, 2010), p. 217 à 233.

¹⁶⁸ *CCFT (c. États-Unis)* (voir note 38), par. 174 à 177.

¹⁶⁹ *Ibid.*, par. 184 à 187.

¹⁷⁰ *Ibid.*, par. 188 et 189; *Aguas del Tunari SA c. République de Bolivie* (accord bilatéral d'investissement Pays-Bas/Bolivie) (Décision relative aux exceptions à la compétence soulevées par le défendeur), CIRDI, affaire n° ARB/02/3 (21 octobre 2005) [2005] 20 *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal* (2006), p. 450, par. 251; Procédure prévue pour la Convention OSPAR (*Irlande c. Royaume-Uni*) (2003) (voir note 112), p. 110, par. 180.

différence de norme de preuve à appliquer pour déterminer l'expression « authentique » de la volonté des parties. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure sont à distinguer, selon que l'on peut déceler une position commune *en tant que telle* dans une expression commune ou qu'il est nécessaire d'identifier indirectement un accord sur la base de tel ou tel comportement ou telles ou telles circonstances. Ainsi, l'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne doit se manifester en tant que tel, bien que non nécessairement sous forme écrite¹⁷¹, alors que la « pratique ultérieure » regroupe toutes les (autres) formes de comportement ultérieur pertinent d'une ou plusieurs parties à un traité qui concourent à la manifestation d'un accord des parties au sujet de l'interprétation du traité.

75. Ainsi, si elle peut aider à identifier tel accord intervenu entre les parties, la « pratique ultérieure » ne constitue pas l'accord proprement dit. Il n'est cependant pas à exclure que la « pratique » et l'« accord » coïncident et ne puissent être distingués sur la base d'éléments de preuve externes. C'est pourquoi on utilise souvent l'expression « pratique ultérieure » pour désigner une catégorie générale plus large qui englobe les moyens d'interprétation mentionnés à l'alinéa a) et l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne¹⁷². Si elle est parfaitement envisageable en théorie, cette interprétation extensive de l'expression « pratique ultérieure », aurait cependant pour effet d'effacer la distinction faite dans la Convention de Vienne et dont le but est d'avertir les États et autres autorités chargées d'appliquer le droit des différents types de comportement interprétatif ultérieur des parties à prendre en considération.

b) Caractère relationnel

76. L'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne doit concerner « l'interprétation du traité ou [...] l'application de ses dispositions » et, par conséquent, être relationnel. Par un tel accord, les parties doivent avoir, éventuellement entre autres buts, l'intention d'éclaircir le sens du traité ou d'indiquer comment ce traité doit s'appliquer¹⁷³.

77. On peut souvent retrouver la mention « au sujet [...] du traité » en recherchant quelque indication de la subordination de l'« accord ultérieur » au traité considéré. Une telle mention peut aussi se trouver dans un traité ultérieur qui renferme l'accord au sujet du sens d'un traité précédemment conclu entre les mêmes parties. Ainsi, dans l'affaire *Danemark c. Norvège*, la Cour a recherché si le « traité signé par la suite "entre les parties" dans le même domaine » pouvait être utilisé aux fins de l'interprétation du traité antérieur, mais a rejeté cette hypothèse parce que le traité ultérieur ne contenait « aucune mention » du traité antérieur¹⁷⁴. Dans l'affaire *Costa*

¹⁷¹ Sorel, « Article 31 » (voir note 150) p. 1320, par. 43; Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2008), p. 209.

¹⁷² *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* (demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006) *C.I.J. Recueil 2006*, p. 113, par. 53 : dans cette affaire, même un accord verbal ultérieur explicite avait été qualifié par l'une des parties de « pratique ultérieure ».

¹⁷³ OMC, *États-Unis-Thon II (Mexique)* (voir note 80), WT/DS381/AB/R, par. 366 à 378, en particulier par. 372; Ulf Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (Springer, 2007), p. 164 et suiv.

¹⁷⁴ *Affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt, *CIJ Recueil 1993*, p. 38, par. 28.

Rica c. Nicaragua, le juge Guillaume a invoqué la pratique effective du tourisme sur le fleuve San Juan conformément à un mémorandum d'accord signé entre les deux États¹⁷⁵. La question est cependant de savoir si le mémorandum d'accord en question se voulait, selon les parties, une interprétation du traité frontalier en question. En conséquence, même un accord explicite entre les parties ne vaut pas nécessairement « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne s'il ne se rapporte pas de façon suffisante au traité considéré.

78. Il n'est pas nécessaire, aux fins des définitions, de s'arrêter sur le caractère relationnel de l'« accord ultérieur », lequel sera examiné dans la suite des travaux.

c) Nombre de parties

79. L'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne s'entend de tout accord entre « les parties », c'est-à-dire entre toutes les parties au traité (art. 2 du paragraphe 1 g) de la Convention). Ce n'est cependant pas à dire que l'expression « accord ultérieur », en soi et indépendamment de l'article 31, paragraphe 3 a) de la Convention, est circonscrit, aux fins de l'interprétation des traités, aux accords entre toutes les parties au traité. En effet, il est aussi des exemples d'accords intervenus entre un nombre limité de parties à un traité au sujet de l'interprétation de ce traité.

80. Les traités comptant un grand nombre de parties sont parfois mis en œuvre pour des accords bilatéraux ou régionaux ultérieurs. Ces accords comportent généralement des déclarations concernant l'interprétation qu'il est permis de faire du traité considéré (« bilatéralisme en série »)¹⁷⁶. La Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale de 1944¹⁷⁷ offre un exemple de cette forme d'application ultérieure par voie d'accords bilatéraux dans un cadre conventionnel multilatéral. Entre trois et quatre mille accords de services aériens ou accords de transport aérien, pour la plupart bilatéraux¹⁷⁸ ont été conclus depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Chicago. Ce système bilatéral a été regardé comme un « écheveau complexe d'accords de services aériens imbriqués les uns aux autres »¹⁷⁹, qui « a évolué au gré de la pratique ultérieure des États »¹⁸⁰. Ces traités bilatéraux ne sont pas des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne n'étant conclus que par un nombre limité de parties à un traité multilatéral. Néanmoins, si pris ensemble ils sont suffisamment concordants et assez nombreux, ils peuvent établir un accord entre toutes les parties quant au sens et à la portée de telle ou telle disposition du traité multilatéral correspondant.

¹⁷⁵ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* (voir note 19), Déclaration du juge ad hoc Guillaume, p. 290, 298 et 299, par. 16.

¹⁷⁶ Cette expression est empruntée à Eyal Benvenisti et George W. Downs, « The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law » (2007), *Stanford Law Review*, vol. 60, p. 610 et 611.

¹⁷⁷ Convention relative à l'aviation civile internationale (Convention de Chicago) (signée à Chicago le 7 décembre 1944 et entrée en vigueur le 4 avril 1947), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, n° 102, p. 295.

¹⁷⁸ Voir Harry A. Bowen, « The Chicago International Civil Aviation Conference (1944-1945) » 13, *George Washington Law Review*, p. 308 et 309 et suiv.

¹⁷⁹ Department of Infrastructure and Transport of Australia, « The Bilateral System – how international air services work » (http://www.infrastructure.gov.au/aviation/international/bilateral_system.aspx, consulté le 31 janvier 2013).

¹⁸⁰ Brian F. Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation* (Kluwer Law International, 2009), p. 10.

81. Faut-il voir dans de tels accords entre un nombre limité de parties à un traité et concernant l'interprétation de celui-ci un « accord ultérieur » (au sens large) ou faut-il réserver l'expression « accord ultérieur » aux accords intervenus « entre [toutes] les parties » à un traité, comme le prévoit l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne? C'est en définitive une question de commodité terminologique, la réponse n'impliquant aucune conclusion quant à la valeur de tout « accord ultérieur » entre un nombre limité d'États parties aux fins de l'interprétation du traité. On peut donc en théorie établir une distinction entre, d'une part, l'accord (ultérieur) entre un nombre limité de parties concernant l'interprétation d'un traité et, d'autre part, des accords (ultérieurs) intervenus entre toutes les parties à un traité au sujet de l'interprétation de ce traité. Une telle distinction ne serait pas contraire à l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention, car cette disposition concerne les seuls accords du deuxième type, sans exclure la possibilité que ceux du premier type constituent des moyens d'interprétation complémentaires visés à l'article 32 de la Convention de Vienne ou non prévus par celui-ci.

82. En définitive, il est cependant plus commode aux fins du présent projet de réserver l'expression « accord ultérieur » aux accords entre toutes les parties à un traité qui se manifestent par un accord particulier unique (ou par un acte à l'égard duquel toutes les parties s'accordent sous une forme ou une autre)¹⁸¹. L'exemple des accords bilatéraux de services aériens démontre qu'un groupe d'accords différents intervenus entre un nombre limité de parties à un traité multilatéral peut tout aussi bien être considéré comme un ensemble de divers éléments factuels – une « pratique ultérieure » – qui, pris ensemble, « établi[ssent] l'accord [de toutes les] parties à l'égard de l'interprétation du traité » au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne.

83. Un groupe de différents accords intervenus entre un nombre limité de parties n'est pas un accord unique, comme l'est « tout accord ultérieur » visé par l'article 31, paragraphe 3 a). Par souci de clarté terminologique, il conviendrait de réserver le concept d'« accord ultérieur » aux accords uniques entre toutes les parties, comme l'indique l'article 31, paragraphe 3 a). Les accords ultérieurs (au sens large) intervenus entre un nombre limité de parties peuvent avoir valeur interprétative en tant que moyens complémentaires d'interprétations au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne mais, dans ce cas, ils constituent une forme de « pratique ultérieurement suivie » (au sens large) par laquelle n'est pas (encore) établi l'accord de toutes les parties (voir sect. V.2 a) ci-après).

d) Sens de l'adjectif « ultérieur »

84. La Commission a expliqué que les « accords ultérieurs » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne sont les seuls conclus « après la conclusion du traité »¹⁸². La date de la conclusion du traité n'est pas nécessairement celle de son entrée en vigueur (art. 24 de la Convention de Vienne). Il ressort des

¹⁸¹ Voir OMC, *États-Unis – Thon II (Mexique)* (voir note 80), WT/DS381/AB/R, par. 371; Conférence de révision du Statut de Rome (Kampala, 31 mai-12 juin 2010), résolution RC/Res.6, annexe III, adopté à la 13^e séance plénière, le 11 juin 2011; et, d'une manière générale, Stefan Barriga et Leena Groover, « A historic breakthrough on the crime of aggression » (2011), *American Journal of International Law*, vol. 105, n° 3, 517,533. Cet aspect sera examiné plus en détail dans un rapport ultérieur.

¹⁸² *Annuaire de la Commission du droit international (1966)*, vol. II, p. 241, par. 14.

articles 18 et 25 de la Convention qu'un traité peut, à certaines fins, déjà être considéré comme « conclu » avant d'être effectivement entré en vigueur. En pareils cas, la date pertinente est celle à laquelle le texte du traité a été établi de façon formelle¹⁸³.

85. Cette date est également pertinente aux fins de déterminer le moment à partir duquel un accord peut être considéré comme « ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne. On voit mal pourquoi un accord intervenu entre les parties entre la date à laquelle le texte d'un traité a été établi de façon formelle et celle de l'entrée en vigueur de ce traité devrait être moins pertinent, à des fins d'interprétation, qu'un accord intervenu après la date d'entrée en vigueur, ce qui cadre avec le régime des réserves défini aux articles 19 à 23 de la Convention, et les règles applicables aux déclarations interprétatives, qui sont *lex specialis*¹⁸⁴.

86. La question du moment à partir duquel l'accord est « ultérieur » n'a rien à voir avec celle de la date à laquelle l'accord prend effet entre les parties en tant que moyen d'interprétation du traité, laquelle dépend de la date à laquelle les États qui sont parvenus à l'accord sont effectivement devenus « parties » au traité, c'est-à-dire sont des États qui ont « consenti à être lié[s] par le traité et à l'égard [des]quel[s] le traité est en vigueur » (art. 2, par. g) de la Convention de Vienne).

87. Les « accords intervenus » et les « instruments établis »¹⁸⁵ « à l'occasion de la conclusion du traité » (art. 31, par. 2 de la Convention de Vienne) peuvent intervenir ou être établis soit avant soit après la date à laquelle le texte du traité est établi de façon formelle¹⁸⁶. S'ils interviennent ou sont établis après cette date, ils constituent des formes spéciales d'« accords ultérieurs ».

e) Accords interprétatifs en application d'une disposition conventionnelle particulière

88. Certaines dispositions conventionnelles, comme le paragraphe 2 de l'article IX de l'Accord instituant l'OMC, prévoient que les parties peuvent, sous certaines conditions, adopter des interprétations plus ou moins contraignantes concernant telle ou telle partie ou l'ensemble des dispositions du traité. Les effets juridiques des décisions prises par les parties en application de ces dispositions sont régis, en premier lieu, par les dispositions conventionnelles spéciales qui les concernent. Cependant, ces décisions peuvent constituer en même temps des « accords ultérieurs » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne, ainsi que l'a reconnu, par exemple, un groupe spécial de l'ALENA dans l'affaire *Methanex c. États-Unis*, concernant une disposition (art. 1105 de l'ALENA) au sujet de laquelle les parties à l'ALENA avaient adopté une « note interprétative » (« Note

¹⁸³ *Annuaire de la Commission du droit international (1951)* (version anglaise), vol. II, p. 70 et suiv.; *Annuaire de la Commission du droit international (1956)*, vol. II, p. 112; Shabtai Rosenne, « Treaties, Conclusion and Entry into Force », dans Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4 (North Holland Publishing, 2000) p. 933 : « à proprement parler, c'est la négociation qui se conclut par un traité »; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (voir note 153), p. 295 à 298, par. 9 à 13.

¹⁸⁴ Voir A/66/10/Add.1.

¹⁸⁵ Cela peut inclure les déclarations unilatérales auxquelles l'autre partie ne s'est pas opposée, voir Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfGE, vol. 40, p. 176; voir, d'une manière générale, Gardiner (voir note 171), p. 215 et 216.

¹⁸⁶ Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law* (voir note 77), p. 1274, par. 632.

de la Commission de libre-échange ») en application de l'article 1131, paragraphe 2, de l'Accord, aux termes duquel « une interprétation par la Commission d'une disposition du présent Accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section » :

Outre l'effet de l'article 1131, paragraphe 2, de l'ALENA, l'interprétation de la Commission de libre-échange doit aussi être envisagée à la lumière de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne étant donné qu'elle constitue un accord ultérieur entre les parties à l'ALENA sur l'interprétation de l'article 1105 de l'ALENA¹⁸⁷.

89. Bien que la note de la Commission de libre-échange ait été diversement accueillie par les groupes d'arbitres institués en vertu du chapitre 11¹⁸⁸, ces derniers n'ont généralement pas contesté qu'une décision prise en vertu de l'article 1131, paragraphe 2, de l'ALENA puisse, en principe, constituer en même temps un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne. Dans le même ordre d'idée, l'Organe d'appel de l'OMC a, dans l'affaire *CE – Bananes III*, déclaré ce qui suit :

Nous considérons qu'une interprétation multilatérale en vertu de l'article IX:2 de l'Accord sur l'OMC peut être assimilée à un accord ultérieur intervenu au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions conformément à l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne, dans la mesure où l'interprétation des accords de l'OMC est concernée.

[...]

Nous observons en outre que, dans ses commentaires sur le projet d'articles sur le droit des traités, la Commission du droit international (« CDI ») décrit un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne « comme [un] autre élément authentique d'interprétation dont il faut tenir compte en même temps que du contexte ». À notre avis, en faisant référence à une « interprétation authentique », la CDI interprète l'article 31 3) a) comme visant les accords influant spécifiquement sur l'interprétation d'un traité. Dans le contexte de l'OMC, les interprétations multilatérales adoptées conformément à l'article IX:2 de l'Accord sur l'OMC sont très semblables aux

¹⁸⁷ *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique* (sentence définitive du Tribunal d'arbitrage sur la compétence et sur le fond), arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA (3 août 2005), Part II, chap. H, par. 23 (http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/Methanex_Final_Award.pdf, consulté le 28 janvier 2013).

¹⁸⁸ *Pope & Talbot Inc. (demandeur) c. Gouvernement du Canada (défendeur)* (sentence sur le fond – phase 2), arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA (10 avril 2001), par. 46 et suiv. <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/Pope/PopeFinalMeritsAward.pdf>, consulté le 28 janvier 2013); *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique* (sentence arbitrale), arbitrage du CIRDI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/1 (9 janvier 2003), par. 177 (<http://www.state.gov/documents/organization/16586.pdf>, consulté le 28 janvier 2013); Charles Brower, « Why the FTC Notes of Interpretation Constitue a Partial Amendment of NAFTA Article 1105 » (2006), *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, n° 2, p. 349 et 350 et citations y incluses; Anthea Roberts, « Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation » (2010), *American Journal of International Law*, vol. 104, n° 2, p. 179 à 225.

accords ultérieurs au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne, [...] ¹⁸⁹

90. Ce n'est cependant pas à dire que toute décision prise ou accord conclu par les parties en vertu de telle ou telle disposition conventionnelle et ayant des conséquences pour l'interprétation soit aussi nécessairement un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne. Aux fins des définitions, il suffira cependant de noter qu'un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), ne doit pas nécessairement être autonome, mais peut également être prévu par le traité proprement dit.

2. Pratique ultérieure

91. Comme celui d'« accord ultérieur », le concept de « pratique ultérieure » suscite un certain nombre de questions, les plus importantes étant : a) la question de savoir si cette expression doit être interprétée restrictivement ou extensivement; b) celle du caractère « relationnel » de la pratique ultérieure; c) celle du sens de l'adjectif « ultérieure »; et d) celle de savoir qui sont les acteurs pertinents.

a) Définition large ou étroite?

92. Dans l'affaire *Japon : Boissons alcooliques II*¹⁹⁰, l'Organe d'appel de l'OMC a formulé une définition étroite de la pratique ultérieure aux fins de l'interprétation des traités :

... une pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations « concordants, communs et d'une certaine constance », suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.¹⁹¹

93. Le champ de cette définition ne se limite pas à la « pratique ultérieurement suivie » par les parties dans l'application du traité *en tant que tel*¹⁹², mais comporte en outre d'autres éléments qui figurent à l'article 31, paragraphe 3 b) de la Convention de Vienne, en particulier « l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ». Cette définition incite à penser que seule la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » peut être prise en considération aux fins de l'interprétation du traité, à l'exclusion de toute autre forme de pratique ultérieurement suivie par une ou plusieurs parties. Cette suggestion est cependant trompeuse. La jurisprudence de la C.I.J. et d'autres cours et tribunaux internationaux (i), et même celle de l'OMC (ii) démontrent que la pratique ultérieure qui remplit les conditions de l'article 31, paragraphe 3 b) de la Convention de Vienne n'est pas la seule forme de pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application d'un traité qui soit à prendre en considération aux fins

¹⁸⁹ *Communautés européennes – Bananes III, Second recours à l'article 21.5*, rapport de l'Organe d'appel (26 novembre 2008), WT/DS27/AB/RW2/ECU et Corr.1 et WT/DS27/AB/RW/USA et Corr.1, par. 383 et 390.

¹⁹⁰ OMC, *Japon : Boissons alcooliques II*, (voir note 31) WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et W/DS11/AB/R, et *Rapport du Groupe spécial* (11 juillet 1996), WT/DS8/R, WT/DS10/R et WT/DS11/R.

¹⁹¹ WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, sect. E.

¹⁹² Souligné par l'auteur.

de l'interprétation de ce traité. Cela conduit à conclure qu'il faut établir une distinction entre l'existence d'une « pratique ultérieurement suivie », en tant que telle, dans l'application d'un traité par une ou plusieurs parties et la question de savoir si cette « pratique ultérieurement suivie » établit « l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » (iii).

i) Jurisprudence de la Cour internationale de Justice et des autres cours et tribunaux internationaux

94. Les juridictions internationales ont établi une distinction entre, d'une part, la « pratique ultérieurement suivie » d'un commun accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b) de la Convention de Vienne et, d'autre part, la pratique ultérieure, dans un sens plus large, suivie par une ou plusieurs parties à un traité et pouvant aussi être pertinente aux fins de l'interprétation.

95. Dans l'affaire de *l'Île de Kasikili/Sedudu*, par exemple, la CIJ a statué que le rapport technique d'un expert qui avait été commandé par l'une des parties et qui avait « toujours conservé un caractère interne »¹⁹³, s'il ne pouvait être considéré comme constitutif d'une pratique ultérieurement suivie par laquelle était établi l'accord des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 b) de la Convention de Vienne, n'en était pas moins les conclusions « auxquelles elle était parvenue » par d'autres moyens d'interprétation¹⁹⁴. Il en allait de même des « constatations auxquelles les parties concernées [avaient] procédé séparément », qui étaient « exprimées en termes concordant dans un rapport conjoint »¹⁹⁵. On ne saurait bien évidemment accorder à cette pratique interprétative ultérieure, unilatérale ou parallèle, le même poids qu'à la pratique ultérieurement suivie par laquelle est établi l'accord de toutes les parties et elle ne peut donc donner forme à une interprétation « authentique » d'un traité par les parties.

96. Les tribunaux du CIRDI ont eux aussi utilisé la pratique ultérieure des États comme un moyen d'interprétation au sens large¹⁹⁶. Par exemple, considérant la question de savoir si les actionnaires minoritaires pouvaient accéder aux droits découlant des traités de protection de l'investissement et avaient qualité pour participer aux procédures du CIRDI, le tribunal en l'affaire *CMS c. Argentine* a statué que :

La pratique des États confirme également le sens de ce scénario évolutif. (...) Les participations minoritaires ou sans pouvoir de contrôle ont ainsi été incluses dans la protection accordée ou ont été admises à faire valoir leurs prétentions en leur nom propre. La pratique contemporaine en matière d'indemnisation forfaitaire (...), entre autres exemples, témoigne d'une souplesse de plus en plus grande dans le traitement des réclamations internationales¹⁹⁷.

97. La Cour européenne des droits de l'homme a, dans certaines affaires, fait référence à l'article 31, paragraphe 3 b) de la Convention de Vienne, sans déceler un

¹⁹³ Affaire de *l'Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)* C.I.J. Recueil 1999, p. 1045, par. 55.

¹⁹⁴ Ibid, p. 1096, par. 80.

¹⁹⁵ Ibid, p. 1096, par. 80.

¹⁹⁶ Fauchald (voir note 35) p. 345.

¹⁹⁷ *CMS Gas Transmission Company c. République argentine* (Traité d'investissement bilatéral États-Unis/Argentine) (Décision du tribunal sur les exceptions à la compétence) CIRDI, affaire n° ARB/01/8, (17 juillet 2003) [2003], 7 ICSID Report 492 (2003), par. 47 (note omise).

accord établi par la pratique ultérieure respective des parties. Elle a ainsi indiqué, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*¹⁹⁸, que sa manière de voir se trouvait « confirmée par la pratique ultérieurement suivie par les parties contractantes »¹⁹⁹, c'est-à-dire, par « la preuve d'une pratique dénotant un assentiment quasi universel entre les Parties contractantes : les articles 25 et 46 [...] de la Convention ne permettent pas des restrictions territoriales ou portant sur le contenu »²⁰⁰.

98. Plus fréquemment, la Cour européenne s'est fondée sur la pratique ultérieure, non nécessairement uniforme, des États en utilisant la législation nationale, et même la pratique administrative interne, comme moyens d'interprétation : depuis l'affaire *Tyrer c. Royaume Uni*, la Cour s'est généralement livrée à des exposés de la pratique ultérieure des États (et d'autres entités), sur lesquels elle s'est fondée pour guider ses interprétations « dynamiques » ou « évolutives ». Selon le résultat de son analyse, c'est-à-dire selon qu'elle constate un consensus, une absence de consensus, ou encore l'existence d'une majorité suffisamment qualifiée ou d'une tendance, la Cour se livre ou non à une interprétation dynamique. Dans l'affaire *Demir and Baykara c. Turquie*²⁰¹, par exemple, la Cour a déclaré que « quant à la pratique des États européens, on [pouvait] observer que dans une grande majorité de ceux-ci, le droit pour les fonctionnaires de mener des négociations collectives avec les administrations [avait] été reconnu »²⁰² et que « les exceptions existantes [pouvaient] être justifiées par des circonstances particulières »²⁰³. Dans *Koch c. Allemagne*, en revanche, la Cour, constatant que les Parties contractantes étaient « loin d'avoir atteint un consensus » en ce qui concernait l'autorisation de l'assistance au suicide, a refusé de limiter leur marge d'appréciation en adoptant une interprétation évolutive²⁰⁴. Enfin, dans l'affaire *S. H. et autres c. Autriche*, la Cour a fait observer que l'« émergence d'un consensus », à elle seule, ne pouvait restreindre la marge d'appréciation dont disposaient les États Membres pour autoriser ou non le don de gamètes à des fins de fécondation *in vitro*²⁰⁵.

99. La Cour interaméricaine des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme ont rarement pris en considération la pratique ultérieure des parties²⁰⁶ mais, lorsqu'elles l'ont fait, elles n'ont pas seulement considéré les cas dans lesquels la pratique établissait l'accord des parties. Ainsi, en l'affaire *Hilaire*,

¹⁹⁸ *Loizidou* (voir note 42).

¹⁹⁹ *Ibid.*, par. 79.

²⁰⁰ *Ibid.*, par. 80; il est à noter que la Cour a qualifié cette « pratique des États » d'« uniforme et cohérente », bien qu'elle ait admis que les déclarations de deux États (Chypre et le Royaume-Uni; « quel qu'en soit le sens ») constituaient sans doute des exceptions, par. 80 à 82.

²⁰¹ *Demir and Baykara* (voir note 42).

²⁰² *Ibid.*, par. 52.

²⁰³ *Ibid.*, par. 151; voir également *Jorgic c. Allemagne*, requête n° 74613/01 (CEDH, 12 juillet 2007), par. 69, affaire sélectionnée pour publication au *Recueil des arrêts et décisions*; *Sigurdur A. Sigurjónsson c. Islande* (1993), CEDH, série A, n° 264, par. 35; *A. c. Royaume-Uni* (CEDH 2002-X), par. 80 et 83.

²⁰⁴ *Koch c. Allemagne*, requête n° 497/09 (CEDH, 19 juillet 2012), par. 70.

²⁰⁵ *S. H. et autres c. Autriche* [GC], requête n° 57813/00 (CEDH, 3 novembre 2011), par. 96; voir également *Stummer c. Autriche* [GC], requête n° 37452/02 (CEDH, 7 juillet 2011), par. 105 à 109 et 129 à 132 : dans cette affaire également, la Cour, observant qu'il n'existait pas de « consensus européen », mais seulement une « tendance croissante », a refusé de se livrer à une interprétation dynamique.

²⁰⁶ Voir par. 39 *supra*.

*Constantine et Benjamin et autres c. la Trinité et Tobago*²⁰⁷, la Cour interaméricaine a statué que l'imposition automatique de la peine de mort pour toute forme de comportement ayant entraîné la mort d'une autre personne était incompatible avec l'article 4, paragraphe 2 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (qui limite l'application de la peine de mort aux crimes les plus graves). À l'appui de cette interprétation, la Cour a indiqué qu'il était

utile de considérer des exemples à cet égard, tirés de la législation des pays américains qui appliquent la peine de mort²⁰⁸

et a relevé que

[d]ans ces pays, la gradation en fonction de la gravité de chaque hypothèse de privation de la vie, depuis l'homicide jusqu'au parricide, est bien admise. Dans tous ces pays, il existe une diversité des peines qui correspond à celle des degrés de gravité²⁰⁹.

100. De même que la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme est sensible aux arguments fondés sur la pratique ultérieure lorsqu'il s'agit d'examiner la justification d'empiètements sur les droits prévus par le Pacte²¹⁰. Pour interpréter les termes assez généraux de l'article 19, paragraphe 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité a considéré la pratique pertinente des États. Partant de l'observation selon laquelle :

on [pouvait] trouver des restrictions similaires dans de nombreuses juridictions²¹¹,

le Comité a conclu que l'objectif poursuivi par la loi contestée ne sortait pas, en tant que tel, du cadre des buts envisagés à l'article 19, paragraphe 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²¹². Cependant, lorsqu'il tient compte de la pratique ultérieure, le Comité se livre en général à une évaluation sommaire sans donner de références précises²¹³.

101. Le Tribunal international du droit de la mer s'est quelquefois référé à la pratique ultérieure des parties, sans toutefois chercher à préciser si un accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité était effectivement établi par celle-ci. Dans l'*affaire du navire SAIGA (n° 2)*²¹⁴, par exemple, le Tribunal a examiné la pratique des États au regard du droit à la légitime défense prévu par l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. En se fondant sur la « pratique normale à laquelle il est fait recours pour stopper un navire », le Tribunal n'a pas précisé quelles étaient les pratiques respectives des États mais a supposé qu'il existait une certaine norme

²⁰⁷ *Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. la Trinité et Tobago* (voir note 94) (opinion individuelle concordante du Juge Sergio García Ramírez).

²⁰⁸ *Ibid.*, par. 12.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Kim Jong-Cheol c. République de Corée* (27 juillet 2005) (CCPR/C/84/D/968/2001), Communication n° 968/2001.

²¹¹ *Ibid.*, par. 8.3.

²¹² *Ibid.*

²¹³ Pour une affaire similaire, voir *Yoon et Choi c. République de Corée* (voir note 56), par. 8.4; dans cette affaire (voir CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, appendix), Ruth Wedgwood, membre du Comité, a critiqué l'approche du Comité qui, selon elle, présentait un point de vue sélectif.

²¹⁴ *Affaire du navire SAIGA (n° 2) (Arrêt)* (voir note 97), par. 155 et 156.

générale²¹⁵. Dans les Affaires du thon à nageoires bleues, le Tribunal a indiqué que la pratique suivie par les parties dans l'application de la Convention de 1993 pour la conservation du thon à nageoire bleues était pertinente aux fins d'évaluer dans quelle mesure ces parties se conformaient aux obligations que leur impose la Convention sur le droit de la mer²¹⁶. Ainsi, le Tribunal s'est fondé sur la pratique (ultérieurement) suivie dans l'application d'un traité autre que la Convention sur le droit de la mer et qui ne regroupe pas toutes les parties à celles-ci²¹⁷.

102. Le jugement *Jelusic* expose l'approche méthodologique générale des tribunaux pénaux internationaux. Se référant à la Convention sur le génocide et à la pratique suivie dans son application,

La Chambre de première instance [...] interprète les termes [de la Convention] conformément aux règles générales d'interprétation des traités énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. [...] La Chambre a tenu par ailleurs compte de la pratique ultérieure à laquelle la Convention a donné lieu. Une importance particulière a été accordée aux jugements rendus par le Tribunal pour le Rwanda [...] La pratique des États, notamment par l'intermédiaire de leurs juridictions internes, ainsi que les travaux effectués en ce domaine par les instances internationales, ont aussi été pris en compte²¹⁸.

103. Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a pris en considération des formes de pratique des États encore plus générales, notamment l'évolution de la législation des États membres, qui peut donner lieu à des changements d'interprétation en ce qui concerne la liste des crimes ou leurs éléments²¹⁹.

ii) Jurisprudence des organes juridictionnels de l'OMC

104. Même les organes juridictionnels de l'OMC opèrent à l'occasion une distinction entre la « pratique ultérieure » qui répond à toutes les conditions de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne et les autres formes de pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité, dont ils reconnaissent aussi la pertinence aux fins de l'interprétation du traité. Dans l'affaire *États-Unis – Article 110(5) de la loi sur les droits d'auteur*²²⁰ (non portée en appel), par exemple, le Groupe spécial devait se prononcer sur l'applicabilité d'une « doctrine des exceptions mineures » concernant le paiement des droits d'auteur²²¹. Ayant trouvé des preuves de l'existence d'une telle doctrine dans la législation nationale de plusieurs États Membres, le Groupe spécial a noté ce qui suit :

[...] [n]ous rappelons que l'article 31 3) de la Convention de Vienne dispose qu'aux fins de l'interprétation il sera tenu compte en même temps que du

²¹⁵ Ibid., par. 156; voir aussi affaire du « Tomimaru » (*Japon c. Fédération de Russie*), *Prompte mainlevée* (arrêt du 6 août 2007), affaire TIDM n° 15, par. 72.

²¹⁶ Affaires du thon à nageoires bleues (*Nouvelle Zélande c. Japon, Australie c. Japon*) (Mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999), affaires TIDM n°s 3 et 4, par. 50.

²¹⁷ Ibid., par. 45.

²¹⁸ *Jelusic* (voir note 65), par. 61 (notes de bas de page omises); voir également *Krstić* (voir note 65), par. 541.

²¹⁹ *Furundzija* (voir note 100), par. 165 et suiv. et 179.

²²⁰ *États-Unis – Article 110(5) de la loi sur les droits d'auteur*, Rapport du Groupe spécial (15 juin 2000), WT/DS160/R.

²²¹ Voir Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), art. 9.1.

contexte a) de tout accord ultérieur et b) de toute pratique ultérieure ou c) de toute règle pertinente de droit international applicable entre les parties. Nous notons que les parties et les tierces parties ont porté à notre attention plusieurs exemples de limitations inscrites dans les législations nationales de divers pays sur la base de la doctrine des exceptions mineures. À notre avis, la pratique des États telle qu'elle transparaît dans les législations nationales relatives au droit d'auteur des membres de l'Union de Berne avant et après 1948, 1967 et 1971, ainsi que des membres de l'OMC avant et après la date à laquelle l'Accord sur les ADPIC est devenu applicable pour eux, confirme notre conclusion relative à la doctrine des exceptions mineures²²².

Le Groupe spécial a ajouté, en note, la mise en garde suivante :

En donnant ces exemples de la pratique des États nous ne voulons pas exprimer un point de vue sur la question de savoir s'ils sont suffisants pour constituer une « pratique ultérieure » au sens de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne²²³.

105. On trouvera un autre exemple de la prise en considération de la pratique ultérieure au sens large dans l'affaire *Communauté européenne – Matériels informatiques*, où l'Organe d'appel a reproché au Groupe spécial de n'avoir pas pris en considération les décisions du Comité du système harmonisé de l'Organisation mondiale des douanes (OMD) en tant que pratique ultérieure pertinente :

Pour formuler une interprétation correcte, il aurait fallu aussi examiner l'existence et la pertinence d'une pratique ultérieure. Nous notons que les États-Unis se sont référés, devant le Groupe spécial, aux décisions prises par le Comité du Système harmonisé de l'OMD en avril 1997 concernant le classement de certains matériels de réseau local comme MATI. Singapour, tierce partie dans la procédure de groupe spécial, s'est également référée à ces décisions. Les Communautés européennes ont fait observer qu'elles avaient formulé des réserves au sujet de ces décisions [...] Toutefois, nous considérons que pour interpréter les concessions tarifaires reprises dans la Liste LXXX, les décisions de l'OMC peuvent être pertinentes.²²⁴

106. Ainsi, à y regarder de plus près, la jurisprudence des organes juridictionnels de l'OMC établit une distinction entre une définition étroite qui pose les conditions dans lesquelles la « pratique ultérieure » est pleinement pertinente au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne et un concept plus général de pratique ultérieure qui ne présuppose pas un accord entre toutes les parties au traité²²⁵. Cette pratique ultérieure au sens large peut alors être prise en considération en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne.

²²² *États-Unis – Article 110(5) de la loi sur les droits d'auteur*, Rapport du Groupe spécial (voir note 220), par. 6.55.

²²³ *Ibid.*, note 68.

²²⁴ *Communautés européennes – Matériels informatiques* (voir note 79), par. 90; voir également Isabelle Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford University Press, 2009), p. 342.

²²⁵ Voir également OMC, *États-Unis – EPO-Rapports de l'organe d'appel* (29 juin 2012), WT/DS384/AB/R et WT/DS386/AB/R, par. 452.

iii) Conclusions

107. La jurisprudence des cours et tribunaux internationaux, y compris l'organe de règlement de l'OMC, admet que peuvent être prises en considération aux fins de l'interprétation non seulement la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » mais aussi, éventuellement, d'autres éléments de la pratique ultérieure qui ne reflètent pas un accord de toutes les parties à l'égard de l'interprétation du traité. Le concept de « pratique ultérieure » devrait par conséquent être défini au sens large. Une définition étroite, telle que celle qu'a retenue l'organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*²²⁶, peut être utile aux fins d'établir s'il existe une interprétation du traité authentique et recevant l'accord de toutes les parties au sens du paragraphe 3 b) de l'article 31 de la Convention de Vienne. Il convient de ne pas exclure d'emblée la possibilité de prendre en considération, aux fins de l'interprétation, d'autres éléments de la pratique ultérieurement suivie par les États dans l'application du traité, étant donné qu'ils peuvent, dans certaines situations, constituer un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne. Cette prise en considération de la pratique ultérieure (au sens large) doit cependant toujours rester dans les limites imposées par la règle selon laquelle l'interprétation d'un traité ne saurait être potestative et « l'opinion d'un État ne constitue pas le droit international »²²⁷. La distinction opérée entre la pratique ultérieure convenue, au sens étroit de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne, et tous les autres éléments de la pratique ultérieure (au sens large) sert alors à indiquer qu'il convient d'attribuer à la première une plus grande valeur interprétative.

108. La distinction opérée entre la pratique ultérieure (convenue) au sens étroit de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne et la pratique ultérieure au sens large qui inclut tout cas particulier d'interprétation ou d'application du traité par une partie aide aussi à répondre à la question de savoir si la « pratique ultérieure » doit prendre la forme de mesures répétées de façon plus ou moins fréquente²²⁸ ou si les mesures prises de façon ponctuelle en application du traité peuvent être suffisantes²²⁹. Dans le cadre de l'OMC, l'Organe d'appel a conclu :

²²⁶ Voir par. 92 *supra*; l'Organe d'appel a tiré cette définition d'une publication de Sir Ian Sinclair (*The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2^e édition, Manchester University Press, 1984), p. 137), elle-même inspirée d'une formulation similaire en français par Mustafa Kamil Yasseen dans « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités » (1976, vol. 3), *Recueil des Cours*, vol. 151, p. 48 et 49. Yasseen, un ancien membre de la CDI, s'était inspiré d'éléments tirés des travaux de la Commission, mais cette définition n'a jamais été adoptée par la CDI ou par la CIJ.

²²⁷ *Sempra Energy International c. République argentine* (Sentence arbitrale) Affaire CIRDI n° ARB/02/16 (28 septembre 2007), par. 385. (https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC694_En&caseId=C8) consulté le 6 mars 2013; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. c. République argentine* (Sentence arbitrale) Affaire CIRDI n° ARB/01/3) (22 mai 2007), par. 337; OMC, États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^e plainte) – *Rapport du Groupe spécial* (22 octobre 2010), WT/DS353/R, note de bas de page 2420, par. 7.953.

²²⁸ Villiger (voir note de bas de page 153), p. 431.

²²⁹ Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir note 173), p. 166.

Un acte isolé n'est généralement pas suffisant pour constituer une pratique ultérieure; seule une suite d'actes établissant l'accord des parties peut être prise en considération²³⁰.

109. Si toutefois la pratique ultérieure découle d'un éventuel accord entre les parties, alors, comme l'admettent les organes juridictionnels internationaux, la fréquence des mesures prises en application d'un traité n'est pas un élément nécessaire de la définition du concept de « pratique ultérieure »²³¹.

110. Ainsi, la « pratique ultérieure » au sens large recouvre toute mesure prise en application du traité par une ou plusieurs parties. Elle peut prendre diverses formes²³². Elle peut être constituée soit par l'application directe du traité considéré, soit par une déclaration concernant l'interprétation ou l'application de ce traité. Elle peut prendre la forme de déclarations officielles concernant le sens du traité, de protestations pour défaut d'exécution de ses dispositions, ou encore d'un consentement tacite face à des déclarations ou à des actes émanant d'autres parties²³³.

b) Caractère relationnel

111. De même qu'aux termes de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne, l'accord ultérieur doit concerner l'interprétation ou l'application du traité, la pratique ultérieure est celle qui doit être « suivie dans l'application du traité ». Cela vaut non seulement pour la pratique ultérieure par laquelle est établi l'accord, au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne, mais aussi pour la pratique ultérieure dans un sens général. Il faut donc que la pratique ultérieure ait donné lieu à une action en application du traité, y compris à l'invocation de ses dispositions, ou qu'un silence éloquent ait été observé à cet égard²³⁴; il en va de même des déclarations concernant le traité faites à l'occasion d'un différend juridique ou à une conférence diplomatique, des communications officielles motivées par le traité, ou encore de l'adoption d'une législation interne ou de la conclusion de nouveaux accords internationaux aux fins de l'application du traité.

112. Il convient cependant de mentionner qu'un groupe spécial de l'ALENA a rejeté l'idée que la législation interne puisse être utilisée comme un guide pour l'interprétation des traités :

Enfin, compte tenu du fait que l'une et l'autre parties ont fait des références à leur législation nationale relative aux transports terrestres, le Groupe spécial juge qu'il y a lieu de citer l'article 27 de la Convention de Vienne, qui dispose qu'« [...] une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne

²³⁰ Japon – Boissons alcooliques II, Organe d'appel (voir note 31), sect. E.

²³¹ Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international* (Bruylant, 2006), p. 506 et suiv.

²³² Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press, 2000), p. 191.

²³³ Wolfran Karl (voir note 160), p. 114 et suiv.

²³⁴ *Annuaire de la Commission du droit international* (1966, vol. II, p. 242, par. 15; *Affaire du Temple de Preah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* (Fond) Arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 23; *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, (Compétence et recevabilité), Arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 392, par. 39; *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle* (1977), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, deuxième partie, par. 168 et 169; le rôle du silence sera examiné de façon plus détaillée dans le prochain rapport sur le sujet.

comme justification de la non-exécution d'un traité ». Cette disposition conduit le Groupe spécial à examiner non pas le droit interne mais le droit international applicable. Par conséquent, ni le droit interne des États-Unis ni celui du Mexique ne devrait être utilisé aux fins de l'interprétation de l'ALENA. Cela reviendrait à appliquer un cadre juridique inadapté²³⁵.

113. Si la règle posée à l'article 27 de la Convention de Vienne est assurément valide et importante, il ne s'ensuit pas que le droit interne ne peut être pris en compte en tant que guide possible pour l'interprétation s'il est une manifestation de la pratique ultérieurement suivie par l'État dans l'application du traité. D'autres organes juridictionnels internationaux, en particulier ceux de l'OMC et la Cour européenne des droits de l'homme, l'ont reconnu, et ont régulièrement opéré une distinction entre d'une part les dispositions législatives nationales (et autres mesures d'application prises au niveau national) qui sont contraires aux obligations découlant du traité et, d'autre part, les textes et les mesures adoptés au niveau national qui peuvent servir de moyens d'interprétation du traité²³⁶.

114. Il convient en revanche de distinguer la pratique ultérieure considérée aux fins de l'interprétation du traité des autres faits ultérieurs, moins immédiats, qui peuvent éventuellement influencer sur cette interprétation. Il en est ainsi parce que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties « au sujet de l'interprétation du traité » contribuent, ou du moins peuvent contribuer, à un élément « authentique » d'interprétation du traité. S'il se peut qu'en fin de compte, on ne parvienne pas à faire clairement la différence entre la pratique ultérieure des parties qui se rapporte spécifiquement à un traité et la pratique qui, d'une manière ou d'une autre, est effectivement en rapport avec ce traité, il paraît néanmoins logique d'établir une distinction entre ces deux catégories. Seul un comportement qu'adoptent les parties « au sujet de l'interprétation du traité » devrait pouvoir être traité comme une contribution « authentique » à l'interprétation.

115. Il n'est pas non plus toujours facile de distinguer les accords ou la pratique ultérieurs des « règle[s] pertinente[s] [ultérieures] de droit international applicable[s] dans les relations entre les parties » (art. 31, par. 3 c). Il apparaît que le principal critère à cet égard est de savoir si un accord est intervenu « au sujet de l'interprétation du traité ».

c) Sens de « ultérieur »

116. Comme c'est le cas des accords ultérieurs, la pratique pertinente aux fins de l'interprétation est « ultérieure » si elle a été suivie « après la conclusion du traité »²³⁷, c'est-à-dire après que le texte du traité a été établi de façon formelle²³⁸.

²³⁵ *Cross-Border Trucking Services* (voir note 86), par. 224.

²³⁶ Voir, par exemple, *États-Unis – Article 110(5)*, *Loi sur les droits d'auteur*, Rapport du Groupe spécial (voir note 220), par. 6.55; *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS350/R, par. 7.217; OMC, *États-Unis – Droits anti-dumping et compensateurs (Chine)*, Rapport de l'Organe d'appel (11 mars 2011) WT/DS379/AB/R, par. 335 et 336; *CMS Gas Transmission Company c. République argentine* (voir note 197), par. 47; affaire *V. c. Royaume-Uni* [GC], Requête n° 24888/94, CEDH 1999-IX, par. 73; affaire *Kart c. Turquie* [GC], Requête n° 8917/05 (CEDH, 13 décembre 2009), par. 54, affaires sélectionnées pour publication au *Recueil des arrêts et décisions*; *Sigurjónsson* (voir note 203), par. 35; affaire *A c. Royaume-Uni* (voir note 203), par. 80.

²³⁷ *Annuaire de la Commission du droit international* (1966), vol. II, p. 221, par. 14.

²³⁸ Voir par. 84 à 87 *supra*.

d) Acteurs

117. Une question importante a trait aux acteurs qui peuvent exercer la pratique ultérieure considérée. L'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne n'indique pas explicitement qu'il doit s'agir de la pratique des parties au traité elles-mêmes, mais semble l'impliquer. Il est certain que ce sont les parties elles-mêmes, agissant par la voie de leurs organes²³⁹, qui ont compétence pour exercer une pratique interprétative du traité et pour appliquer le traité ou le commenter. Il ne faut cependant pas exclure que des personnes privées (physiques ou morales) puissent « appliquer » un traité dans certains cas. Une telle pratique non étatique doit néanmoins pouvoir être attribuée à un État partie en particulier pour être pertinente aux fins d'établir un élément d'interprétation authentique²⁴⁰. Ce point est examiné ci-dessous dans la section VI (projet de conclusion 4).

3. Conclusion : projet de conclusion 3

118. Prises ensemble, les sources et développements qui précèdent conduisent à proposer le projet de conclusion suivant²⁴¹ :

Projet de conclusion 3

Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation d'un traité

Aux fins de l'interprétation des traités, on entend par « accord ultérieur » tout accord exprès entre les parties à un traité qui se rapporte à l'interprétation ou à l'application des dispositions de celui-ci.

Aux fins de l'interprétation des traités, on entend par « pratique ultérieure » tout comportement, ou prise de position, d'une ou de plusieurs parties à un traité qui se rapporte à l'interprétation ou à l'application de celui-ci.

La pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité est un moyen d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne. D'après l'article 32 de la Convention, d'autres formes de pratique ultérieure peuvent servir de moyens complémentaires d'interprétation dans certaines circonstances.

²³⁹ Karl (voir note 160) p. 115 et suiv.

²⁴⁰ Voir par. 119 à 144 *infra*.

²⁴¹ Voir conclusions préliminaires 5 et 8 du Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps (A/66/10, par. 344), en particulier la conclusion préliminaire 5 :

5) Le concept de pratique ultérieure comme moyen d'interprétation

La plupart des organes juridictionnels et quasi juridictionnels examinés n'ont pas défini le concept de pratique ultérieure. La définition donnée par l'organe d'appel de l'OMC (« une suite d'actes ou de déclarations “concordants, communs et d'une certaine constance”, suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation des traités ») conjugue l'élément de « pratique » (« une suite d'actes ou de déclarations ») et l'exigence d'un accord (« concordants, communs ») comme il est prévu à l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne sur le droit des traités (pratique ultérieure au sens étroit). D'autres organes examinés ont cependant également employé le concept de « pratique » comme moyen d'interprétation sans viser ni exiger un accord perceptible entre les parties (pratique ultérieure au sens large).

VI. Attribution à l'État d'une pratique suivie dans l'application d'un traité

119. L'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne parlant de « tout accord ultérieur intervenu entre les parties », tandis que l'article 31, paragraphe 3 b), ne mentionne que la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité », nous nous demanderons dans un premier temps quelles conditions doivent être remplies pour qu'une pratique « suivie dans l'application du traité » puisse être attribuée à un État et donc qualifiée de pratique interprétative de l'État (1). Dans le même ordre d'idées, nous examinerons si l'évolution de la société (2) et la pratique d'autres acteurs que les États (3) peuvent aussi entrer en ligne de compte dans l'interprétation d'un traité et, plus particulièrement, si on peut considérer qu'ils manifestent l'accord des parties concernant l'interprétation du traité.

1. Portée de la pratique pertinente des États

120. L'attribution de la qualité de « pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité » à un certain comportement dépend notamment du jeu des règles d'attribution applicables. Les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission contiennent des règles sur l'attribution d'un comportement à un État²⁴². Mais l'attribution d'une pratique à un État en vue d'établir sa responsabilité et l'attribution d'une pratique à un État aux fins de l'interprétation d'un traité sont deux choses distinctes. L'éventail des faits illicites susceptibles d'être attribués à un État dépasse nécessairement, et de loin, celui des actes accomplis dans l'application d'un traité. On imagine ainsi difficilement que le « comportement d'un organe de l'État » qui « outrepassa sa compétence » ou que le « comportement d'un mouvement insurrectionnel » (respectivement, art. 7 et 10 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite) puissent être qualifiés de pratique ultérieure pertinente.

121. Aux fins de l'interprétation des traités, sujet qui nous intéresse en l'espèce, les règles d'attribution applicables seront donc fonction des spécificités de l'interprétation et de l'application des traités par leurs parties. Cela signifie que seul le comportement des organes de l'État partie qui sont considérés, aux yeux de la communauté internationale, comme responsables de l'application de tout ou partie du traité, ou les comportements réputés approuvés par eux, pourront être attribués à un État. La pratique ultérieure des États peut sans aucun doute être le fait d'un haut responsable gouvernemental au sens de l'article 7 de la Convention de Vienne. Toutefois, dans la mesure où l'application des traités incombe rarement à ce type de personnalité, les cours et tribunaux internationaux ont admis que le comportement d'autorités subalternes, voire même d'autres acteurs, puisse être qualifié de pratique ultérieure pertinente aux fins de l'interprétation d'un traité. Ainsi, dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, la Cour internationale de Justice a estimé qu'il ne fallait pas avoir une lecture littérale de l'article 95 de l'acte d'Algésiras et que celui-ci devait s'interpréter à la lumière de la pratique des autorités douanières locales²⁴³. Dans l'affaire *Île de Kasikili c. Sedudu*, la Cour a même estimé que la présence continue de membres de la tribu des

²⁴² Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, annexe.

²⁴³ *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 août 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 211.

Masubia sur une île située à la frontière entre la Namibie (ancien sud-ouest africain) et le Botswana (ancien Bechuanaland) pouvait être considérée comme une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne, pour autant qu'elle :

ait participé de la conviction des autorités du Caprivi que la frontière fixée par le traité de 1890 suivait le chenal sud du Chobe; et d'autre part, que ce fait ait été pleinement connu et accepté par les autorités du Bechuanaland comme confirmant la frontière fixée par le traité²⁴⁴.

122. *L'Affaire du temple de Préah Vihéar* nous montre que dans certaines situations le comportement de fonctionnaires subalternes et la pratique locale ne peuvent être attribués à l'État. Soucieuse de défendre sa frontière, la Thaïlande a soutenu que certaines cartes fournies par la France s'écartaient manifestement du tracé initialement convenu et qu'elles n'avaient été vues que par des fonctionnaires siamois de rang inférieur qui n'avaient pas compétence pour accepter le tracé au nom du gouvernement du pays. La Cour a estimé que :

[s]i les autorités siamoises n'ont montré les cartes qu'à des fonctionnaires subalternes, elles ont nettement agi à leurs propres risques et cela ne saurait appuyer les prétentions de la Thaïlande sur le plan international²⁴⁵.

La Cour laisse ainsi entendre que si les autorités supérieures n'avaient rien su de l'existence de la carte, le comportement des fonctionnaires subalternes n'aurait pu être attribué à la Thaïlande.

123. La jurisprudence des tribunaux arbitraux confirme que la pratique ultérieure pertinente puisse être le fait d'un fonctionnaire subalterne si la communauté internationale s'attend à ce qu'il soit chargé de l'application du traité. Dans la sentence sur les dettes extérieures allemandes, le tribunal a qualifié de pratique ultérieure pertinente une lettre que la Banque d'Angleterre avait adressée à l'Administration fédérale allemande d'administration de la dette²⁴⁶. De même, dans l'affaire relative au *Régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, le tribunal arbitral a, après avoir admis que la pratique de l'administration fiscale française consistant à ne pas imposer les pensions des retraités de l'UNESCO puisse, en principe, constituer la pratique ultérieure pertinente, estimé qu'il lui fallait en définitive se fonder sur les déclarations officielles d'autorités susceptibles d'exprimer la position de l'État français²⁴⁷.

124. Il s'ensuit que la pratique des autorités subalternes ou locales dans l'application d'un traité peut être considérée comme la pratique ultérieure pertinente

²⁴⁴ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1094.

²⁴⁵ *Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, Fond, arrêt du 15 juin 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 25.

²⁴⁶ *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2 e) de l'annexe I.A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre*, sentence du 16 mai 1980, Recueil des sentences arbitrales, vol. XIX, Part III, p. 103, par. 31.

²⁴⁷ *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, décision du 14 janvier 2003, Recueil des sentences arbitrales, vol. XXV, Part IV, p. 257, par. 66, et p. 259, par. 74.

aux fins de l'interprétation dudit traité lorsque l'on peut s'attendre à ce que les autorités supérieures aient connaissance de cette pratique et l'aient acceptée comme élément de l'interprétation ou de l'application des traités²⁴⁸.

2. Attribution à l'État du comportement ultérieur qui est le fait d'acteurs privés ou d'une évolution de la société

125. La « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité » est normalement le fait de ceux qui, d'après ledit traité, sont chargés d'assurer cette application, à savoir les États parties eux-mêmes. Mais il n'est pas exclu que « [l']accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation » du traité puisse indirectement se déduire de la pratique d'autres acteurs. Pour l'heure, les juridictions n'ont toutefois admis qu'à de très rares occasions que la pratique d'autres acteurs puisse être attribuée à un État partie aux fins de l'interprétation d'un traité.

126. Le Tribunal des différends irano-américains, qui est amené à statuer sur des questions impliquant une coopération étroite entre des organismes publics et des entités privées, a été confronté à la question de savoir s'il pouvait attribuer certains comportements d'entités privées à l'un ou l'autre État afin d'établir la pratique ultérieure pertinente. Il a estimé que la prise en compte de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité international, à la lumière des circonstances de l'espèce, était un principe consacré de l'interprétation des traités, sachant que cette pratique devait être le fait des parties au traité et manifester l'accord de celles-ci concernant l'interprétation du traité. Il en a conclu que l'une des parties aux négociations sur le règlement, la banque Markazi, était une entité iranienne et que l'on pouvait donc considérer que sa pratique était attribuable à l'Iran en sa qualité de partie aux Déclarations d'Alger, mais que les autres participants aux négociations et aux accords de règlement, à savoir les banques américaines, n'étaient pas des entités publiques et que leur pratique ne pouvait être attribuée au Gouvernement américain en tant que partie aux Déclarations d'Alger²⁴⁹.

127. Cette manière de voir a été critiquée par le juge Ansari, qui, dans son opinion dissidente, a estimé que la majorité aurait dû tenir compte du rôle des organes de supervision de l'État, déclarant que l'Iran avait argué du fait qu'il fallait, aux fins de l'interprétation des « engagements », tenir dûment compte de la pratique ultérieure des parties durant leurs négociations sur le règlement et avait, pour étayer son argument, remis au tribunal des accords de règlement conclus en application desdits

²⁴⁸ Voir également M. Kamto, « La volonté de l'État en droit international », 2004, *Recueil des cours*, vol. 310, p. 141 à 144.

²⁴⁹ *The United States of America (and others) and The Islamic Republic of Iran (and others)* (voir note 81), p. 71 (en anglais uniquement); de même, *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) (9 septembre 2004) (Iran-USCTR), par. 127 et 128 (en anglais uniquement); voir également opinion dissidente du Président Lagergren dans l'affaire *International Schools Services, Inc. (ISS) and National Iranian Copper Industries Company (NICICO)* (voir note 81), p. 348 et 353 (en anglais uniquement), où il déclare en substance que la disposition de la Convention de Vienne sur les accords ultérieurs vise les accords entre États parties à un traité et qu'un accord de règlement entre deux parties à un arbitrage ne peut pas être mis sur un pied d'égalité avec un accord entre deux États qui sont parties à un traité, même si la République islamique d'Iran était l'une des parties à l'arbitrage dans cette affaire.

« engagements » et au titre desquels des banques américaines lui avaient directement versé des fonds. Or, d'après lui, ces accords, de par leurs termes mêmes, n'auraient pu être appliqués sans l'approbation du Trésor américain et de la Réserve fédérale de New York en leur qualité d'agents financiers des États-Unis et cette pratique ultérieure des parties était déterminante et fournissait des éléments supplémentaires à l'appui de l'argument de l'Iran²⁵⁰.

128. Cette opinion dissidente soulève un point important, mais il ne semble pas, en l'occurrence, que l'argument selon lequel l'État était impliqué en raison de son rôle de « supervision » ait permis de démontrer que telle était bien l'interprétation de l'État concerné et donc de lui attribuer la conduite des entités privées aux fins de l'interprétation du traité.

129. La Cour européenne des droits de l'homme²⁵¹ semble être la seule instance judiciaire internationale à avoir considéré qu'une « acceptation sociale accrue »²⁵² (de certains comportements ou certaines caractéristiques physiques) et « l'évolution de la société »²⁵³ puissent entrer en ligne de compte dans l'interprétation d'un traité, sans toutefois clairement faire le lien entre cette évolution et des décisions particulières des organes de l'État. Les deux affaires les plus importantes²⁵⁴ à cet égard sont *Dudgeon c. Royaume-Uni*²⁵⁵ et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*²⁵⁶.

130. L'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* concernait l'existence de lois ayant pour effet d'ériger en infractions certains actes homosexuels entre hommes adultes et consentants. La Cour a estimé, à propos des lois de l'Irlande du Nord de l'époque, qu'on comprenait « mieux aujourd'hui le comportement homosexuel qu'à l'époque de l'adoption de ces lois et l'on témoigne donc de plus de tolérance envers lui »²⁵⁷. Pour ce faire, elle s'est fondée sur le fait que

dans la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appellent par elles-mêmes une répression pénale; la législation interne y a subi sur ce point une nette évolution que la Cour ne peut négliger²⁵⁸.

131. L'affaire *Christine Goodwin* portait sur le droit des transsexuels à se marier avec quelqu'un de leur sexe de naissance²⁵⁹. Dans cette affaire, la Cour a déclaré

²⁵⁰ Opinion dissidente de Parviz Ansari in *The United States of America (and others) and The Islamic Republic of Iran (and others)*, sentence n° 108-A-16/582/591-FT (1985), 9 Iran-USCTR, p. 97 et 99.

²⁵¹ Voir toutefois, OMC, *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine*, rapport de l'Organe d'appel (29 juin 2012), WT/DS384/AB/R et WT/DS386/AB/R, par. 448.

²⁵² *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (requête n° 28957/95), CEDH, 11 juillet 2002, par. 85.

²⁵³ *Ibid.*, par. 100.

²⁵⁴ Voir également *I. c. Royaume-Uni* (Grande Chambre) (requête n° 25680/94), CEDH, 11 juillet 2002, par. 65; *Burden et Burden c. Royaume-Uni* (requête n° 13378/05), CEDH, 12 décembre 2006, par. 57; *Shackell c. Royaume-Uni* (décision) (requête n° 45851/99), CEDH, 27 avril 2000, par. 1; *Schalk et Kopf c. Autriche* (requête n° 30141/04), CEDH, 24 juin 2010, par. 58, affaire parue au *Recueil des arrêts et décisions*, citant *Christine Goodwin*, par. 100.

²⁵⁵ *Dudgeon c. Royaume-Uni* (requête n° 7525/76), CEDH, 22 octobre 1981, série A, n° 45.

²⁵⁶ *Christine Goodwin* (voir note 252).

²⁵⁷ *Dudgeon* (voir note 255), par. 60.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ *Christine Goodwin* (voir note 252).

qu'elle devait « tenir compte de l'évolution de la situation dans l'État défendeur et dans les États contractants en général »²⁶⁰ et observé que :

l'État défendeur n'avait adopté aucune mesure [pour examiner de manière permanente la nécessité de mesures juridiques appropriées], malgré une meilleure acceptation sociale du transsexualisme et une reconnaissance croissante des problèmes auxquels ont à faire face les transsexuels²⁶¹.

132. Une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour révèle toutefois que lorsque celle-ci a invoqué l'« évolution de la société » ou l'« acceptation sociale » dans le contexte de l'interprétation conventionnelle, elle l'a toujours fait en se fondant sur la pratique des États. Dans l'affaire *Dudgeon*, elle a ainsi déclaré que l'on « témoigne donc de plus de tolérance envers (...) le comportement homosexuel », expliquant que « dans la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appellent par elles-mêmes une répression pénale » et que « la législation interne y a subi sur ce point une nette évolution que la Cour ne peut négliger »²⁶², et faisant remarquer qu'en « Irlande du Nord même, les autorités ont évité ces dernières années d'engager des poursuites du chef d'actes homosexuels »²⁶³. De même, dans *Christine Goodwin*, la Cour s'est dite attachée à « l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés »²⁶⁴.

133. La Cour invoque rarement l'« acceptation sociale » et l'a uniquement fait dans des affaires relatives à des groupes marginalisés dont la situation n'avait pas été pleinement prise en compte dans l'ordre politique et juridique de l'État concerné²⁶⁵. En revanche, elle ne se fonde pas sur des évolutions de la société si celles-ci sont contestées sur le plan politique. Dans l'affaire *Johnston et autres c. Irlande*, qui portait sur la question de savoir si le droit au mariage impliquait le droit de divorcer pour pouvoir se remarier, elle a ainsi estimé que les « requérants insistent beaucoup sur l'évolution sociale postérieure à la rédaction de la Convention et notamment sur l'augmentation, sensible selon eux, du nombre des ruptures des liens conjugaux »²⁶⁶. Tout en reconnaissant que la « Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui », elle a refusé d'examiner plus avant cette « évolution sociale » et conclu qu'elle « ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ »²⁶⁷. Dans le même sens, elle a déclaré dans *Schalk et Kopf c. Autriche* que :

[b]ien que, comme elle l'a noté dans l'arrêt *Christine Goodwin*, l'institution du mariage ait été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, elle observe qu'il n'existe pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel. À l'heure actuelle, seuls six

²⁶⁰ Ibid., par. 74.

²⁶¹ Ibid., par. 92.

²⁶² *Dudgeon* (voir note 255), par. 60.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ *Christine Goodwin* (voir note 252), par. 85 et 90.

²⁶⁵ Voir Jeffrey A. Brauch, « The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights » (2004), 11 *Columbia Journal of European Law* L.113, p. 145.

²⁶⁶ *Johnston et autres* (voir note 42), par. 53.

²⁶⁷ Ibid.

États contractants sur quarante-sept autorisent le mariage entre partenaires de même sexe²⁶⁸.

134. La Cour cherche généralement à déterminer si, de façon explicite ou implicite, cette évolution sociale se retrouve dans la pratique des États, et se fonde à ce titre sur la pratique des organes législatifs ou administratifs, qui est, d'après elle, l'indicateur le plus pertinent²⁶⁹. C'est ainsi qu'elle a procédé, par exemple, dans des affaires relatives au statut d'enfants naturels²⁷⁰ ou au droit revendiqué par des communautés tsiganes de se voir attribuer un lieu de résidence temporaire par les municipalités afin qu'elles puissent poursuivre leur mode de vie nomade²⁷¹. Il lui est arrivé, à titre exceptionnel, de conclure qu'en raison d'une inertie administrative ou législative, la législation de l'État défendeur violait la Convention européenne des droits de l'homme et n'exprimait plus la position des organes compétents de l'État²⁷². On peut donc en conclure qu'une simple pratique sociale (ultérieure) ne suffit pas en soi à constituer une pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité et qu'elle doit, pour ce faire, être étayée par une pratique de l'État, sous une forme ou sous une autre.

3. La pratique des autres acteurs en tant que preuve de la pratique des États

135. La pratique ultérieure des parties à un traité peut être reflétée ou trouver son origine dans les déclarations ou le comportement d'autres acteurs, comme les organisations internationales ou les acteurs non étatiques. Cette action des organisations internationales ou non gouvernementales qui est à l'origine de la pratique ultérieure des parties ne devrait cependant être confondue avec la pratique que suivent les parties au traité elles-mêmes. Les activités de ces autres organes peuvent cependant apporter des preuves d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure des parties en question.

a) Organisations internationales

136. Les décisions, résolutions et autres éléments de la pratique des organisations internationales peuvent, par eux-mêmes, être pertinents aux fins de l'interprétation des traités. Ce rôle est reconnu, par exemple, à l'article 2 j) de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales de 1986, qui mentionne la « pratique bien établie de l'organisation » parmi les différentes formes de « règles de l'organisation ». Cet

²⁶⁸ *Schalk* (voir note 254), par. 58.

²⁶⁹ Voir également George Letsas, « Strasbourg's Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer » (2010), 21 *European Journal of International Law*, vol. 21, n° 3, p. 530.

²⁷⁰ *Mazurek c. France* (requête n° 34406/97), CEDH, 1^{er} février 2000, par. 52 (« La Cour note d'emblée que l'institution de la famille n'est pas figée, que ce soit sur le plan historique, sociologique ou encore juridique »); voir également *Marckx c. Belgique* (requête n° 6833/74), CEDH, 13 juin 1979, série A, n° 31, par. 41; *Inze c. Autriche* (requête n° 8695/79), CEDH, 28 octobre 1987, série A, n° 126, par. 44; *Bauer c. Allemagne* (requête n° 3545/04), CEDH, 28 mai 2009, par. 40, publié dans le *Recueil des arrêts et décisions*.

²⁷¹ *Chapman c. Royaume-Uni* (Grande Chambre) (requête n° 27238/95), CEDH, 18 janvier 2001, par. 70 et 93; voir également *Lee c. Royaume-Uni* (Grande Chambre) (requête n° 25289/94), CEDH, 18 janvier 2001, par. 95 et 96; *Beard c. Royaume-Uni* (Grande Chambre) (requête n° 24882/94), CEDH, 18 janvier 2001, par. 104 et 105; *Coster c. Royaume-Uni* (Grande Chambre) (requête n° 24876/94), CEDH, 18 janvier 2001, par. 107 et 108; et *Jane c. Royaume-Uni* (Grande Chambre) (requête n° 25154/94), CEDH, 18 janvier 2001, par. 100 et 101.

²⁷² *Christine Goodwin* (voir note 252), par. 92.

aspect de la pratique ultérieure à un traité fera l'objet d'un rapport futur. L'objet du présent rapport se limite à la question de savoir si la pratique des organisations internationales peut apporter des indications, ou des preuves, au sujet de la pratique pertinente suivie par les États dans l'application des traités.

137. En ce sens, la collecte de renseignements et les rapports établis par les organisations internationales sur la pratique ultérieure des États peuvent, à divers degrés, constituer des éléments probants. Les rapports qu'établissent les organisations internationales au niveau universel sur la base d'un mandat spécifique consistant à rendre compte de la pratique des États dans un domaine particulier ont un poids considérable, sans nécessairement faire autorité dans tous les cas. Par exemple, les agents de l'État qui sont chargés d'interpréter et d'appliquer la Convention relative au statut des réfugiés ont recours au *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés*, établi par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), qui leur sert d'ouvrage de référence en ce qui concerne la pratique des États²⁷³. Bien que le Guide du HCR fasse parfois l'objet de vagues mentions portant à croire qu'il est lui-même l'expression de la pratique des États, cette idée a été rejetée à juste titre par la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Semunigus c. the Minister for Immigration and Multicultural Affairs*²⁷⁴. Un autre exemple est donné par les travaux du Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1540 (2004)²⁷⁵, qui se sont révélés être pertinents aux fins de l'interprétation de la Convention sur les armes biologiques de 1972²⁷⁶. Dans le cadre de ses travaux sur la mise en œuvre de la résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité, le Comité dresse un inventaire systématique, dit « tableau du Comité 1450 », des mesures d'application prises par les États Membres²⁷⁷. Dans la mesure où le tableau rend compte de l'application de la Convention sur les armes biologiques, ainsi que de celle de la Convention sur les

²⁷³ Voir HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés* (janvier 1992 – réédité) (HCR/1P/4/Fre/REV.1), par. VII de la préface; voir également Gardiner (note 171), p. 239.

²⁷⁴ Federal Court of Australia, *Semunigus v. the Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (14 avril 1999), par. 5 à 13; cela n'exclut pas le fait que le Guide a un poids considérable en ce qu'il expose correctement la pratique ultérieure des États. Son autorité découle non seulement de la qualité du travail de collecte qu'il représente, mais aussi de l'article 35 1) de la Convention relative au statut des réfugiés, qui dispose que « [l]es États contractants s'engagent à coopérer avec le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (...) dans l'exercice de ses fonctions et en particulier à faciliter sa tâche de surveillance de l'application des dispositions de cette convention ».

²⁷⁵ Résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité, par. 8 c).

²⁷⁶ Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction (Convention sur les armes biologiques) (adoptée le 10 avril 1972, entrée en vigueur le 26 mars 1975), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1015, n° 14860.

²⁷⁷ Il est indiqué, sur la page Web du Comité créé par la résolution 1540, que « le tableau du Comité 1540 a été le principal moyen par lequel le Comité a organisé les éléments d'information concernant la mise en œuvre par les États Membres de la résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité des Nations Unies [...] Le Comité créé par la résolution 1540 utilise le tableau comme un outil de référence pour examiner l'état de la mise en œuvre de la résolution 1540 du Conseil de sécurité et, dans le cadre de son dialogue avec les États, comme un moyen d'identifier des lacunes au niveau national et de faciliter l'assistance technique ».

armes chimiques de 1993²⁷⁸, il est une source d'éléments de preuve sur la pratique ultérieurement suivie par les États en ce qui concerne lesdites conventions²⁷⁹.

b) Organisations non gouvernementales

138. Les organisations non gouvernementales peuvent jouer un rôle important dans la collecte d'éléments concernant la pratique ultérieure, notamment en assurant la surveillance de la pratique suivie dans l'application d'un traité donné.

139. Tel est le cas, par exemple, du Landmine and Cluster Munitions Monitor, qui est une initiative conjointe de la Campagne internationale pour interdire les mines terrestres et de la Coalition internationale contre les sous-munitions. Le Monitor se présente comme le « régime de surveillance de fait »²⁸⁰ pour la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction de 1997 (Convention d'Ottawa)²⁸¹ et pour la Convention sur les armes à sous-munitions de 2008 (Convention de Dublin)²⁸². Outre qu'il établit des fiches de pays concernant les États parties, les signataires, les États non parties et les « autres »²⁸³, le Cluster Munition Monitor 2011 recense les différentes questions d'interprétation concernant la Convention de Dublin et dresse la liste des déclarations et éléments de pratique pertinents des États parties et des signataires. Ces questions concernent : l'interdiction de l'assistance et l'interopérabilité; le stockage à l'étranger et le transit; et le désinvestissement²⁸⁴.

140. L'exemple du Landmine and Cluster Munitions Monitor montre que les organisations non gouvernementales peuvent être une source d'indications au sujet de la pratique ultérieure des États parties et même être à l'origine de cette pratique. En fait, en demandant aux États de communiquer leurs vues sur certaines questions, elles peuvent accroître considérablement les quantités de données relatives à la pratique disponibles aux fins de l'interprétation. Cet exemple démontre aussi que les organisations non gouvernementales peuvent tenter d'influer sur la pratique ultérieure en donnant leur interprétation des dispositions contestées. Bien évidemment, ces organisations peuvent poursuivre leurs propres buts qui peuvent être différents de ceux des États. Cela peut imprimer un certain parti pris à leurs travaux, qu'il faut donc examiner avec circonspection. Il n'en reste pas moins que les éléments concernant la pratique des États recueillis par les organisations non gouvernementales sont souvent une source précieuse de données concernant la pratique ultérieurement suivie par toutes les parties et que cela augmente la

²⁷⁸ Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (Convention sur les armes chimiques) (adoptée le 13 janvier 1993, entrée en vigueur le 27 avril 1997), *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1974, n° 33757.

²⁷⁹ Voir Gardiner (note 171), p. 239.

²⁸⁰ Voir le site : <http://www.the-monitor.org>, consulté le 18 mars 2012.

²⁸¹ Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (adoptée le 18 septembre 1997, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1999). Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2056, n° 35597.

²⁸² Convention sur les armes à sous-munitions de 2008 (adoptée le 30 mai 2008, entrée en vigueur le 1^{er} août 2010) (AIC.1/63/5, pièce jointe, deuxième partie).

²⁸³ Cluster Munition Monitor 2011, p. 59 à 344 (http://www.the-monitor.org/cmm/2011/pdf/Cluster_Munition_Monitor_2011.pdf, consulté le 18 mars 2012).

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 24 à 31; les mêmes questions d'interprétation étaient déjà examinées dans les rapports 2009 et 2010.

transparence, ce qui tend par conséquent à améliorer le respect des traités en question.

c) Rôle particulier du Comité international de la Croix-Rouge

141. Le rôle qu'assume le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) à l'égard des Conventions de Genève et de leurs protocoles additionnels constitue un cas particulier. Le CICR, qui est une association privée de droit suisse à but non lucratif²⁸⁵, a été un catalyseur du développement des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme depuis la première Convention de Genève de 1864²⁸⁶. Le CICR a une personnalité juridique en droit international en tant qu'entité responsable d'exécuter le mandat que lui a confié la communauté internationale par la voie des Conventions de Genève et tel qu'il est défini dans les statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge²⁸⁷. En outre, le CICR donne à l'occasion des conseils sur l'interprétation des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels, cette tâche découlant des statuts du Mouvement, adoptés par la vingt-cinquième Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en 1986 et amendés en 1995 et 2006²⁸⁸. L'article 5, paragraphe 2 g), des statuts prévoit ce qui suit :

Selon ses statuts, le Comité international a notamment pour rôle : [...] g) de travailler à la *compréhension* et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et d'en préparer les développements éventuels²⁸⁹.

142. En 2009, le CICR a publié, dans le cadre de son mandat²⁹⁰, un « guide interprétatif » sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire²⁹¹. Ce guide est l'aboutissement d'un processus de consultations menées de 2003 à 2008 auprès d'experts issus des milieux universitaire, militaire, gouvernemental et non gouvernemental, qui y ont tous participé à titre privé, en fondant toutefois délibérément leur analyse sur la pratique conventionnelle et coutumière des États. Le guide interprétatif, constitué de 10 recommandations assorties d'un commentaire, « reflète la position institutionnelle du CICR quant à l'interprétation du droit humanitaire international en vigueur »²⁹². S'il est trop tôt pour se livrer à une évaluation générale de l'importance du guide, il sera intéressant de voir quelle sera son incidence sur la pratique ultérieure des États.

²⁸⁵ Hans-Peter Gasser, « International Committee of the Red Cross (ICRC) », par. 20, dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://www.mpepil.com>, consulté le 25 mars 2012).

²⁸⁶ Ibid., par. 14.

²⁸⁷ Ibid., par. 25.

²⁸⁸ www.icrc.org/fr/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf, consulté le 25 mars 2012.

²⁸⁹ Non souligné dans l'original.

²⁹⁰ « [L]e CICR assume la responsabilité de donner des conseils en matière d'interprétation en tant qu'organisation humanitaire neutre et indépendante chargée par la communauté internationale des États de promouvoir le droit international humanitaire et de travailler à sa compréhension », citant l'article 5, par. 2 c) et g) des Statuts du Mouvement (version électronique : www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf, consultée le 25 mars 2012).

²⁹¹ CICR, *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*; pour le processus de consultation des experts, voir www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/direct-participation-article-020709.htm, consulté le 25 mars 2012.

²⁹² Ibid., p. 9.

143. À cet égard, les États ont réaffirmé leur rôle dans le développement du droit international humanitaire. Si la trente et unième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, en 2011, rappelle « que l'un des rôles importants du CICR [...] est notamment "de travailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et d'en préparer les développements éventuels" », elle souligne également « le rôle premier des États dans le développement du droit international humanitaire »²⁹³. Il convient de noter que le CICR prétend interpréter le droit humanitaire international sans se limiter aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels²⁹⁴. La distinction entre la pratique ultérieurement suivie par les États parties en application des traités et leur pratique ultérieurement suivie en application de la coutume générale risque donc d'être estompée.

4. Conclusion : projet de conclusion 4

144. Dans leur ensemble, les sources susmentionnées et les considérations qui précèdent incitent à proposer le projet de conclusion suivant²⁹⁵ :

Projet de conclusion 4

Auteurs possibles et attribution de la pratique ultérieure

La pratique ultérieure peut être constituée par le comportement de tous les organes de l'État qui peut être attribué à l'État aux fins de l'interprétation des traités.

La pratique ultérieure d'acteurs non étatiques, y compris la pratique sociale, peut être prise en considération aux fins de l'interprétation des traités dans la mesure où elle est reflétée dans la pratique de l'État ou adoptée par celui-ci, ou encore si elle donne des indications à son sujet.

VII. Programme des travaux futurs

145. Le Rapporteur spécial se propose de présenter, à la session de 2014, son deuxième rapport, consacré à d'autres aspects du sujet, dont la plupart ont été abordés dans les trois rapports qu'il a établis à l'intention du Groupe d'étude sur les traités dans le temps²⁹⁶, et que celui-ci a, en partie, examiné en 2011 et 2012²⁹⁷. Il envisage de présenter en 2015 son troisième rapport, dans lequel il examinera la

²⁹³ Trente et unième Conférence internationale 2011 : résolution 1 – Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés (1^{er} décembre 2012) (<http://www.icrc.org/fre/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-1-2011.htm>, consulté le 25 mars 2012).

²⁹⁴ Voir CICR, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire* (voir note 290), p. 9.

²⁹⁵ Voir la conclusion préliminaire 9 du Président du Groupe d'études sur les traités dans le temps, A/66/10, par. 344 :

9) Auteurs possibles de la pratique ultérieure pertinente

La pratique ultérieure pertinente peut consister en des actes de tous les organes de l'État (exécutif, législatif et judiciaire) qui peuvent être attribués à l'État aux fins de l'interprétation des traités. Cette pratique peut même inclure dans certaines circonstances une « pratique sociale » dans la mesure où elle est reflétée dans la pratique étatique.

²⁹⁶ Voir notes 4, 5 et 10.

²⁹⁷ A/66/10, par. 336 à 341; et A/67/10, par. 225 à 240.

pratique des organisations internationales et la jurisprudence des juridictions nationales²⁹⁸. En 2016, le Rapporteur spécial présentera son rapport final contenant des conclusions et des commentaires révisés à la lumière, notamment, des discussions de la Commission et des débats de la Sixième Commission.

²⁹⁸ Ainsi que le prévoyait le projet initial, voir A/63/10, annexe A, par. 17, 18, 39 et 42.