



Nations Unies

Rapport de la Commission du droit international

**Soixante-douzième session
(26 avril-4 juin et 5 juillet-6 août 2021)**

Assemblée générale
Documents officiels
Soixante-seizième session
Supplément n° 10 (A/76/10)



Assemblée générale
Documents officiels
Soixante-seizième session
Supplément n° 10 (A/76/10)

Rapport de la Commission du droit international

**Soixante-douzième session
(26 avril-4 juin et 5 juillet-6 août 2021)**



Nations Unies • New York, 2021

* Nouveau tirage pour raisons techniques (15 septembre 2021).

Note

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

Le mot *Annuaire* suivi de points de suspension et de l'année (par exemple, *Annuaire ... 1971*) s'entend de l'*Annuaire de la Commission du droit international*.

Une version linotypée du rapport de la Commission paraîtra dans la deuxième partie du volume II de l'*Annuaire de la Commission du droit international 2021*.

ISSN 0251-8589

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1
II. Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-douzième session	5
III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission	7
IV. Protection de l'atmosphère	9
V. Application à titre provisoire des traités	56
VI. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État	101
VII. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État	142
VIII. Principes généraux du droit	159
IX. Élévation du niveau de la mer au regard du droit international	175
X. Autres décisions et conclusions de la Commission	190
Annexe	
Les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international	198

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1
A. Membres de la Commission	1
B. Nomination à un siège devenu vacant après l'élection	2
C. Membres du Bureau et Bureau élargi	2
D. Comité de rédaction	2
E. Groupes de travail et Groupe d'étude	3
F. Secrétariat	4
G. Ordre du jour	4
II. Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-douzième session	5
III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission	7
A. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État	7
B. L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international	7
IV. Protection de l'atmosphère	9
A. Introduction	9
B. Examen du sujet à la présente session	9
C. Recommandation de la Commission	10
D. Hommage au Rapporteur spécial	10
E. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère	10
1. Texte des projets de directive	10
2. Texte des projets de directive et des commentaires y relatifs	13
Commentaire général	13
Préambule	14
Commentaire	14
Directive 1	20
Définitions	20
Commentaire	21
Directive 2	25
Champ d'application	25
Commentaire	25
Directive 3	27
Obligation de protéger l'atmosphère	27
Commentaire	27
Directive 4	30
Évaluation de l'impact sur l'environnement	30
Commentaire	30
Directive 5	32
Utilisation durable de l'atmosphère	32
Commentaire	32
Directive 6	34
Utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère	34
Commentaire	34
Directive 7	35
Modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère ...	35
Commentaire	35

Directive 8	Coopération internationale.....	37
	Commentaire.....	37
Directive 9	Relations entre règles pertinentes	41
	Commentaire.....	41
Directive 10	Mise en œuvre.....	49
	Commentaire.....	49
Directive 11	Contrôle du respect	51
	Commentaire.....	51
Directive 12	Règlement des différends.....	53
	Commentaire.....	53
V.	Application à titre provisoire des traités.....	56
A.	Introduction	56
B.	Examen du sujet à la présente session	56
C.	Recommandation de la Commission	57
D.	Hommage au Rapporteur spécial	57
E.	Texte du Guide de l'application à titre provisoire des traités	57
1.	Texte des projets de directive et du projet d'annexe formant le Guide de l'application à titre provisoire des traités.....	57
2.	Texte des projets de directive formant le Guide de l'application à titre provisoire des traités et des commentaires y relatifs	73
	Commentaire général.....	73
Directive 1	Champ d'application.....	75
	Commentaire.....	75
Directive 2	Objet	76
	Commentaire.....	76
Directive 3	Règle générale.....	76
	Commentaire.....	77
Directive 4	Forme de l'accord	79
	Commentaire.....	79
Directive 5	Prise d'effet.....	81
	Commentaire.....	82
Directive 6	Effet juridique	82
	Commentaire.....	82
Directive 7	Réserves.....	84
	Commentaire.....	84
Directive 8	Responsabilité en cas de violation	85
	Commentaire.....	85
Directive 9	Extinction.....	85
	Commentaire.....	86

	Directive 10	Droit interne des États, règles des organisations internationales et respect des traités appliqués à titre provisoire.....	88
		Commentaire.....	88
	Directive 11	Dispositions du droit interne des États et règles des organisations internationales concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités	90
		Commentaire.....	90
	Directive 12	Accord relatif à l'application à titre provisoire avec des limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales	91
		Commentaire.....	91
	Annexe du chapitre V		
		Bibliographie sélective concernant l'application à titre provisoire des traités	93
VI.	Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État		101
	A.	Introduction	101
	B.	Examen du sujet à la présente session	102
	1.	Présentation du huitième rapport par la Rapporteuse spéciale	102
	2.	Résumé des débats	106
	3.	Conclusions de la Rapporteuse spéciale	111
	C.	Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés à ce jour par la Commission.....	113
	1.	Texte des projets d'article	113
	2.	Texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session	117
	Article 8 <i>ante</i>	Application de la quatrième partie	117
		Commentaire.....	117
	Article 8	Examen de la question de l'immunité par l'État du for	119
		Commentaire.....	119
	Article 9	Notification à l'État du représentant	123
		Commentaire.....	123
	Article 10	Invocation de l'immunité.....	128
		Commentaire.....	129
	Article 11	Renonciation à l'immunité.....	132
		Commentaire.....	132
	Article 12 [13]	Demandes d'informations	138
		Commentaire.....	139
VII.	Succession d'États en matière de responsabilité de l'État.....		142
	A.	Introduction	142
	B.	Examen du sujet à la présente session	143
	1.	Présentation du quatrième rapport par le Rapporteur spécial	144
	2.	Résumé des débats	146

3.	Conclusions du Rapporteur spécial	151
C.	Texte des projets d'article sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État provisoirement adoptés à ce jour par la Commission	153
1.	Texte des projets d'article	153
2.	Texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session	155
	Article 7	
	Faits ayant un caractère continu	155
	Commentaire.....	155
	Article 8	
	Attribution du comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre	156
	Commentaire.....	156
	Article 9	
	Cas de succession d'États dans lesquels l'État prédécesseur continue d'exister	157
	Commentaire.....	157
VIII.	Principes généraux du droit.....	159
A.	Introduction	159
B.	Examen du sujet à la présente session	159
1.	Présentation du deuxième rapport par le Rapporteur spécial	160
2.	Résumé des débats	163
3.	Conclusions du Rapporteur spécial	168
C.	Texte des projets de conclusion sur les principes généraux du droit provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session.....	171
1.	Texte des projets de conclusion.....	171
2.	Texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session	171
	Conclusion 1	
	Champ d'application.....	171
	Commentaire.....	171
	Conclusion 2	
	Reconnaissance.....	172
	Commentaire.....	172
	Conclusion 4	
	Détermination des principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux.....	173
	Commentaire.....	173
IX.	Élévation du niveau de la mer au regard du droit international.....	175
A.	Introduction	175
B.	Examen du sujet à la présente session	176
X.	Autres décisions et conclusions de la Commission	190
A.	Réunions commémoratives spéciales	190
B.	Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	190
1.	Groupe de travail sur le programme de travail à long terme	190
2.	Groupe de travail sur les méthodes de travail de la Commission	190
3.	Examen des résolutions de l'Assemblée générale 74/191 du 18 décembre 2019 et 75/141 du 15 décembre 2020 sur l'état de droit aux niveaux national et international.....	191

4.	Caractère hybride de la présente session de la Commission	192
5.	Honoraires	193
6.	Documentation et publications	194
7.	<i>Annuaire de la Commission du droit international</i>	195
8.	Aide de la Division de la codification	195
9.	Sites Web	195
10.	Médiathèque de droit international des Nations Unies.....	195
C.	Dates et lieu de la tenue de la soixante-treizième session de la Commission	196
D.	Ressources budgétaires nécessaires à la tenue des futures sessions de la Commission du droit international.....	196
E.	Coopération avec d'autres organes	196
F.	Représentation à la soixante-seizième session de l'Assemblée générale.....	197
G.	Séminaire de droit international.....	197
Annexe		
	Les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international	198

Chapitre I

Introduction

1. La Commission du droit international a tenu sa soixante-douzième session à son siège, à l'Office des Nations Unies à Genève, du 26 avril au 4 juin 2021 pour la première partie de la session et du 5 juillet au 6 août 2021 pour la seconde partie. Les deux parties se sont déroulées sous forme hybride (certains participants ont assisté aux séances en personne et d'autres, à distance). La session a été ouverte par M. Pavel Šturma, Président de la Commission à sa soixante et onzième session.

A. Membres de la Commission

2. La Commission se compose des membres suivants :

- M. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)
- M. Carlos J. Argüello Gómez (Nicaragua)
- M. Bogdan Aurescu (Roumanie)
- M. Yacouba Cissé (Côte d'Ivoire)
- M^{me} Concepción Escobar Hernández (Espagne)
- M. Mathias Forteau (France)
- M^{me} Patrícia Galvão Teles (Portugal)
- M. Juan Manuel Gómez Robledo (Mexique)
- M. Claudio Grossman Guiloff (Chili)
- M. Hussein A. Hassouna (Égypte)
- M. Mahmoud D. Hmoud (Jordanie)
- M. Huikang Huang (Chine)
- M. Charles Chernor Jalloh (Sierra Leone)
- M. Ahmed Laraba (Algérie)
- M^{me} Marja Lehto (Finlande)
- M. Shinya Murase (Japon)
- M. Sean D. Murphy (États-Unis d'Amérique)
- M. Hong Thao Nguyen (Viet Nam)
- M^{me} Nilüfer Oral (Turquie)
- M. Hassan Ouazzani Chahdi (Maroc)
- M. Ki Gab Park (République de Corée)
- M. Chris Maina Peter (République-Unie de Tanzanie)
- M. Ernest Petrič (Slovénie)
- M. Aniruddha Rajput (Inde)
- M. August Reinisch (Autriche)
- M. Juan José Ruda Santolaria (Pérou)
- M. Gilberto Vergne Saboia (Brésil)
- M. Pavel Šturma (République tchèque)
- M. Dire D. Tladi (Afrique du Sud)

M. Eduardo Valencia-Ospina (Colombie)
 M. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Équateur)
 M. Amos S. Wako (Kenya)
 Sir Michael Wood (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)
 M. Evgeny Zagaynov (Fédération de Russie)

B. Nomination à un siège devenu vacant après l'élection

3. À sa 3511^e séance, le 29 avril 2021, la Commission a élu M. Mathias Forteau (France) pour pourvoir le siège rendu vacant par la démission de M. Georg Nolte, élu à la Cour internationale de Justice.

C. Membres du Bureau et Bureau élargi

4. À sa 3508^e séance, le 26 avril 2021, la Commission a élu le Bureau suivant :

Président :	M. Mahmoud D. Hmoud (Jordanie)
Premier Vice-Président :	M. Dire D. Tladi (Afrique du Sud)
Deuxième Vice-Président :	M. Evgeny Zagaynov (Fédération de Russie)
Présidente du Comité de rédaction :	M ^{me} Patrícia Galvão Teles (Portugal)
Rapporteur :	M. Juan José Ruda Santolaria (Pérou).

5. Le Bureau élargi de la Commission était composé des membres du Bureau de la présente session, des précédents présidents de la Commission¹, des rapporteurs spéciaux² et des coprésidents du Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international³.

6. Le 29 avril 2021, la Commission a constitué le Groupe de planification, composé des membres suivants : M. Dire D. Tladi (Président), M. Carlos J. Argüello Gómez, M. Yacouba Cissé, M^{me} Concepción Escobar Hernández, M. Mathias Forteau, M^{me} Patrícia Galvão Teles, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Hussein A. Hassouna, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Huikang Huang, M. Charles Chernor Jalloh, M. Ahmed Laraba, M^{me} Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M^{me} Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Ernest Petrič, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Pavel Šturma, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, M. Evgeny Zagaynov et M. Juan José Ruda Santolaria (membre de droit).

D. Comité de rédaction

7. À ses 3508^e, 3515^e, 3522^e, 3537^e et 3546^e séances, les 26 avril, 4 et 14 mai et 12 et 21 juillet 2021, la Commission a constitué le Comité de rédaction, composé des membres suivants pour les sujets indiqués :

a) *Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État* : M^{me} Patrícia Galvão Teles (Présidente), M^{me} Concepción Escobar Hernández (Rapporteuse spéciale), M. Carlos J. Argüello Gómez, M. Yacouba Cissé, M. Mathias Forteau, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud,

¹ MM. Ernest Petrič, Pavel Šturma et Eduardo Valencia-Ospina.

² M^{me} Concepción Escobar Hernández, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M^{me} Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Pavel Šturma, M. Dire D. Tladi et M. Marcelo Vázquez-Bermúdez.

³ M. Bogdan Aurescu, M. Yacouba Cissé, M^{me} Patrícia Galvão Teles, M^{me} Nilüfer Oral et M. Juan José Ruda Santolaria.

M. Charles Chernor Jalloh, M^{me} Marja Lehto, M. Sean D. Murphy, M^{me} Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Ernest Petrič, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Dire D. Tladi, M. Eduardo Valencia-Ospina, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, M. Evgeny Zagaynov et M. Juan José Ruda Santolaria (membre de droit) ;

b) *Protection de l'atmosphère* : M^{me} Patrícia Galvão Teles (Présidente), M. Shinya Murase (Rapporteur spécial), M. Yacouba Cissé, M. Mathias Forteau, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Charles Chernor Jalloh, M^{me} Marja Lehto, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M^{me} Nilüfer Oral, M. Ki Gab Park, M. Ernest Petrič, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Dire D. Tladi, M. Eduardo Valencia-Ospina, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, M. Evgeny Zagaynov et M. Juan José Ruda Santolaria (membre de droit) ;

c) *Application à titre provisoire des traités* : M^{me} Patrícia Galvão Teles (Présidente), M. Juan Manuel Gómez Robledo (Rapporteur spécial), M^{me} Concepción Escobar Hernández, M. Mathias Forteau, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Charles Chernor Jalloh, M^{me} Marja Lehto, M. Sean D. Murphy, M. Ki Gab Park, M. Ernest Petrič, M. Aniruddha Rajput, M. Pavel Šturma, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, M. Evgeny Zagaynov et M. Juan José Ruda Santolaria (membre de droit) ;

d) *Succession d'États en matière de responsabilité de l'État* : M^{me} Patrícia Galvão Teles (Présidente), M. Pavel Šturma (Rapporteur spécial), M. Claudio Grossman Guiloff, M. Charles Chernor Jalloh, M. Sean D. Murphy, M. Ki Gab Park, M. Ernest Petrič, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, Sir Michael Wood, M. Evgeny Zagaynov et M. Juan José Ruda Santolaria (membre de droit) ;

e) *Principes généraux du droit* : M^{me} Patrícia Galvão Teles (Présidente), M. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Rapporteur spécial), M. Carlos J. Argüello Gómez, M. Yacouba Cissé, M^{me} Concepción Escobar Hernández, M. Mathias Forteau, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Charles Chernor Jalloh, M^{me} Marja Lehto, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M^{me} Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Ernest Petrič, M. Aniruddha Rajput, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Pavel Šturma, M. Dire D. Tladi, M. Eduardo Valencia-Ospina, Sir Michael Wood, M. Evgeny Zagaynov et M. Juan José Ruda Santolaria (membre de droit).

8. Le Comité de rédaction a tenu un total de 37 séances sur les cinq sujets susmentionnés.

E. Groupes de travail et Groupe d'étude

9. Le Groupe de planification a constitué les groupes de travail suivants :

a) *Groupe de travail sur le programme de travail à long terme* : M. Mahmoud D. Hmoud (Président), M. Bogdan Aurescu, M. Yacouba Cissé, M^{me} Concepción Escobar Hernández, M. Mathias Forteau, M^{me} Patrícia Galvão Teles, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Hussein A. Hassouna, M. Huikang Huang, M. Charles Chernor Jalloh, M. Ahmed Laraba, M^{me} Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M^{me} Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Chris Maina Peter, M. Ernest Petrič, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Pavel Šturma, M. Dire D. Tladi, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, M. Amos S. Wako, Sir Michael Wood, M. Evgeny Zagaynov et M. Juan José Ruda Santolaria (membre de droit) ;

b) *Groupe de travail sur les méthodes de travail* : M. Hussein A. Hassouna (Président), M. Bogdan Aurescu, M. Yacouba Cissé, M^{me} Concepción Escobar Hernández, M. Mathias Forteau, M^{me} Patrícia Galvão Teles, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Huikang Huang, M. Charles Chernor Jalloh, M^{me} Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M^{me} Nilüfer Oral, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Ernest Petrič, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Pavel Šturma, M. Dire D. Tladi, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, M. Evgeny Zagaynov et M. Juan José Ruda Santolaria (membre de droit) ;

10. À sa 3529^e séance, le 27 mai 2021, la Commission a constitué un groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer, composé des membres suivants : M. Bogdan Aurescu (Coprésident à la session actuelle), M. Yacouba Cissé (Coprésident), M^{me} Patrícia Galvão Teles (Coprésidente), M^{me} Nilüfer Oral (Coprésidente à la session actuelle), M. Juan José Ruda Santolaria (Coprésident), M^{me} Concepción Escobar Hernández, M. Mathias Forteau, M. Juan Manuel Gómez Robledo, M. Claudio Grossman Guiloff, M. Hussein A. Hassouna, M. Mahmoud D. Hmoud, M. Huikang Huang, M. Charles Chernor Jalloh, M. Ahmed Laraba, M^{me} Marja Lehto, M. Shinya Murase, M. Sean D. Murphy, M. Hong Thao Nguyen, M. Hassan Ouazzani Chahdi, M. Ki Gab Park, M. Ernest Petrič, M. Aniruddha Rajput, M. August Reinisch, M. Gilberto Vergne Saboia, M. Pavel Šturma, M. Dire D. Tladi, M. Eduardo Valencia-Ospina, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood et M. Evgeny Zagaynov.

F. Secrétariat

11. M. Miguel de Serpa Soares, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et Conseiller juridique de l'ONU, représentait le Secrétaire général. M. Huw Llewellyn, Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, assumait les fonctions de Secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général. M^{me} Jessica Elbaz et M. Arnold Pronto, administrateurs généraux jurisconsultes, étaient Premiers Sous-Secrétaires de la Commission, et M. Trevor Chimimba, juriste hors classe, Sous-Secrétaire principal. M^{me} Christiane Ahlborn, M. Carlos Ivan Fuentes, M^{me} Patricia Georget et M^{me} Carla Hoe, juristes, et M^{me} Rina Kuusipalo et M. Douglas Pivnichny, juristes adjoints de 1^{re} classe, étaient secrétaires adjoints de la Commission.

G. Ordre du jour

12. La Commission a adopté l'ordre du jour suivant pour sa soixante-douzième session :
1. Organisation des travaux de la session.
 2. Nomination aux sièges devenus vacants après l'élection.
 3. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.
 4. Application à titre provisoire des traités.
 5. Protection de l'atmosphère.
 6. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État.
 7. Principes généraux du droit.
 8. Élévation du niveau de la mer au regard du droit international.
 9. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
 10. Dates et lieu de la soixante-treizième session.
 11. Coopération avec d'autres organes.
 12. Questions diverses.

Chapitre II

Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-douzième session

13. En ce qui concerne le sujet « **Protection de l'atmosphère** », la Commission était saisie du sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/736) ainsi que des commentaires et observations reçus des États et des organisations internationales (A/CN.4/735). Dans son rapport, le Rapporteur spécial examinait les commentaires et observations formulés par les États et les organisations internationales au sujet du projet de préambule et des projets de directive adoptés en première lecture, faisait des recommandations concernant chaque projet de directive et proposait une recommandation à l'intention de l'Assemblée générale.

14. La Commission a adopté en seconde lecture l'ensemble du projet de directives sur la protection de l'atmosphère, composé d'un projet de préambule et de 12 projets de directive, ainsi que les commentaires y relatifs. Elle a décidé, conformément à l'article 23 de son statut, de recommander à l'Assemblée générale : a) de prendre acte dans une résolution du projet de préambule et des projets de directive sur la protection de l'atmosphère, d'annexer le projet de directives à la résolution et d'en assurer la plus large diffusion possible ; b) de recommander le projet de préambule et les projets de directive et les commentaires y relatifs aux États, aux organisations internationales et à toute autre entité amenée à s'intéresser au sujet (chap. IV).

15. En ce qui concerne le sujet « **Application à titre provisoire des traités** », la Commission était saisie du sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/738) ainsi que des commentaires et observations reçus des États et des organisations internationales (A/CN.4/737). Dans son rapport, le Rapporteur spécial examinait les commentaires et observations formulés par les États et les organisations internationales au sujet du projet de Guide adopté en première lecture et de plusieurs projets de clause type qu'il avait proposés à la Commission à sa soixante et onzième session (2019). De surcroît, il faisait des propositions destinées à être examinées en seconde lecture à la lumière des commentaires et observations susmentionnés et proposait une recommandation à l'intention de l'Assemblée générale.

16. La Commission a adopté en seconde lecture l'ensemble du Guide de l'application à titre provisoire des traités, composé de 12 projets de directive et d'un projet d'annexe contenant des exemples de dispositions relatives à l'application à titre provisoire d'un traité, ainsi que les commentaires y relatifs. Conformément à l'article 23 de son statut, la Commission a recommandé à l'Assemblée générale de prendre acte du Guide et d'en encourager la plus large diffusion possible, de recommander le Guide et les commentaires y relatifs aux États et aux organisations internationales, et de prier le Secrétaire général de consacrer un volume de la Série législative des Nations Unies à la pratique des États et des organisations internationales en matière d'application à titre provisoire des traités telle qu'elle ressort des informations fournis par eux au fil des ans et des autres éléments pertinents (chap. V).

17. En ce qui concerne le sujet « **Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État** », la Commission était saisie du huitième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/739), dans lequel celle-ci examinait le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les tribunaux pénaux internationaux, envisageait la création d'un mécanisme de règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant, se penchait sur la question des bonnes pratiques pouvant contribuer à résoudre les problèmes concrets relatifs à la détermination et l'application de l'immunité et présentait des propositions pour les projets d'articles 17 et 18. À l'issue du débat en plénière, compte tenu des vues exprimées et des propositions formulées, la Commission a décidé de renvoyer ces projets d'article au Comité de rédaction. La Commission a reçu et adopté les rapports du Comité de rédaction sur les projets d'articles 8 *ante*, 8, 9, 10, 11 et 12 et a provisoirement adopté ces projets d'article ainsi que les commentaires y relatifs (chap. VI).

18. En ce qui concerne le sujet « **Succession d'États en matière de responsabilité de l'État** », la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/743), sur les conséquences de la succession d'États sur les formes de responsabilité et, en particulier, les différentes formes de réparation, l'obligation de cessation et les assurances et garanties de non-répétition. À l'issue du débat en plénière, compte tenu des

commentaires qui avaient été formulés, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 7 *bis*, 16, 17, 18 et 19 figurant dans ce rapport. Elle a provisoirement adopté les projets d'articles 7, 8 et 9, que le Comité de rédaction avait provisoirement adoptés à la soixante et onzième session, ainsi que les commentaires y relatifs. De surcroît, elle a pris note du rapport intérimaire de la Présidente du Comité de rédaction sur les projets d'articles 10, 10 *bis* et 11 provisoirement adoptés par le Comité à la présente session, qui lui avait été présenté à titre informatif seulement (chap. VII).

19. En ce qui concerne le sujet « **Principes généraux du droit** », la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/741 et Corr.1), sur la détermination des principes généraux du droit visés au paragraphe 1 (al. c)) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. À l'issue du débat en plénière, compte tenu des commentaires qui avaient été formulés, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 4, 5, 6, 7, 8 et 9 figurant dans ce rapport. La Commission a reçu et adopté le rapport du Comité de rédaction sur les projets de conclusions 1, 2 et 4 et a provisoirement adopté ces projets d'article ainsi que les commentaires y relatifs. De surcroît, elle a pris note du projet de conclusion 5, qui figurait également dans le rapport du Comité de rédaction (chap. VIII).

20. En ce qui concerne le sujet « **L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international** », la Commission a de nouveau constitué le Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international. Le Groupe d'étude était saisi d'une première note thématique (A/CN.4/740 et Corr.1 et Add.1) portant sur des questions relatives au droit de la mer, établie par deux de ses coprésidents, M. Bogdan Aurescu et M^{me} Nilüfer Oral, ainsi que de contributions écrites informelles et de commentaires soumis par des membres. Au cours de la première partie de la session, le Groupe d'étude a consacré cinq séances à un débat « en plénière » sur les divers points examinés dans la note. Au cours de la seconde partie, il a tenu un dialogue autour, notamment, d'une série de questions établies par les coprésidents. Ensuite, les coprésidents ont rendu compte à la plénière des travaux menés par le Groupe d'étude (chap. IX).

21. En ce qui concerne le chapitre « **Autres décisions et conclusions de la Commission** », la Commission a de nouveau constitué un groupe de planification chargé d'examiner son programme, ses procédures et ses méthodes de travail, lequel a décidé à son tour de constituer un groupe de travail sur le programme de travail à long terme présidé par M. Mahmoud D. Hmoud et un groupe de travail sur les méthodes de travail présidé par M. Hussein A. Hassouna (chap. X, sect. B). La Commission a décidé d'inscrire le sujet « **Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international** » à son programme de travail à long terme (chap. X, sect. B, et annexe).

22. Le 22 juillet 2021, la Juge Joan E. Donoghue, Présidente de la Cour internationale de Justice, s'est adressée à la Commission par visioconférence. En raison de la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19), la Commission n'a malheureusement pas pu procéder à ses traditionnels échanges d'informations avec la Commission de l'Union africaine sur le droit international, l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique, le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe et le Comité juridique interaméricain. Elle a toutefois pu avoir un échange de vues informel avec le Comité international de la Croix-Rouge, le 15 juillet 2021 (chap. X, sect. E).

23. La Commission a décidé de tenir sa soixante-treizième session à Genève du 18 avril au 3 juin et du 4 juillet au 5 août 2022 (chap. X, sect. C).

Chapitre III

Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission

24. La Commission considère toujours pertinentes les demandes d'informations qu'elle a formulées au chapitre III du rapport sur les travaux de sa soixante et onzième session (2019) concernant les sujets « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » et « Principes généraux du droit »⁴ et accueillerait avec intérêt toute information complémentaire.

A. Succession d'États en matière de responsabilité de l'État

25. La Commission saurait gré aux États de lui fournir, d'ici au 31 décembre 2021, des informations sur leur pratique concernant la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. Elle aimerait en particulier recevoir des exemples :

- a) De traités, et notamment d'accords d'indemnisation forfaitaire et autres accords bilatéraux ou multilatéraux pertinents ;
- b) De lois internes, y compris les lois portant application d'accords multilatéraux ou bilatéraux ;
- c) De décisions rendues par des cours et tribunaux nationaux, régionaux et sous-régionaux.

B. L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international

26. À la soixante-treizième session (2022), le Groupe d'étude examinera les sous-sujets relatifs à la condition étatique (en anglais, « statehood ») et à la protection des personnes touchées par l'élévation du niveau de la mer. À cet égard, la Commission souhaiterait recevoir, d'ici au 31 décembre 2021, toutes informations que les États, les organisations internationales concernées et le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge pourraient lui communiquer sur la pratique relative à l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international ainsi que toutes autres informations pertinentes, notamment des renseignements sur :

- a) La pratique relative à la construction d'îles artificielles et à la consolidation du trait de côte en vue de faire face à l'élévation du niveau de la mer ;
- b) Les cas dans lesquels ont été prises des mesures de cession ou d'attribution de territoire, avec ou sans transfert de souveraineté, en vue de l'installation de personnes originaires d'États touchés par l'élévation du niveau de la mer, en particulier les petits États insulaires en développement ;
- c) Toutes lois, politiques et stratégies adoptées aux niveaux régional et national pour protéger les personnes touchées par l'élévation du niveau de la mer ;
- d) La pratique, les connaissances et l'expérience des organisations internationales concernées et du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge en matière de protection des personnes touchées par l'élévation du niveau de la mer ;
- e) Les mesures prises par les États tiers à l'égard des petits États insulaires en développement, en particulier ceux qui sont touchés par l'élévation du niveau de la mer, et notamment : i) les modalités de coopération ou d'association avec ces États, y compris en ce qui concerne la possibilité pour leurs ressortissants de se rendre dans les États tiers, de s'y établir et d'y mener des activités professionnelles ; ii) les mesures prises aux fins de la conservation de la nationalité d'origine et de l'accès à la nationalité ou à la citoyenneté de

⁴ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10), par. 29 et 30.

l'État tiers ; iii) les mesures prises aux fins de la préservation de l'identité culturelle des personnes et des groupes concernés.

27. En ce qui concerne le sous-sujet de l'élévation du niveau de la mer au regard du droit de la mer, la Commission saurait gré aux États de lui faire parvenir, d'ici au 30 juin 2022 et en plus de leurs observations sur les points mentionnés au chapitre III du rapport sur les travaux de sa soixante et onzième session (2019)⁵ :

a) Des exemples de la pratique relative à l'actualisation et à la fréquence d'actualisation des lois nationales concernant les lignes de base utilisées pour mesurer la largeur des zones maritimes, ainsi qu'à la fréquence d'actualisation des notifications de zones maritimes nationales déposées auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ;

b) Des exemples de la pratique relative à l'actualisation et à la fréquence d'actualisation des cartes sur lesquelles sont tracées les lignes de base et les limites extérieures de la zone économique exclusive et du plateau continental, ainsi que les listes de coordonnées géographiques établies conformément aux dispositions pertinentes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ou de la législation nationale, y compris celles qui ont été déposées auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et auxquelles il a été donné la publicité voulue, et des exemples de la pratique relative à l'actualisation et à la fréquence d'actualisation des cartes de navigation, y compris la mise à jour de ces cartes compte tenu de la modifications des contours physiques des zones côtières ;

c) Tous exemples de prise en considération ou de modification des traités relatifs aux frontières maritimes du fait de l'élévation du niveau de la mer ;

d) Des informations sur l'ampleur de l'érosion côtière, réelle ou prévue, due à l'élévation du niveau de la mer, et ses conséquences possibles sur les points de base et les lignes de base utilisés pour mesurer la largeur de la mer territoriale ;

e) Des informations sur les activités menées ou envisagées au titre des mesures d'adaptation des zones côtières face à l'élévation du niveau de la mer, notamment pour préserver les points de base et les lignes de base.

28. La Commission souhaiterait recevoir des exemples et informations de ce type, ainsi que tout autre exemple ou renseignement pertinents, de la part d'États de toutes les régions et sous-régions du monde, en particulier celles dont elle n'a encore pas ou presque pas reçu d'observations.

⁵ Ibid., par. 32.

Chapitre IV Protection de l'atmosphère

A. Introduction

29. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet intitulé « Protection de l'atmosphère », précisant que cette inscription était subordonnée à certaines conditions, et a désigné M. Shinya Murase Rapporteur spécial⁶.

30. La Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial à sa soixante-sixième session (2014), le deuxième rapport à sa soixante-septième session (2015), le troisième rapport à sa soixante-huitième session (2016), le quatrième rapport à sa soixante-neuvième session (2017) et le cinquième rapport à sa soixante-dixième session (2018)⁷. À sa soixante-dixième session également, sur la base des projets de directive proposés par le Rapporteur spécial dans ses deuxième, troisième, quatrième et cinquième rapports, la Commission a adopté provisoirement, en première lecture, 12 projets de directive assortis d'un préambule, ainsi que les commentaires y relatifs⁸.

B. Examen du sujet à la présente session

31. À la présente session, la Commission était saisie du sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/736) ainsi que des commentaires et observations reçus des États et des organisations internationales (A/CN.4/735). Dans son rapport, le Rapporteur spécial examinait les commentaires et observations formulés par les États et les organisations internationales au sujet du projet de préambule et des projets de directive adoptés en première lecture, se penchait sur les propositions à étudier en seconde lecture et formulait une recommandation à l'intention de l'Assemblée générale.

32. La Commission a examiné le sixième rapport du Rapporteur spécial à ses 3508^e à 3510^e et 3512^e à 3515^e séances, du 26 au 28 avril et les 30 avril et 3 et 4 mai 2021.

⁶ À sa 3197^e séance, le 9 août 2013 (*Annuaire ... 2013*, vol. II (2e partie), par. 168), la Commission a inscrit le sujet à son programme de travail, aux conditions suivantes : « a) Les travaux sur ce sujet seraient conduits de façon à ne pas empiéter sur les négociations politiques concernant, notamment, les changements climatiques, l'appauvrissement de la couche d'ozone ou la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance. Les travaux ne concerneraient pas non plus des questions telles que la responsabilité de l'État et de ses ressortissants, le principe "pollueur-payeur", le principe de précaution, les responsabilités communes mais différenciées, et le transfert de fonds et de technologie, y compris des droits de propriété intellectuelle, vers les pays en développement, mais seraient aussi sans préjudice de ces questions ; b) Dans le cadre des travaux sur ce sujet, la Commission ne traiterai pas non plus de questions relatives à certaines substances qui font l'objet de négociations interétatiques, comme le noir de carbone ou l'ozone troposphérique, et d'autres substances à double impact. Le projet ne viserait pas à "combler" les lacunes des régimes conventionnels ; c) Les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation, seraient exclues du sujet ; d) Les travaux de la Commission sur le sujet viseraient à élaborer un projet de directives, sans chercher à compléter les régimes conventionnels actuels par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques. Les rapports du Rapporteur spécial seraient fondés sur le respect de ces conditions. ». Au paragraphe 6 de sa résolution 68/112, du 16 décembre 2013, l'Assemblée générale a noté que la Commission avait décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail. La question de la protection de l'atmosphère avait été inscrite au programme de travail à long terme de la Commission à sa soixante-troisième session (*Annuaire ... 2011*), vol. II (2^e partie), par. 365) sur la base de la proposition formulée à l'annexe II du rapport sur les travaux de cette session (*ibid.*, p. 195).

⁷ A/CN.4/667, A/CN.4/681 et Corr.1 (chinois seulement), A/CN.4/692, A/CN.4/705 et Corr.1 et A/CN.4/711.

⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 10 (A/70/10)*, par. 53 et 54 ; *ibid.*, *soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*, par. 95 et 96 ; *ibid.*, *soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 66 et 67 ; *ibid.*, *soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, par. 77 et 78.

33. À l'issue du débat consacré au rapport et compte tenu des vues échangées, à sa 3515^e séance, le 4 mai 2021, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 1 à 12 et le préambule contenus dans le sixième rapport du Rapporteur spécial.

34. À sa 3529^e séance, le 27 mai 2021, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.951) et adopté, en seconde lecture, les projets de directive et le préambule sur la protection de l'atmosphère (voir *infra* la section E.1).

35. À ses 3549^e à 3554^e séances, du 26 au 29 juin 2021, la Commission a adopté les commentaires relatifs aux projets de directive et au préambule (voir *infra* la section E.2).

36. Conformément à son statut, la Commission soumet les projets de directive et le préambule, ainsi que la recommandation formulée ci-après (voir *infra* la section C), à l'Assemblée générale.

C. Recommandation de la Commission

37. À sa 3554^e séance, le 29 juillet 2021, la Commission a décidé, conformément à l'article 23 de son statut, de recommander à l'Assemblée générale :

a) De prendre acte du projet de préambule et de directives sur la protection de l'atmosphère dans une résolution, d'annexer le projet de directives à la résolution et d'en assurer la plus large diffusion possible ;

b) De recommander le projet de préambule et de directives et les commentaires y relatifs aux États, aux organisations internationales et à toute autre entité amenée à s'intéresser au sujet.

D. Hommage au Rapporteur spécial

38. À sa 3554^e séance, le 29 juillet 2021, après avoir adopté le texte du projet de directives sur la protection de l'atmosphère, la Commission a adopté la résolution ci-après par acclamation :

« *La Commission du droit international,*

Ayant adopté le projet de directives sur la protection de l'atmosphère,

Exprime sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations au Rapporteur spécial, M. Shinya Murase, pour la contribution exceptionnelle qu'il a apportée à l'élaboration des projets de directive, aux fins de laquelle il a fait preuve d'un dévouement sans relâche, et pour les résultats qu'il a obtenus. ».

E. Texte des projets de directive sur la protection de l'atmosphère

1. Texte des projets de directive

39. Le texte des projets de directive adoptés par la Commission en seconde lecture à sa soixante-douzième session est reproduit ci-après.

Protection de l'atmosphère

Préambule

Consciente que l'atmosphère est une ressource naturelle, d'une capacité d'assimilation limitée, indispensable à la vie sur terre, à la santé et au bien-être de l'homme, et aux écosystèmes aquatiques et terrestres,

Ayant à l'esprit que des substances polluantes et des substances de dégradation sont transportées et propagées dans l'atmosphère,

Considérant que la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière,

Consciente de la situation et des besoins particuliers des pays en développement,

Constatant qu'il existe une interaction étroite entre l'atmosphère et les océans,

Constatant notamment la situation particulière dans laquelle les zones côtières de faible élévation et les petits États insulaires en développement se trouvent du fait de l'élévation du niveau de la mer,

Reconnaissant qu'il convient de tenir pleinement compte du fait qu'il est dans l'intérêt des générations futures de préserver durablement la qualité de l'atmosphère,

Rappelant que le présent projet de directives a été élaboré à la condition qu'il ne viserait ni à empiéter sur les négociations politiques pertinentes ni à imposer aux régimes conventionnels actuels des règles ou des principes qui n'y figurent pas déjà,

Directive 1

Définitions

Aux fins du présent projet de directives :

a) On entend par « atmosphère » l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre ;

b) On entend par « pollution atmosphérique » l'émission ou le rejet dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie contribuant à des effets nocifs significatifs qui s'étendent au-delà de l'État d'origine et qui sont de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre ;

c) On entend par « dégradation atmosphérique » toute altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques, qui a des effets nocifs significatifs de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre.

Directive 2

Champ d'application

1. Le présent projet de directives concerne la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

2. Le présent projet de directives ne traite pas et est sans préjudice des questions relatives au principe « pollueur-payeur », au principe de précaution et au principe des responsabilités communes mais différenciées.

3. Rien dans le présent projet de directives ne remet en cause le statut de l'espace aérien en vertu du droit international ni les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation.

Directive 3

Obligation de protéger l'atmosphère

Les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère en faisant preuve de la diligence requise dans l'adoption de mesures appropriées, conformément aux règles de droit international applicables, en vue de prévenir, réduire ou maîtriser la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

Directive 4

Évaluation de l'impact sur l'environnement

Les États ont l'obligation de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement des activités projetées relevant de leur juridiction ou contrôle qui sont susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important sur l'atmosphère en termes de pollution atmosphérique ou de dégradation atmosphérique.

Directive 5**Utilisation durable de l'atmosphère**

1. Dans la mesure où l'atmosphère est une ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée, son utilisation devrait être entreprise de manière durable.
2. L'utilisation durable de l'atmosphère inclut le besoin de concilier le développement économique et la protection de l'atmosphère.

Directive 6**Utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère**

L'atmosphère devrait être utilisée d'une manière équitable et raisonnable, en tenant pleinement compte des intérêts des générations présentes et futures.

Directive 7**Modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère**

Les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère ne devraient être menées qu'avec prudence et précaution, et sous réserve de toute règle applicable de droit international, y compris les règles relatives à l'évaluation de l'impact sur l'environnement.

Directive 8**Coopération internationale**

1. Les États ont l'obligation de coopérer, selon qu'il convient, entre eux et avec les organisations internationales pertinentes pour protéger l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.
2. Les États devraient coopérer ensemble au développement des connaissances scientifiques et techniques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. Cette coopération pourrait prendre la forme d'un échange d'informations et d'un suivi conjoint.

Directive 9**Relations entre règles pertinentes**

1. Les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international pertinentes, y compris, *inter alia*, les règles du droit international du commerce et de l'investissement, du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme, devraient, dans la mesure du possible, être déterminées, interprétées et appliquées de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles, en conformité avec les principes de l'harmonisation et de l'intégration systémique et dans l'objectif d'éviter les conflits. Cela devrait être fait conformément aux règles pertinentes énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, notamment à l'article 30 et au paragraphe 3 c) de l'article 31, ainsi qu'aux principes et règles du droit international coutumier.
2. Les États devraient, dans la mesure du possible, lorsqu'ils élaborent de nouvelles règles de droit international concernant la protection de l'atmosphère et d'autres règles pertinentes du droit international, s'efforcer de le faire de manière harmonieuse.
3. Aux fins de l'application des paragraphes 1 et 2, les États devraient prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes particulièrement vulnérables à la pollution et la dégradation atmosphériques. Ces groupes peuvent inclure, *inter alia*, les peuples autochtones, les populations des pays les moins avancés et les populations des zones côtières de faible élévation et des petits États insulaires en développement touchés par l'élévation du niveau de la mer.

Directive 10**Mise en œuvre**

1. La mise en œuvre en droit interne des obligations de droit international relatives à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation

atmosphérique, y compris celles énoncées dans le présent projet de directives, peut s'accomplir par les voies législative, administrative, judiciaire et par d'autres voies.

2. Les États devraient s'efforcer de donner effet aux recommandations formulées dans le présent projet de directives.

Directive 11

Contrôle du respect

1. Les États sont tenus de respecter leurs obligations en vertu du droit international relatives à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique de bonne foi, y compris par le respect des règles et procédures prévues dans les accords pertinents auxquels ils sont parties.

2. Pour assurer le contrôle du respect, des procédures de facilitation ou d'exécution peuvent être utilisées, selon qu'il convient, conformément aux accords pertinents :

a) Les procédures de facilitation peuvent notamment consister à fournir une assistance aux États, en cas de non-respect, de manière transparente, non accusatoire et non punitive, afin que les États concernés s'acquittent de leurs obligations en vertu du droit international, compte tenu de leurs capacités et de leurs conditions particulières ;

b) Les procédures d'exécution peuvent notamment consister à mettre en garde contre une situation de non-respect, à supprimer les droits et privilèges que leur confèrent les accords pertinents, ainsi qu'à imposer d'autres formes de mesures d'exécution.

Directive 12

Règlement des différends

1. Les différends entre États relatifs à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique doivent être réglés par des moyens pacifiques.

2. Ces différends pouvant présenter une grande complexité factuelle et une dimension scientifique marquée, une attention toute particulière devrait être accordée au recours à des experts scientifiques et techniques.

2. Texte des projets de directive et des commentaires y relatifs

40. Le texte des projets de directive et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission en seconde lecture est reproduit ci-après.

Protection de l'atmosphère

Commentaire général

1) Comme c'est toujours le cas pour les résultats des travaux de la Commission, les projets de directive doivent être lus conjointement avec les commentaires.

2) La Commission a conscience qu'il importe de prendre pleinement en considération les besoins actuels de la communauté internationale. Il est admis que l'homme et la nature peuvent tous deux subir les effets de certains changements dans l'état de l'atmosphère, changements qui résultent principalement de l'émission de substances ou d'énergie nocives et sont à l'origine de la pollution atmosphérique transfrontière, de l'appauvrissement de la couche d'ozone et de modifications des conditions atmosphériques entraînant des changements climatiques. La Commission vise, par le développement progressif et la codification du droit international, à établir des directives susceptibles d'aider la communauté internationale à répondre à des questions extrêmement importantes ayant trait à la protection transfrontière et mondiale de l'atmosphère. Comme convenu en 2013⁹, elle n'entend toutefois pas, ce faisant, empiéter sur les négociations politiques pertinentes ni venir imposer aux régimes conventionnels actuels des règles ou des principes qui n'y figurent pas déjà.

⁹ Voir *supra* la note 6.

Préambule

Consciente que l'atmosphère est une ressource naturelle, d'une capacité d'assimilation limitée, indispensable à la vie sur terre, à la santé et au bien-être de l'homme, et aux écosystèmes aquatiques et terrestres,

Ayant à l'esprit que des substances polluantes et des substances de dégradation sont transportées et propagées dans l'atmosphère,

Considérant que la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière,

Consciente de la situation et des besoins particuliers des pays en développement,

Constatant qu'il existe une interaction étroite entre l'atmosphère et les océans,

Constatant notamment la situation particulière dans laquelle les zones côtières de faible élévation et les petits États insulaires en développement se trouvent du fait de l'élévation du niveau de la mer,

Reconnaissant qu'il convient de tenir pleinement compte du fait qu'il est dans l'intérêt des générations futures de préserver durablement la qualité de l'atmosphère,

Rappelant que le présent projet de directives a été élaboré à la condition qu'il ne viserait ni à empiéter sur les négociations politiques pertinentes, ni à imposer aux régimes conventionnels actuels des règles ou des principes qui n'y figurent pas déjà,

Commentaire

1) Le préambule vise à établir le cadre contextuel du projet de directives. Son premier alinéa a un caractère général : il y est fait le constat que l'atmosphère a une importance essentielle pour la vie sur terre, la santé et le bien-être de l'homme ainsi que pour les écosystèmes aquatiques et terrestres. L'atmosphère est la plus grande des ressources naturelles de la Terre, et une des plus importantes. Elle a été reconnue comme une ressource naturelle – au même titre que les minéraux, l'énergie et l'eau – par l'ancien Comité des ressources naturelles du Conseil économique et social¹⁰, ainsi que dans la Déclaration de 1972 de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (la « Déclaration de Stockholm »)¹¹ et la Charte mondiale de la nature de 1982¹², où il est dit que l'humanité fait partie de la nature et la vie dépend du fonctionnement ininterrompu des systèmes naturels qui sont la source d'énergie et de matières nutritives¹³. L'atmosphère fournit des ressources renouvelables indispensables à la survie de l'homme, des plantes et des animaux qui peuplent la planète, et sert de moyen de transport et de communication. Il a été longtemps considéré que, étant une ressource naturelle, elle était inépuisable et non exclusive. Cette opinion est aujourd'hui obsolète¹⁴. Il ne faut pas perdre de vue en effet que, ainsi qu'il est aussi dit au

¹⁰ L'inscription des « ressources atmosphériques » parmi les « autres ressources naturelles » par l'ancien Comité des ressources naturelles est apparue pour la première fois dans le rapport du Comité sur les travaux de sa première session, *Documents officiels du Conseil économique et social, cinquantième session, Supplément n° 6 (E/4969-E/C.7/13)*, sect. 4 (« autres ressources naturelles »), par. 94 d). Les travaux du Comité (devenu ensuite le Comité de l'énergie et des ressources naturelles au service du développement) ont été ensuite transférés à la Commission du développement durable.

¹¹ « Les ressources naturelles du Globe, y compris l'air [...] doivent être préservé[e]s dans l'intérêt des générations présentes et à venir par une planification ou une gestion attentive selon que de besoin. » (adoptée à Stockholm le 16 juin 1972, voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14 (A/CONF.48/14/Rev.1 et Corr.1), première partie, chap. I, principe 2).

¹² « [L]es ressources [...] atmosphériques qu'utilise l'homme seront gérées de manière à assurer et maintenir leur productivité optimale et continue » (Charte mondiale de la nature, résolution 37/7 de l'Assemblée générale en date du 28 octobre 1982, annexe, principes généraux, par. 4).

¹³ Ibid., deuxième alinéa du préambule, alinéa a).

¹⁴ Voir, par exemple, l'affaire *Gasoline* de 1996, dans laquelle le Groupe spécial et l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont affirmé que l'air pur était une « ressource

projet de directive 5, l'atmosphère est une ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée.

2) Le deuxième alinéa du préambule concerne l'aspect fonctionnel de l'atmosphère en tant que milieu à travers lequel des substances polluantes et des substances de dégradation sont transportées et propagées par le déplacement de masses d'air. Les mouvements atmosphériques participent d'un schéma dynamique et fluctuant. Les mouvements transfrontières longue distance de substances polluantes et de substances de dégradation sont considérés comme l'un des principaux problèmes de l'environnement atmosphérique actuel¹⁵, la région Arctique étant une des zones les plus gravement touchée par la dispersion de polluants nocifs à l'échelle mondiale¹⁶.

3) Le troisième alinéa du préambule dispose que la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique sont « un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière ». Cette notion est apparue pour la première fois dans la résolution 43/53 du 6 décembre 1988, sur la protection du climat mondial pour les générations présentes et futures, dans laquelle l'Assemblée générale a estimé que l'évolution du climat était une « préoccupation commune de l'humanité », le climat étant l'une des conditions essentielles de la vie sur terre. Le premier alinéa du préambule de la Convention-cadre des Nations Unies de 1992 sur les changements climatiques¹⁷ porte que « les changements du climat de la planète et leurs effets néfastes sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière » (non souligné dans l'original)¹⁸, formule qui a été reprise par la suite dans le préambule de l'Accord de Paris de 2015 sur les changements climatiques¹⁹. L'expression « préoccupation commune » ou une expression similaire sont employées dans d'autres instruments conventionnels encore²⁰. Dans cet alinéa

naturelle » qui pouvait être « épuisée ». Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (1996), WT/DS2/AB/R.

- ¹⁵ Voir Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants de 2001, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2256, n° 40214, p. 119 (mentionnant dans le préambule que « les polluants organiques persistants [...] sont propagés par l'air [...] par-delà les frontières internationales et déposés loin de leur site d'origine, où ils s'accumulent dans les écosystèmes terrestres et aquatiques »). Suite à la modification apportée en 2012 au Protocole de Göteborg à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, relatif à la réduction de l'acidification, de l'eutrophisation et de l'ozone troposphérique (Göteborg, 30 novembre 1999, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2319, p. 81), le troisième alinéa du préambule indique ce qui suit : « Constatant avec préoccupation [...] que les [éléments chimiques] émis [...] sont transportés dans l'atmosphère sur de longues distances et peuvent avoir des effets transfrontières nocifs. ». Aux termes de la Convention de Minamata de 2013 sur le mercure (adoptée à Kumamoto (Japon) le 10 octobre 2013, *ibid.*, vol. 3013, n° 54669 (numéro du volume à déterminer), disponible à l'adresse suivante : <https://treaties.un.org>), le mercure est « une substance chimique préoccupante à l'échelle mondiale vu sa propagation atmosphérique à longue distance » (premier alinéa du préambule) ; voir J. S. Fuglesvedt *et al.*, « Transport impacts on atmosphere and climate : metrics », *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), p. 4648 à 4677 ; D. J. Wuebbles, H. Lei et J.-T. Lin, « Inter-continental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences », *Environmental Pollution*, vol. 150 (2007), p. 65 à 84 ; J.-T. Lin, X.-Z. Liang et D. J. Wuebbles, « Effects of inter-continental transport on surface ozone over the United States : Present and future assessment with a global model », *Geophysical Research Letters*, vol. 35 (2008).
- ¹⁶ Voir T. Koivurova, P. Kankaanpää et A. Stepien, « Innovative Environmental Protection : Lessons from the Arctic », *Journal of Environmental Law*, vol. 27 (2015), p. 285 à 311, à la page 297.
- ¹⁷ New York, 9 mai 1992, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, n° 30822, p. 107.
- ¹⁸ Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, premier alinéa du préambule.
- ¹⁹ Accord de Paris (Paris, 12 décembre 2015), Nations Unies, *Recueil des Traités*, n° 54113 (numéro du volume à déterminer), disponible à l'adresse suivante : <https://treaties.un.org>, onzième alinéa du préambule.
- ²⁰ Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1790, n° 30619, p. 79, troisième alinéa du préambule, « préoccupation commune à l'humanité ») ; Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (Paris, 14 octobre 1994, *ibid.*, vol. 1954, n° 33480, p. 3, premier alinéa du préambule (« centre des préoccupations »), deuxième alinéa du préambule (« vive préoccupation ») et quatrième alinéa du préambule (« problème de dimension mondiale ») ; Convention de Minamata sur le mercure, premier alinéa du préambule (où il est dit que le mercure est une substance chimique « préoccupante à l'échelle mondiale »).

du préambule, le message qui est transmis est que la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique, telles qu'elles sont définies dans le projet de directives, concernent la communauté internationale tout entière parce qu'elles peuvent toucher tout un chacun. On retiendra que, bien que les auteurs soient divisés sur sa portée, sa teneur et ses conséquences, l'expression « préoccupation commune » est courante en droit de l'environnement²¹. Il est entendu qu'elle fait référence à un problème qui nécessite la coopération de la communauté internationale tout entière, mais son emploi ne crée en soi aucun droit ni obligation et, en particulier, ne fait naître aucune obligation *erga omnes* dans le contexte du projet de directives.

4) Reflétant un souci d'équité, le quatrième alinéa du préambule traite de la situation et des besoins particuliers des pays en développement²². Plusieurs instruments internationaux, notamment la Déclaration de Stockholm de 1972²³, la Déclaration de Rio de 1992 sur

²¹ M. Bowman, « Environmental protection and the concept of common concern of mankind », dans M. Fitzmaurice, D. M. Ong et P. Merkouris, dir. publ., *Research Handbook on International Environmental Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), p. 493 à 518, à la page 501 ; D. French, « Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts : rhetorical devices, legal principles or a fundamental challenge ? », dans M. J. Bowman, P. G. G. Davies et E. J. Goodwin, dir. publ., *Research Handbook on Biodiversity and Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2016), p. 334 à 360, à la page 349 ff. ; J. Brunnée, « Common areas, common heritage, and common concern », dans D. Bodansky, J. Brunnée et E. Hey, dir. publ., *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 550 à 573, à la page 565 ; A. Boyle et C. Redgwell, *International Law and the Environment*, 4^e éd. (Oxford, Oxford University Press, 2009), p. 143 à 145 ; D. Shelton, « Common concern of humanity », *Environmental Policy and Law*, vol. 39 (2009), p. 83 à 96 ; D. Shelton, « Equitable utilization of the atmosphere : rights-based approach to climate change ? », dans S. Humphreys, dir. publ., *Human Rights and Climate Change* (Cambridge, Cambridge University Press, 2010), p. 91 à 125 ; S. Stec, « Humanitarian limits to sovereignty : common concern and common heritage approaches to natural resources and environment », *International Community Law Review*, vol. 12 (2010), p. 361 à 389 ; T. Cortier, dir. publ., *The Prospects of the Common Concern of Humankind in International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2021).

²² Une des premières démarches tendant à faire reconnaître ce principe remonte à la Conférence internationale du Travail qui s'est tenue à Washington en 1919, à l'occasion de laquelle les délégations d'Asie et d'Afrique ont obtenu l'adoption de normes du travail différenciées sur le fondement de l'article 405 (par. 3) du Traité de Versailles de 1919 (Traité de paix signé à Versailles le 28 juin 1919, Heinrich Triepel, Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international, Continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens, 3^e série, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, t. XI, p. 323), devenu l'article 19 (par. 3) de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail (9 octobre 1946, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, n° 229, p. 35) (où il est dit que les conventions du travail « devr[ont] avoir égard » aux pays dans lesquels il existe des circonstances particulières qui rendent les conditions de l'industrie « essentiellement différentes »). Le principe est aussi reflété dans certaines des conventions que l'Organisation internationale du Travail a approuvées en 2019 ainsi que dans plusieurs conventions adoptées par la suite. Voir I. F. Ayusawa, *International Labor Legislation* (New York, Columbia University, 1920), chap. VI, p. 149 et suiv. Il est aussi pris en considération dans le Système généralisé de préférences élaboré dans les années 1970 dans le cadre de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, ainsi qu'il ressort du projet d'article 23 des projets d'article sur les clauses de la nation la plus favorisée établis par la Commission en 1978. Voir les articles 23 (La clause de la nation la plus favorisée et le traitement conféré dans le cadre d'un système généralisé de préférences) et 30 (Nouvelles règles de droit international en faveur des pays en développement), adoptés par la Commission à sa trentième session, en 1978 (*Annuaire ... 1978*, vol. II (2^e partie), par. 74, voir aussi par. 47 à 72. Voir S. Murase, *Economic Basis of International Law* (Tokyo, Yuhikaku, 2001), p. 109 à 179 (en japonais). Voir aussi les dérogations pour les pays en développement prévues à l'article XVIII de l'Accord général de 1947 sur les tarifs douaniers et le commerce (Genève, 30 octobre 1947), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 55, n° 814, p. 194.

²³ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972 (A/CONF.48/14/Rev.1)*, première partie, chap. I. Voir L. B. Sohn, « The Stockholm Declaration on the Human Environment ». *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), p. 423 à 515, aux pages 485 à 493.

l'environnement et le développement (la « Déclaration de Rio »)²⁴ et la Déclaration de Johannesburg de 2002 sur le développement durable²⁵, consacrent la nécessité de tenir compte de la situation particulière des pays en développement dans le contexte de la protection de l'environnement. Le principe 12 de la Déclaration de Stockholm prévoit qu'il faut « [tenir] compte [...] de la situation et des besoins particuliers des pays en voie de développement ». Le principe 6 de la Déclaration de Rio dispose qu'il faut accorder la priorité à « [l]a situation et [aux] besoins particuliers des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés et des pays les plus vulnérables sur le plan de l'environnement ». La Déclaration de Johannesburg exprime la détermination de ses auteurs de « rester[...] particulièrement attentifs aux besoins en matière de développement des petits États insulaires en développement et des pays les moins avancés »²⁶. Ce principe est aussi reflété à l'article 3 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et à l'article 2 de l'Accord de Paris adopté dans le cadre de ladite convention. La formulation du quatrième alinéa du préambule du projet d'articles est inspirée de celle du septième alinéa du préambule de la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation²⁷.

5) Le cinquième alinéa du préambule pose le constat qu'il existe une « interaction étroite » entre l'atmosphère et les océans du fait du rapport physique qui les unit. D'après les scientifiques, la pollution du milieu marin, qu'elle soit d'origine atmosphérique ou transatmosphérique, est en grande partie due aux activités terrestres, notamment celles menées par l'homme²⁸. La recherche scientifique montre que les activités humaines sont aussi responsables du réchauffement de la planète, qui entraîne une augmentation de la température des océans, et ainsi des phénomènes atmosphériques extrêmes pouvant provoquer inondations et sécheresses²⁹. L'Assemblée générale a constaté que les changements climatiques avaient effectivement des effets sur les océans et a souligné qu'il importait que la communauté scientifique approfondisse sa connaissance de l'interface entre les océans et l'atmosphère³⁰. Bien que l'alinéa du préambule n'en fasse pas mention, l'atmosphère interagit aussi étroitement avec d'autres biosphères ainsi qu'avec les forêts, les lacs et les rivières³¹.

²⁴ Adoptée à Rio de Janeiro le 14 juin 1992, voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 (A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I) et Corr.1)*, résolution 1, p. 3.

²⁵ *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable, Johannesburg (Afrique du Sud), 26 août – 4 septembre 2002 (A/CONF.199/20)* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.03.II.A.1 et rectificatif), chap. I, résolution 1, annexe.

²⁶ Déclaration de Johannesburg, par. 24. Voir aussi le document final de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable, intitulé « L'avenir que nous voulons », reproduit à l'annexe de la résolution 66/288 adoptée par l'Assemblée générale le 27 juillet 2012.

²⁷ Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (New York, 21 mai 1997), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 49 (A/51/49)*, vol. III, résolution 51/229, annexe. La Convention est entrée en vigueur le 17 août 2014.

²⁸ R. A. Duce *et al.*, « The atmospheric input of trace species to the world ocean », *Global Biogeochemical Cycles*, vol. 5 (1991), p. 193 à 259 ; T. Jickells et C. M. Moore, « The importance of atmospheric deposition for ocean productivity », *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, vol. 46 (2015), p. 481 à 501.

²⁹ Voir Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), « Changements climatiques 2014 : rapport de synthèse – résumé à l'intention des décideurs », p. 4. De nombreuses études scientifiques donnent à penser que, du fait de l'augmentation de la température des océans, de nombreuses régions sont menacées par une sécheresse grave et généralisée au XXI^e siècle. Voir Ø. Hov, « Overview : oceans and the atmosphere », et T. Jickells, « Linkages between the oceans and the atmosphere », dans « Summary of the informal meeting of the International Law Commission : dialogue with atmospheric scientists (third session), 4 May 2017 », par. 4 à 12 et 21 à 30, disponible à l'adresse suivante : http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/69/pdfs/english/informal_dialogue_4may2017.pdf&lang=E.

³⁰ Résolution 75/239 de l'Assemblée générale, en date du 31 décembre 2020, sur les océans et le droit de la mer, parties IX et XI. Voir aussi les résolutions 71/257, du 23 décembre 2016 ; 72/37, du 5 décembre 2017 ; 73/124, du 11 décembre 2018 ; 74/19, du 10 décembre 2019.

³¹ GIEC, *Climate Change and Land : An IPCC Special Report on Climate Change, Desertification, Land Degradation, Sustainable Land Management, Food Security, and Greenhouse Gas Fluxes in Terrestrial Ecosystems* (2019), disponible à l'adresse suivante : www.ipcc.ch/srccl/.

6) La première Évaluation mondiale intégrée du milieu marin (la « première Évaluation mondiale des océans »), étude globale et approfondie de l'état du milieu marin, traite de la pollution transatmosphérique des océans résultant d'activités terrestres, qui a des conséquences sur la température de la surface de la mer, l'élévation du niveau de la mer, la salinité, la stratification et l'acidification des océans, la circulation océanique, les tempêtes et les autres phénomènes climatiques extrêmes, le rayonnement ultraviolet et la couche d'ozone³². L'Assemblée générale a continué d'insister sur la nécessité de s'attaquer d'urgence aux effets de la dégradation atmosphérique, notamment l'augmentation des températures à l'échelle mondiale, l'élévation du niveau de la mer et l'acidification des océans, ainsi qu'aux répercussions des autres changements climatiques qui se font lourdement sentir dans les zones côtières et les pays côtiers de faible élévation, parmi lesquels nombre de pays parmi les moins avancés et de petits États insulaires en développement, estimant qu'il en allait de la survie de bien des sociétés³³. Entre autres activités humaines qui ont des conséquences sur les océans, on peut citer les émissions de gaz à effet de serre par les navires, à savoir les émissions de gaz d'échappement, les émissions provenant des cargaisons, les émissions de gaz réfrigérants et les autres émissions, qui contribuent toutes au réchauffement climatique et aux changements climatiques³⁴.

7) Le sixième alinéa du préambule mentionne l'une des conséquences de la dégradation atmosphérique qui se fait le plus lourdement sentir sur tous les États, à savoir l'élévation du niveau de la mer due au réchauffement de la planète. Il appelle l'attention sur la situation particulière dans laquelle l'élévation du niveau de la mer place les zones côtières de faible élévation et les petits États insulaires en développement. Dans son cinquième rapport, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) a estimé que, à l'échelle mondiale, le niveau moyen de la mer augmenterait de 26 à 98 centimètres d'ici à 2100³⁵. Quoique ni les chiffres exacts ni les pourcentages de l'augmentation attendue ne soient encore connus, le rapport indique que l'élévation du niveau de la mer se poursuivra presque certainement tout au long du XXI^e siècle et pendant plusieurs siècles encore, même si les concentrations d'émissions de gaz à effet de serre sont stabilisées. De surcroît, il est probable que ce phénomène ait une configuration fortement régionale et que de nombreuses régions subissent une évolution sensiblement plus importante que la moyenne mondiale³⁶. Cela pourrait poser un risque grave, voire s'avérer catastrophique, pour bon nombre de zones côtières, en particulier les grandes zones côtières de faible élévation densément peuplées, ainsi que pour les petits États insulaires en développement³⁷.

³² Division des affaires maritimes et du droit de la mer de l'Organisation des Nations Unies, « First Global Integrated Marine Assessment (first World Ocean Assessment) », disponible à l'adresse suivante : www.un.org/depts/los/global_reporting/WOA_RegProcess.htm (voir, en particulier, le chapitre 20, intitulé « Coastal, riverine and atmospheric inputs from land »). L'Assemblée générale a approuvé le résumé du rapport à sa soixante-dixième session (voir la résolution 70/235 de l'Assemblée générale, du 23 décembre 2015, sur les océans et le droit de la mer).

³³ Résolution 70/1 de l'Assemblée générale en date du 25 septembre 2015, intitulée « Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 », par. 14. Voir aussi « Les océans et le droit de la mer », rapport du Secrétaire général (A/71/74/Add.1), chap. VIII (« Océans, changements climatiques et acidification des océans »), par. 115 à 122.

³⁴ Étude sur les émissions de gaz à effet de serre réalisée par l'Organisation maritime internationale (OMI), Ø. Buhaug *et al.*, *Second IMO GHG Study 2009* (Londres, OMI, 2009), p. 23. Voir aussi T. W. P. Smith *et al.*, *Third IMO GHG Study* (Londres, OMI, 2014), synthèse, tableau 1, et M. Righi, J. Hendricks et R. Sausen, « The global impact of the transport sectors on atmospheric aerosol in 2030 – Part 1 : land transport and shipping », *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 15 (2015), p. 633 à 651.

³⁵ GIEC, *Changements climatiques 2013 : Les éléments scientifiques. Contribution du Groupe de travail I au cinquième rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat* (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), p. 1180. Voir aussi le chapitre IX, sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international.

³⁶ *Ibid.*, p. 1140. Voir aussi GIEC, *IPCC Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate* (2019), disponible à l'adresse suivante : www.ipcc.ch/srocc/.

³⁷ Voir A. H. A. Soons, « The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries », *Netherlands International Law Review*, vol. 37 (1990), p. 207 à 232 ; M. Hayashi, « Sea-level rise and the law of the sea : future options », dans D. Vidas et P. J. Schei (dir. publ.), *The World Ocean in Globalisation : Climate Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues* (Leyde, Brill/Martinus Nijhoff, 2011), p. 187 et suiv. Voir aussi Association de droit international,

8) Le sixième alinéa du préambule a trait à la corrélation entre les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les règles du droit de la mer, mentionnée au paragraphe 1 du projet de directive 9³⁸. Le paragraphe 3 du projet de directive 9 dispose qu'il faut prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes vulnérables³⁹. La Commission a employé le mot « notamment » pour exprimer l'idée que certaines régions étaient dans une situation particulière sans exclure la possibilité que d'autres régions soient touchées.

9) Le septième alinéa du préambule met l'accent sur la préservation des intérêts des générations futures, aux fins notamment de la protection des droits de l'homme et de l'équité entre les générations. L'objectif est de s'assurer que la planète restera habitable pour ceux qui nous succéderont. Les mesures prises pour protéger l'atmosphère aujourd'hui doivent pleinement s'inscrire dans une perspective de préservation de la qualité de l'atmosphère à long terme. Le préambule de l'Accord de Paris dispose que les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière et que les parties devraient, lorsqu'elles prennent des mesures pour faire face à ces changements, respecter, promouvoir et prendre en considération leurs obligations respectives concernant les droits de l'homme, ainsi que l'équité entre les générations. L'importance de tenir compte des générations futures, déjà reconnue dans le principe 1 de la Déclaration de Stockholm de 1972⁴⁰, est au cœur de la notion de développement durable telle qu'elle a été définie dans le rapport Brundtland de 1987 intitulé *Notre avenir à tous*⁴¹, et sous-tend le Programme de développement durable à l'horizon 2030⁴². Elle est aussi reflétée dans la Convention de 1992 sur la diversité biologique, qui en fait mention dans son préambule⁴³, ainsi que dans d'autres traités⁴⁴. Par exemple, aux termes du paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, « il incombe aux Parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures ». En outre, dans son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a dit, concernant l'arme nucléaire, qu'il était impératif de tenir compte « en particulier [...] de son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir⁴⁵ ». Dans cet alinéa du préambule, la Commission a préféré parler d'« intérêt » plutôt que d'« avantage ». Elle a employé des termes semblables dans le projet de directive 6, qui mentionne les intérêts des générations futures dans le contexte de l'« utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère »⁴⁶.

Report of the Seventy-fifth Conference held in Sofia, August 2012 (Londres, 2012), p. 385 à 428 ; Association de droit international, *Johannesburg Conference* (2016), *International Law and Sea Level Rise* (rapport d'étape), p. 13 à 18 ; Association de droit international, *Sydney Conference* (2018), *International Law and Sea Level Rise* (rapport), 2^e partie, p. 866.

³⁸ Voir *infra* le commentaire du projet de directive 9, par. 9.

³⁹ Voir *infra* le commentaire du projet de directive 9, par. 16 à 18.

⁴⁰ Au principe 1 est mentionné « le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures ».

⁴¹ Rapport de la Commission mondiale de l'environnement et du développement, *Notre avenir à tous* (Oxford, Oxford University Press, 1987), où est soulignée l'importance d'un développement qui « répond[e] aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations à venir de satisfaire les leurs » (p. 43).

⁴² Résolution 70/1, du 25 septembre 2015, dans laquelle l'Assemblée générale souligne la nécessité de protéger la planète de la dégradation afin qu'elle puisse « répondre aux besoins des générations actuelles et futures ».

⁴³ Le préambule de la Convention dispose que les Parties contractantes sont déterminées à conserver et à utiliser durablement la diversité biologique « au profit des générations présentes et futures ».

⁴⁴ Aux termes de l'article 4 vi) de la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs (Vienne, 5 septembre 1997, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2153, n° 37605, p. 303), les parties « s'efforce[nt] d'éviter les actions dont les effets raisonnablement prévisibles sur les générations futures sont supérieurs à ceux qui sont admis pour la génération actuelle ».

⁴⁵ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 244, par. 36.

⁴⁶ De nombreuses décisions rendues par des juridictions nationales consacrent le principe de l'équité entre les générations. Voir Australie, *Gray v. Minister for Planning* [2006] NSWLEC 720 ; Inde : *Vellore Citizens' Welfare Forum and State of Tamil Nadu (joining) v. Union of India and others*, original

10) Le huitième alinéa du préambule rappelle les conditions auxquelles, en 2013, la Commission a inscrit le sujet au programme de travail de sa soixante-cinquième session⁴⁷. Il a été jugé important de mentionner certaines des conditions fixées en 2013 étant donné que ces conditions limitent considérablement le champ du sujet et le résultat des travaux de la Commission. Le huitième alinéa doit être lu conjointement avec le paragraphe 2 du projet de directive 2 (« Champ d'application »).

Directive 1

Définitions

Aux fins du présent projet de directives :

a) On entend par « atmosphère » l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre ;

b) On entend par « pollution atmosphérique » l'émission ou le rejet dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie contribuant à des effets nocifs significatifs qui s'étendent au-delà de l'État d'origine et qui sont de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre ;

c) On entend par « dégradation atmosphérique » toute altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques, qui a des effets nocifs significatifs de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre.

public interest writ petition, 1996 5 SCR 241, ILDC 443 (IN 1996) ; Kenya, *Waweru, Mwangi (joining) and others (joining) v. Kenya*, miscellaneous civil application, affaire n° 118 de 2004, requête n° 118/04, ILDC 880 (KE 2006) ; Afrique du Sud, *Fuel Retailers Association of South Africa v. Director-General, Environmental Management, Department of Agriculture, Conservation and Environment, Mpumalanga Province, and others* [2007] ZACC 13, 10 BCLR 1059 ; Pakistan, *Rabab Ali v. Federation of Pakistan*, requête déposée le 6 avril 2016 (résumé disponible à l'adresse suivante : www.ourchildrenstrust.org/pakistan). Pour un commentaire, voir C. Redgwell, « Intra- and inter-generational equity », dans *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, C. P. Carlarne, K. R. Gray et R. G. Tarasofsky (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2016), p. 185 à 201, à la page 198. Voir aussi E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations : International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Tokyo, Presses de l'Université des Nations Unies, 1989), p. 96 ; M. Bruce, « Institutional aspects of a charter of the rights of future generations », dans S. Busuttil et al. (dir. publ.), *Our Responsibilities Towards Future Generations* (La Valette, UNESCO et Fondation pour les études internationales, Université de Malte, 1990), p. 127 à 131 ; T. Allen, « The Philippine children's case : recognizing legal standing for future generations », *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6 (1994), p. 713 à 741, renvoyant à l'arrêt rendu par la Cour suprême des Philippines dans l'affaire *Minors Oposa et al. v. Factoran* (30 juillet 1993), *International Legal Materials*, vol. 33 (1994), p. 168. Dans certaines affaires, la qualité d'agir en justice a été reconnue sur la base de la « doctrine de la fiducie publique », selon laquelle les gouvernements sont fiduciaires des ressources environnementales communes. Voir M. C. Wood et C. W. Woodward IV, « Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system : judicial recognition at last », *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 6 (2016), p. 634 à 684 ; C. Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection* (Manchester, Manchester University Press, 1999) ; K. Coghill, C. Sampford et T. Smith (dir. publ.), *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust* (Londres, Routledge, 2012) ; M. C. Blumm et M. C. Wood, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, 2^e éd. (Durham, Carolina Academic Press, 2015) ; et K. Bosselmann, *Earth Governance : Trusteeship of the Global Commons* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015). Dans un arrêt du 13 décembre 1996, la Cour suprême de l'Inde a dit que la doctrine de la fiducie publique participait du droit interne ; *M. C. Mehta v. Kamal Nath and Others* (1997) 1 Supreme Court Cases 388, réimprimé dans C. O. Okidi (dir. publ.), *Compendium of Judicial Decisions in Matters Related to the Environment : National Decisions*, vol. I (Nairobi, Programme des Nations Unies pour l'environnement/Programme des Nations Unies pour le développement, 1998), p. 259. Voir J. Razzaque, « Application of public trust doctrine in Indian environmental cases », *Journal of Environmental Law*, vol. 13 (2001), p. 221 à 234.

⁴⁷ *Annuaire ... 2013*, vol. II (2^e partie), par. 168.

Commentaire

- 1) Le projet de directive 1, relatif aux « définitions », établit comment il faut comprendre les termes employés dans le présent projet de directives. Les définitions données sont fournies uniquement « aux fins du présent projet de directives », et ne sont aucunement destinées à avoir une incidence sur les autres définitions des termes considérés qui sont ou seront retenues en droit international.
- 2) Les instruments internationaux pertinents ne définissent pas le terme « atmosphère ». Aux fins du présent projet de directives, une définition de travail en est donnée à l'alinéa a). Cette définition s'inspire de celle proposée par le GIEC⁴⁸.
- 3) La définition fournie est conforme à l'approche des scientifiques. Selon ces derniers, l'atmosphère est une enveloppe composée de différentes couches, ou « *atmospheric shells* »⁴⁹. Elle s'étend verticalement en partant de la surface de la Terre, qui est la limite inférieure de l'atmosphère sèche. La composition moyenne de l'atmosphère jusqu'à une altitude de 25 kilomètres est la suivante : azote (78,08 %), oxygène (20,95 %), ainsi qu'un certain nombre de gaz présents à l'état de trace, tels que l'argon (0,93 %), l'hélium et des gaz à effet de serre qui influent sur le rayonnement, comme le dioxyde de carbone (0,035 %) et l'ozone ; l'atmosphère contient également de la vapeur d'eau (effet de serre) en proportions très variables⁵⁰. L'atmosphère contient également des nuages et des aérosols⁵¹. Elle est divisée verticalement en cinq couches, délimitées en fonction de la température. De bas en haut, ces couches sont les suivantes : la troposphère, la stratosphère, la mésosphère, la thermosphère et l'exosphère. Environ 80 % de la masse d'air se trouve dans la troposphère et 20 % dans la stratosphère. L'atmosphère est cette fine couche brumeuse que l'on voit autour de la Terre depuis l'espace (d'une épaisseur inférieure à 1 % du rayon de la Terre). D'un point de vue scientifique, ces couches qui forment l'« *atmosphère inférieure* » vont jusqu'à une hauteur moyenne de 50 kilomètres ; au-delà se trouve l'« *atmosphère supérieure* »⁵². La température de l'atmosphère varie en fonction de l'altitude. Dans la troposphère (qui s'étend jusqu'à la tropopause, à une hauteur d'environ 12 km), la température baisse à mesure que l'on s'élève en raison de l'absorption et de la réflexion des rayons du soleil par la surface de la planète⁵³. Par contre, dans la stratosphère (qui s'étend jusqu'à la stratopause, à environ 50 km), la température augmente à mesure que l'on s'élève⁵⁴ en raison de l'absorption du rayonnement ultraviolet par l'ozone. Dans la mésosphère (qui s'étend jusqu'à la mésopause, à une hauteur d'environ 80 km), les températures

⁴⁸ Cinquième rapport d'évaluation, Groupe de travail III, annexe I. GIEC, *Climate Change 2014 : Mitigation of Climate Change*, O. Edenhofer *et al.* (dir. publ.) (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), p. 1252, disponible à l'adresse suivante : <http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg3>.

⁴⁹ Selon la définition de la Société météorologique américaine (American Meteorology Society), les termes « atmospheric shell » (ou « atmospheric layer », ou « atmospheric region ») désignent une des couches ou strates de l'atmosphère terrestre (disponible à l'adresse suivante : http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmospheric_shell).

⁵⁰ La vapeur d'eau, qui représente environ 0,25 % de la masse de l'atmosphère, est présente dans l'air à des concentrations extrêmement variables. Dans les sciences atmosphériques, en raison de ce caractère très variable de la concentration de vapeur d'eau dans l'air, il est de coutume d'énumérer les pourcentages des différents composants par rapport à l'air sec. La concentration d'ozone est, elle aussi, extrêmement variable. On considère qu'une concentration supérieure à 0,1 ppm (partie par million) est dangereuse pour l'homme. Voir J. M. Wallace et P. V. Hobbs, *Atmospheric Science : An Introductory Survey*, 2^e éd. (Boston, Elsevier Academic Press, 2006), p. 8.

⁵¹ Ibid.

⁵² La Société météorologique américaine définit l'atmosphère inférieure comme étant, de manière très vague, la partie de l'atmosphère où la plupart des phénomènes météorologiques se produisent (c'est-à-dire la troposphère et la stratosphère inférieure) ; on l'oppose à l'atmosphère supérieure (voir http://glossary.ametsoc.org/wiki/Lower_atmosphere). L'atmosphère supérieure est définie comme une catégorie résiduelle, à savoir la partie de l'atmosphère qui se trouve au-dessus de la troposphère (voir http://glossary.ametsoc.org/wiki/Upper_atmosphere).

⁵³ La troposphère est d'épaisseur variable en fonction de la latitude et des saisons. Sa limite supérieure est à environ 17 km à l'équateur et plus basse aux pôles, pour une épaisseur moyenne d'environ 12 km. Voir E. J. Tarbuck, F. K. Lutgens et D. Tasa, *Earth Science*, 13^e éd. (New Jersey, Pearson, 2011), p. 466.

⁵⁴ Plus précisément, la température dans la stratosphère reste constante jusqu'à une altitude d'environ 20 à 35 km avant de baisser graduellement.

recommencent à chuter à mesure que l'on s'élève et, dans la thermosphère, les températures augmentent rapidement sous l'effet du rayonnement X et du rayonnement ultraviolet du soleil. L'atmosphère ne possède pas de limite supérieure bien définie⁵⁵.

4) Indépendamment des caractéristiques physiques de l'atmosphère, il est important de tenir compte du fait que celle-ci est un milieu en mouvement constant à travers lequel les substances polluantes et de dégradation sont « transportées et propagées » (voir le deuxième alinéa du préambule). De fait, le mouvement transfrontière à longue distance de substances polluantes constitue l'un des grands problèmes de l'environnement atmosphérique, de même que l'appauvrissement de la couche d'ozone et les changements climatiques.

5) L'alinéa b) définit la pollution atmosphérique et traite de la pollution atmosphérique transfrontière, tandis que l'alinéa c) définit la dégradation atmosphérique et traite des problèmes atmosphériques mondiaux. L'emploi des termes « par l'homme » aux alinéas b) et c) indique clairement que le projet de directives traite de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique d'origine anthropique. L'accent mis sur des activités directes ou indirectes de l'homme correspond à une intention délibérée étant donné que le présent projet de directives vise à donner des orientations aux États et à la communauté internationale.

6) Si l'expression « pollution atmosphérique » (ou pollution de l'air) est parfois utilisée dans une acception large pour désigner la dégradation générale des conditions atmosphériques, y compris l'appauvrissement de la couche d'ozone et les changements climatiques⁵⁶, dans le présent projet de directives, elle est employée dans un sens étroit, conformément à la pratique conventionnelle existante. Partant, les questions mondiales sont exclues de la définition de la pollution atmosphérique.

7) La définition de la « pollution atmosphérique » retenue à l'alinéa b) reprend pour l'essentiel les termes de l'article 1 a) de la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance⁵⁷, qui dispose :

« L'expression "pollution atmosphérique" désigne l'introduction dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie ayant une action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme, à endommager les ressources biologiques et les écosystèmes, à détériorer les biens matériels, et à porter atteinte ou nuire aux valeurs d'agrément et aux autres utilisations légitimes de l'environnement, l'expression "polluants atmosphériques" étant entendue dans le même sens. ».

8) Toutefois, le libellé retenu s'écarte du texte de la Convention de 1979 en ce que les mots « ayant une action nocive » ont été remplacés par « contribuant à des effets nocifs »

⁵⁵ Voir Tarbuck, Lutgens et Tasa, *Earth Science* (note 53 *supra*), p. 467.

⁵⁶ Par exemple, aux termes du paragraphe 1 de l'article premier de la résolution du Caire de 1987 de l'Institut de Droit international sur la pollution transfrontière de l'air : « Aux fins de la présente résolution, on entend par "pollution transfrontière de l'air" toute *altération* physique, chimique ou biologique *de la composition* ou de la qualité de l'atmosphère résultant directement ou indirectement d'un acte ou d'une omission de l'homme et produisant des effets dommageables ou nocifs dans l'environnement d'autres États ou de zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale. » (non souligné dans l'original). Disponible à l'adresse suivante : <http://www.idi-iiil.org>, *Resolutions*.

⁵⁷ Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1302, n° 21623, p. 217. La formulation de l'article 1 a) de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance s'inspire de la définition de la pollution donnée par le Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) dans sa recommandation C(74)224 du 14 novembre 1974 (*International Legal Materials*, vol. 14 (1975), p. 243) intitulée « Principes relatifs à la pollution transfrontière », qui se lit ainsi : « Aux fins de ces principes, on entend, par pollution, l'introduction par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie dans l'environnement, qui entraîne des conséquences préjudiciables de nature à mettre en danger la santé humaine, à nuire aux ressources biologiques et aux systèmes écologiques, à porter atteinte aux agréments ou à gêner les autres utilisations légitimes de l'environnement. ». Voir H. van Edig (dir. publ.), *Aspects juridiques de la pollution transfrontière* (Paris : OCDE, 1977), p. 13 ; voir aussi Boyle et Redgwell, *International Law and the Environment* (note 21 *supra*), p. 364 à 371 ; A. Kiss et D. Shelton, *International Environmental Law*, 3^e éd. (New York, Transnational Publishers, 2004), p. 99 (où sont incluses dans la définition de la pollution des formes d'énergie comme le bruit, les vibrations, la chaleur et les radiations).

afin de conserver un équilibre d'ensemble nécessaire aux fins de la coopération internationale. Cette modification a été apportée dans ces « définitions » en particulier et « aux fins du présent projet de directives », qui n'a pas pour objet de donner une définition applicable en droit international en général, comme il est expliqué au paragraphe 1 du présent commentaire.

9) La définition de la pollution atmosphérique s'écarte aussi de celle donnée dans la Convention de 1979 de par l'ajout du mot « significatifs » (en anglais, « significant ») après le mot « nocifs ». Il s'agit, dans un souci de cohérence, d'harmoniser le libellé des alinéas *b*) et *c*). Les termes « effets nocifs significatifs » visent à expliciter quels types d'activités humaines sont couverts par le projet de directives. La Commission a utilisé le mot « significatif » dans ses travaux antérieurs⁵⁸. À cet égard, la Commission a fait observer que « *“significatif” est plus que “détectable” mais sans nécessairement atteindre le niveau de “grave” ou “substantiel”*. Le dommage doit se solder par un effet préjudiciable réel ... [et] [c]es effets préjudiciables doivent pouvoir être mesurés à l'aide de critères factuels et objectifs »⁵⁹. De plus, « [l']adjectif “significatif”, quoique défini par des critères concrets et objectifs, suppose aussi un jugement de valeur qui dépend des circonstances du cas considéré et du moment où ce jugement est porté. Il se peut, par exemple, qu'une perte donnée, à un moment donné, ne soit pas considérée comme “significative” parce qu'à ce moment précis les connaissances scientifiques ou l'appréciation portée par l'homme sur une ressource donnée ne conduisent pas à attribuer une grande valeur à la ressource concernée. La question de savoir ce qui est “significatif” relève davantage d'une appréciation factuelle »⁶⁰. Les effets nocifs de l'émission ou du rejet de substances doivent être de nature à mettre en danger, ou même à contribuer à mettre en danger, la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre.

10) Le paragraphe a) de l'article premier de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance et l'alinéa 4) du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer disposent que l'« introduction [...] d'énergie » (ainsi que de substances) dans l'atmosphère participe de la « pollution »⁶¹. Il est entendu que, dans l'alinéa *b*) du projet de directive, le terme « énergie » inclut la chaleur, la lumière, le bruit et la radioactivité introduits ou rejetés dans l'atmosphère par les activités humaines⁶². La mention de la radioactivité en tant qu'énergie n'exclut pas le fait que l'énergie

⁵⁸ Voir, par exemple, l'article 7 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (1997) (résolution 51/229 de l'Assemblée générale, en date du 21 mai 1997, annexe), l'article premier des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001) (résolution 62/68 de l'Assemblée générale, en date du 6 décembre 2007, annexe), le principe 2 du Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (2006) (résolution 61/36 de l'Assemblée générale, en date du 4 décembre 2006, annexe), et l'article 6 des articles sur le droit des aquifères transfrontières (2008) (résolution 63/124 de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 2008, annexe). De surcroît, il a été souligné que le mot « *significant* » est employé dans des décisions de la Cour internationale de Justice, notamment dans l'arrêt rendu en 2015 dans les affaires relatives à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 665, aux paragraphes 104, 105 et 108 ; voir aussi les paragraphes 153, 155, 156, 159, 161, 168, 173, 196 et 217).

⁵⁹ Par. 4 du commentaire de l'article 2 des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, 2001, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 152, par. 98.

⁶⁰ Voir, par exemple, les commentaires des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (par. 4 et 7 du commentaire de l'article 2), *ibid.* Voir aussi les commentaires des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (par. 1 à 3 du commentaire du principe 2), *Annuaire ... 2006*, vol. II (2^e partie), par. 67.

⁶¹ Voir aussi le Protocole relatif à la pollution due à des sources et activités terrestres à la Convention pour la protection et la mise en valeur du milieu marin dans la région des caraïbes (Oranjestad, 6 octobre 1999), *Treaties and Other International Acts Series*, 10-813, art. 1^{er} c).

⁶² S'agissant de la chaleur, voir le rapport de l'Organisation météorologique mondiale et du Projet international d'étude de la chimie de l'atmosphère du Globe, « Impact of Megacities on Air Pollution and Climate », Veille de l'atmosphère globale, rapport n° 205 (Genève, Organisation météorologique

nucléaire peut être utilisée à des fins pacifiques, en particulier dans le contexte des changements climatiques⁶³.

11) Le membre de phrase « effets [...] qui s'étendent au-delà de l'État d'origine » qui figure à l'alinéa b) vient préciser que le projet de directives porte sur les effets transfrontières de la pollution atmosphérique, ce qui signifie que la pollution interne ou locale est exclue de la portée du sujet. Il s'entend au sens de l'article 1 b) de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, qui dispose :

L'expression « pollution atmosphérique transfrontière à longue distance » désigne la pollution atmosphérique dont la source physique est comprise totalement ou en partie dans une zone soumise à la juridiction nationale d'un État et qui exerce des effets dommageables dans une zone soumise à la juridiction d'un autre État à une distance telle qu'il n'est généralement pas possible de distinguer les apports des sources individuelles ou groupes de sources d'émission.

12) Ainsi qu'il ressort du projet de directive 2 ci-après, sur le champ d'application, le présent projet de directives concerne la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique. Comme l'alinéa b) concerne exclusivement la pollution atmosphérique, il a fallu envisager les autres problèmes ailleurs. C'est pourquoi l'alinéa c) est consacré à la dégradation atmosphérique, qui, telle qu'elle est définie, englobe les problèmes de l'appauvrissement de la couche d'ozone et des changements climatiques. La dégradation atmosphérique couvre l'altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques mondiales. Il peut s'agir de modifications apportées à l'environnement physique ou aux biotes ou d'une altération de la composition de l'atmosphère mondiale.

13) La Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone⁶⁴ dispose, au paragraphe 2 de l'article premier, qu'il faut entendre par « effets néfastes » « les modifications apportées à l'environnement physique ou aux biotes, y compris les changements climatiques, qui exercent des effets nocifs significatifs sur la santé humaine ou

mondiale, 2012) ; D. Simon et H. Leck, « Urban Adaptation to Climate/Environmental Change : Governance, Policy and Planning », numéro spécial, *Urban Climate*, vol. 7 (2014), p. 1 à 134 ; J. A. Arnfield, « Two decades of urban climate research : a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island », *International Journal of Climatology*, vol. 23 (2003), p. 1 à 26 ; L. Gartland, *Heat Islands : Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas* (Londres, Earthscan, 2008) ; voir, en général, B. Stone Jr., *The City and the Coming Climate : Climate Change in the Places We Live* (Cambridge, Massachusetts, Cambridge University Press, 2012). À propos de la pollution lumineuse, voir C. Rich et T. Longcore (dir. publ.), *Ecological Consequences of Artificial Night Lighting* (Washington, Island Press, 2006) ; P. Cinzano et F. Falchi, « The propagation of light pollution in the atmosphere », *Monthly Notices of the Royal Astronomic Society*, vol. 427 (2012), p. 3337 à 3357 ; F. Bashiri et C. Rosmani Che Hassan, « Light pollution and its effects on the environment », *International Journal of Fundamental Physical Sciences*, vol. 4 (2014), p. 8 à 12. En ce qui concerne la pollution acoustique/par le bruit, voir par exemple l'annexe 16 de la Convention de 1944 sur l'aviation civile internationale (Chicago, 7 décembre 1944, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, n° 295, p. 295), vol. I : Bruit des aéronefs, 5^e éd., 2008 ; voir P. Davies et J. Goh, « Air Transport and the Environment : Regulating Aircraft Noise », *Air and Space Law*, vol. 18 (1993), p. 123 à 135. Concernant les émissions radioactives, voir D. Rauschnig, « Legal Problems of Continuous and Instantaneous Long-Distance Air Pollution : Interim Report », *Report of the Sixty-Second Conference of the International Law Association* (Séoul, 1986), p. 198 à 223, à la page 219 ; et Agence internationale de l'énergie atomique, *Environmental Consequences of the Chernobyl Accident and their Remediation : Twenty Years of Experience – Report of the Chernobyl Forum Expert Group « Environment »*, Radiological Assessment Report Series (2006), STI/PUB/1239. Voir aussi Comité scientifique des Nations Unies pour l'étude des effets des rayonnements ionisants, 2013 Report to the General Assembly, *Scientific Annex A : Levels and effects of radiation exposure due to the nuclear accident after the 2011 great east-Japan earthquake and tsunami* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.14.IX.1), disponible à l'adresse suivante : http://www.unece.org/docs/reports/2013/13-85418_Report_2013_Annex_A.pdf.

⁶³ Agence internationale de l'énergie atomique, *Climate Change and Nuclear Power 2014* (Vienne, 2014), p. 7.

⁶⁴ Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (Vienne, 22 mars 1985), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1513, n° 26164, p. 293.

sur la composition, la résistance et la productivité des écosystèmes naturels ou aménagés, ou sur les matériaux utiles à l'humanité ». Le paragraphe 2 de l'article premier de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques définit l'expression « changements climatiques » comme « des changements de climat qui sont attribués directement ou indirectement à une activité humaine altérant la composition de l'atmosphère mondiale et qui viennent s'ajouter à la variabilité naturelle du climat observée au cours de périodes comparables ».

Directive 2

Champ d'application

1. Le présent projet de directives concerne la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.
2. Le présent projet de directives ne traite pas et est sans préjudice des questions relatives au principe « pollueur-payeur », au principe de précaution et au principe des responsabilités communes mais différenciées.
3. Rien dans le présent projet de directives ne remet en cause le statut de l'espace aérien en vertu du droit international ni les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation.

Commentaire

- 1) Le projet de directive 2 délimite le champ d'application du projet de directives sur la protection de l'atmosphère. Le paragraphe 1 dispose que le projet de directives porte sur la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique. Les paragraphes 2 et 3 contiennent des clauses sans préjudice.
- 2) Le paragraphe 1 envisage la question de la protection de l'atmosphère sous deux angles, celui de la pollution atmosphérique et celui de la dégradation atmosphérique. Le projet de directives ne concerne que les causes d'origine anthropique, à l'exclusion des causes d'origine naturelle comme les éruptions volcaniques et les collisions avec des météorites. L'accent mis sur la pollution transfrontière et la dégradation atmosphérique mondiale causées par l'activité humaine reflète les réalités actuelles⁶⁵.
- 3) Dans l'Action 21, il est dit que la pollution atmosphérique transfrontière a des incidences nocives sur la santé des êtres humains et d'autres effets préjudiciables sur l'environnement, tels que la destruction d'arbres et de forêts et l'acidification des masses d'eau⁶⁶. En outre, d'après le GIEC, il est établi par la science, avec un degré de certitude de 95 %, que l'activité humaine est la cause principale du réchauffement observé depuis le milieu du XX^e siècle. Le Groupe d'experts a constaté que l'activité humaine avait clairement une influence sur le système climatique, influence qui se manifeste notamment par le réchauffement de l'atmosphère et des océans, les modifications du cycle de l'eau au niveau mondial, la réduction du manteau neigeux et du stock de glace, l'élévation du niveau moyen des océans et des mers de la planète, et les modifications de certains phénomènes climatiques extrêmes⁶⁷. Le Groupe d'experts a également constaté qu'il était extrêmement vraisemblable que plus de la moitié de l'élévation de la température moyenne observée à la surface du globe de 1951 à 2010 soit imputable à la fois à l'augmentation des concentrations de gaz à effet de serre due à l'homme et à d'autres facteurs d'origine anthropique⁶⁸.

⁶⁵ Voir, de façon générale, GIEC, *Climate Change 2013 : The Physical Science Basis, Summary for Policy makers*, disponible à l'adresse suivante : http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SPM_FINAL.pdf.

⁶⁶ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence (A/CONF.151/26/Rev.1(Vol. I))* ; publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif, résolution 1, annexe II, par. 9.25.

⁶⁷ GIEC, *Climate Change 2013 : The Physical Science Basis, Summary for Policy makers*.

⁶⁸ Ibid. GIEC, *Réchauffement planétaire de 1,5 °C. Rapport spécial du GIEC, Résumé à l'intention des décideurs* (2018), p. 4 et 5, disponible à l'adresse suivante : https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_fr.pdf.

4) Les directives ne traitent pas de la pollution nationale ou locale en tant que telle. On notera toutefois que, en ce qui concerne la protection atmosphérique, ce qui se produit localement peut parfois avoir des incidences aux niveaux transfrontière et mondial. Les mesures prises par l'homme, individuellement ou collectivement, pour améliorer la situation peuvent avoir à tenir compte de l'ensemble de l'atmosphère, de l'hydrosphère, de la biosphère et de la géosphère et de leurs interactions.

5) Le dioxyde de soufre et les oxydes d'azote sont les principales sources de pollution atmosphérique transfrontière⁶⁹, et les changements climatiques et l'appauvrissement de la couche d'ozone sont les deux principaux problèmes conduisant à la dégradation atmosphérique⁷⁰. Certaines substances qui ont pour effet d'appauvrir la couche d'ozone contribuent aussi au réchauffement de la planète⁷¹.

6) Le paragraphe 2 précise ce qui n'est pas couvert par le présent projet de directives. Il reflète les conditions fixées par la Commission en 2013 et doit être lu conjointement avec le huitième alinéa du préambule. Dans un souci de clarté, le texte des conditions, dans lequel il est dit les travaux « ne concerneraient pas [certaines questions] ..., mais seraient aussi sans préjudice de ces questions », a été remanié et les deux membres de phrase ont été reliés par la conjonction « et » au lieu de la conjonction « mais ». Le paragraphe 2 explique que les questions relatives au principe « pollueur-payeur », au principe de précaution et au principe des responsabilités communes mais différenciées sont exclues du présent projet de directives. Il convient de noter que le fait de ne pas traiter ces principes ne signifie en aucun cas qu'ils sont dénués de pertinence sur le plan juridique. Les conditions fixées en 2013 excluaient aussi de la portée du sujet les questions relatives à la responsabilité de l'État et de ses ressortissants et au transfert de fonds et de technologie, y compris des droits de propriété intellectuelle, vers les pays en développement.

7) Selon les conditions fixées en 2013, « [d]ans le cadre de ses travaux sur ce sujet, la Commission ne traiterai pas non plus de questions relatives à certaines substances qui font l'objet de négociations interétatiques, comme le noir de carbone ou l'ozone troposphérique, et à d'autres substances à double impact ». Cette exclusion n'est pas non plus mentionnée dans le texte du projet de directive.

8) Le paragraphe 3 est une clause de sauvegarde qui précise que le projet de directives ne remet pas en cause le statut de l'espace aérien en vertu du droit international. L'atmosphère et l'espace aérien sont deux notions différentes qu'il convient de distinguer. Les régimes dont relèvent l'atmosphère et l'espace extra-atmosphérique sont également distincts. En conséquence, le projet de directives ne remet pas en cause le statut juridique de l'espace aérien et ne traite pas des questions relatives à l'espace extra-atmosphérique.

9) L'atmosphère, enveloppe gazeuse qui entoure la Terre, a un caractère dynamique et fluctuant, les gaz se déplaçant constamment sans considération de frontière territoriale⁷². Elle est invisible, intangible et indivisible. L'espace aérien, par contre, est une étendue spatiale statique sur laquelle l'État, dans les limites de son territoire, exerce une « souveraineté complète et exclusive ». Ainsi, l'article premier de la Convention relative à l'aviation civile internationale dispose que « chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire⁷³ ». Selon l'article 2 de la même Convention, il faut entendre par territoire d'un État les régions terrestres et les eaux

⁶⁹ Boyle et Redgwell, *International Law and the Environment* (voir *supra* la note 21), p. 378 et 379.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 379. Il est traité des liens entre les changements climatiques et l'appauvrissement de la couche d'ozone dans le préambule ainsi que dans l'article 4 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. Les rapports entre la pollution atmosphérique transfrontière et les changements climatiques sont traités dans le préambule et au paragraphe 1 de l'article 2 de la modification apportée au Protocole de Göteborg en 2012.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Voir, de manière générale, Boyle et Redgwell, *International Law and the Environment* (note 21 *supra*), p. 359 à 361.

⁷³ Convention relative à l'aviation civile internationale (Chicago, 7 décembre 1944), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 15, n° 102, p. 295. Voir aussi le paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui prévoit que la « souveraineté s'étend à l'espace aérien au-dessus de la mer territoriale, ainsi qu'au fond de cette mer et à son sous-sol ».

territoriales y adjacentes qui se trouvent sous la souveraineté, la suzeraineté, la protection ou le mandat dudit État. De même que la haute mer, l'espace aérien situé au-delà de la mer territoriale ne relève plus de la souveraineté d'aucun État et peut être librement utilisé par tous les États.

10) L'atmosphère se divise en différentes couches délimitées par leurs propriétés thermiques. Il n'existe pas de frontière précise entre l'atmosphère et l'espace extra-atmosphérique. Au-delà de 100 kilomètres, la masse de l'atmosphère se fond progressivement dans le vide spatial⁷⁴. Le Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes ne définit pas l'expression « espace extra-atmosphérique »⁷⁵. Le Sous-Comité juridique du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique se penche sur le sujet depuis 1959, et a envisagé les questions de délimitation à la fois sous l'angle spatial et sous l'angle fonctionnel⁷⁶.

Directive 3

Obligation de protéger l'atmosphère

Les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère en faisant preuve de la diligence requise dans l'adoption de mesures appropriées, conformément aux règles de droit international applicables, en vue de prévenir, réduire ou maîtriser la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

Commentaire

1) Le projet de directive 3, qui réaffirme l'obligation de protéger l'atmosphère, est au cœur du projet de directives. On retiendra en particulier qu'il en découle les projets de directive 4, 5 et 6, qui visent à appliquer divers principes du droit international de l'environnement au contexte particulier de la protection de l'atmosphère.

2) Le projet de directive concerne à la fois les situations transfrontières et les situations mondiales. On se souviendra que le projet de directive 1 contient un élément transfrontière de par la définition qu'il donne de la pollution atmosphérique (émission ou rejet dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie contribuant à des effets nocifs significatifs qui « s'étendent au-delà de l'État d'origine » et qui sont de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre) et a une dimension mondiale de par sa définition de la dégradation atmosphérique (toute altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques, qui a des effets nocifs significatifs de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre).

3) Le projet de directive circonscrit l'obligation de protéger l'atmosphère à la prévention, la réduction ou la maîtrise de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. La formulation employée trouve son origine dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm de 1972, lui-même inspiré des conclusions de l'arbitrage concernant l'affaire de la *Fonderie de Trail*⁷⁷. En vertu de ce principe, « les États ont le droit souverain d'exploiter leurs

⁷⁴ Tarbuck, Lutgens et Tasa, *Earth Science* (voir *supra* la note 53), p. 465 et 466.

⁷⁵ Moscou, Londres et Washington, 27 janvier 1967, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 610, n° 8843, p. 205.

⁷⁶ Voir de façon générale B. Jasani (dir. publ.), *Peaceful and Non-Peaceful Uses of Space : Problems of Definition for the Prevention of an Arms Race*, Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (New York, Taylor et Francis, 1991), notamment chap. 2 et 3.

⁷⁷ Voir Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905 à 1982 (sentence du 11 mars 1941), 1907, aux pages 1965 et suiv. (« selon les principes du droit international [...], aucun État n'a le droit d'utiliser son territoire ou de permettre l'utilisation de son territoire de telle sorte que celui-ci soit la source de fumées causant sur le territoire ou au territoire d'un autre État ou aux biens ou aux personnes qui s'y trouvent des dommages importants établis de façon claire et convaincante » [traduction non officielle]) et le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/667), par. 43. Voir aussi A. K. Kuhn, « The Trail Smelter Arbitration, United States and Canada », *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), p. 785 à 788 et *ibid.*, vol. 35 (1941), p. 665 et 666 ; et J. E. Read, « The Trail Smelter Dispute », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. I (1963), p. 213 à 229.

propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale ». Le principe 2 de la Déclaration de Rio de 1992 s'inscrit dans le même ordre d'idées.

4) La référence aux « États » aux fins du projet de directive traduit le fait que les États ont la possibilité d'agir « individuellement » ou « conjointement », selon qu'il convient.

5) Tel qu'il est formulé, le projet de directive est sans préjudice de la question de savoir si l'obligation de protéger l'atmosphère est ou non une obligation *erga omnes* au sens de l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁷⁸, question à propos de laquelle les opinions divergent.

6) Les effets nocifs significatifs sur l'atmosphère ont dans une large mesure pour origine les activités de particuliers et d'entreprises privées, lesquelles ne sont normalement pas imputables à l'État. À cet égard, la diligence requise exige de l'État qu'il « veille » à ce que ces activités, lorsqu'elles relèvent de sa juridiction ou de son contrôle, n'entraînent pas de tels effets. Ce n'est cependant pas à dire que le principe de la diligence requise ne s'applique qu'aux activités privées, puisque les activités de l'État y sont également soumises⁷⁹. Ce principe suppose non seulement que l'État adopte des règles et mesures appropriées, mais aussi qu'il fasse preuve d'un certain niveau de vigilance dans l'application de ces règles et mesures et dans l'exercice du contrôle administratif applicable aux opérateurs publics et privés, notamment dans la surveillance des activités entreprises par ces opérateurs, afin de préserver les droits de l'autre partie. Enfin, ce principe exige aussi que l'État tienne compte du contexte et de l'évolution des normes concernant la réglementation et la technologie. De ce fait, quand bien même des effets nocifs significatifs viendraient à se produire, on ne pourrait pas nécessairement lui reprocher d'avoir failli à l'obligation de diligence. L'État ne s'exposerait à pareil reproche que dans l'hypothèse où il aurait méconnu l'obligation mise à sa charge de prendre toutes les mesures voulues pour prévenir, réduire ou maîtriser toutes les activités humaines qui ont ou sont susceptibles d'avoir des effets nocifs significatifs. L'obligation ainsi faite à l'État « de veiller » n'est pas tant d'obtenir un certain résultat (obligation de résultat) que de faire tout ce qui est en son pouvoir, en toute bonne foi, pour ne pas causer d'effets nocifs significatifs (obligation de moyens).

7) L'obligation de « prévenir, réduire ou maîtriser » couvre les diverses mesures que les États doivent prendre, séparément ou conjointement, conformément aux règles applicables pertinentes en matière de pollution atmosphérique, d'une part, et de dégradation atmosphérique, d'autre part. La formule « prévenir, réduire ou maîtriser » est inspirée des libellés du paragraphe 1 de l'article 194 de la Convention des Nations Unies sur le droit de

⁷⁸ Aux termes de l'article 48 (« Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé »), « 1. [c]onformément au paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si [...] b) l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble » (résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001. Pour le texte des articles adoptés par la Commission et des commentaires y relatifs, voir *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, chap. IV, sect. E).

⁷⁹ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14, aux pages 55 et 179, par. 101 et 197 ; *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* (voir *supra* la note 58), par. 104, 153, 168 et 228 ; *Tribunal international du droit de la mer. Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins)*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, TIDM Recueil 2011, p. 10, au paragraphe 131 ; projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 97 (reproduit dans la résolution 62/68 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, annexe), par. 7 à 18 ; premier et deuxième rapports du Groupe d'étude sur la diligence requise en droit international de l'Association de droit international, 7 mars 2014 et juillet 2016, respectivement ; J. Kulesza, *Due Diligence in International Law* (Leiden, Brill, 2016). Société française pour le droit international, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018 ; S. Besson, « La due diligence en droit international », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 409 (2020), p. 153 à 398.

la mer, qui contient la conjonction « et »⁸⁰, et du paragraphe 3 de l'article 3 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques qui, lui, contient la conjonction « ou »⁸¹. L'obligation de veiller à ce que des « mesures appropriées » soient adoptées est un élément important de la directive. Dans ce contexte, on retiendra que, dans le préambule de l'Accord de Paris, les parties se déclarent conscientes que « les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière » et notent « qu'il importe de veiller à l'intégrité de tous les écosystèmes, y compris les océans, et à la protection de la biodiversité »⁸².

8) Même si les mesures voulues pour « prévenir, réduire ou maîtriser » s'appliquent tant à la pollution atmosphérique qu'à la dégradation atmosphérique, la référence aux « règles de droit international applicables » indique que, compte tenu du caractère transfrontière de la pollution atmosphérique et du caractère mondial de la dégradation atmosphérique et du fait que différentes règles s'appliquent à l'une et à l'autre, les mesures à prendre peuvent varier. L'obligation des États de prévenir les effets nocifs significatifs participant de la pollution atmosphérique transfrontière est fermement établie en droit international coutumier, comme cela est confirmé, par exemple, par les articles de la Commission sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses⁸³ et par la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux⁸⁴. Toutefois, il n'est pas encore certain qu'il en aille de même pour ce qui est de la dégradation atmosphérique.

9) La Cour internationale de Justice a dit que « [l']obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement [...] dans des zones ne relevant d'aucune juridiction

⁸⁰ M.H. Nordquist *et al.*, dir. publ., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 : A Commentary*, vol. IV (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), p. 50.

⁸¹ Le paragraphe 3 de l'article 3 dispose qu'« [i]l incombe aux Parties de prendre des mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques et en limiter les effets néfastes ». Voir, par exemple, Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, n° 31363, p. 3, art. 212, Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, art. 2, par. 2 b), Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, art. 4, Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, premier alinéa du préambule et art. 3, et Convention de Minamata sur le mercure, art. 2, 8 et 9.

⁸² Onzième et treizième alinéas du préambule.

⁸³ *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, chap. V, sect. E, art. 3 (Prévention) : « L'État d'origine prend toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum. ». La Commission a aussi traité de l'obligation de prévention dans ses articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Le paragraphe 3 de l'article 14 dispose que « la violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue » (ibid., chap. IV, sect. E). Selon le commentaire de cette disposition, « [l']obligation de prévention s'analyse normalement comme une obligation de diligence, imposant aux États de prendre toutes les mesures raisonnables ou nécessaires pour éviter qu'un événement donné ne se produise, mais sans garantir que l'événement ne se produira pas » (ibid., par. 14 du commentaire se rapportant au paragraphe 3 de l'article 14). Le commentaire est venu illustrer « l'obligation de prévenir les dommages transfrontières causés par la pollution de l'air, traitée dans l'arbitrage relatif à l'affaire de la *Fonderie de Trail* » en tant qu'exemple d'obligation de prévention (ibid.).

⁸⁴ Privilégiant également la prévention, la Cour internationale de Justice dira, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*, « ne pas perdre de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages » (*Projet Gabčíkovo-Nagyymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. *Recueil 1997*, p. 7, à la page 78, par. 140). Voir aussi *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* (voir *supra* la note 58), par. 104. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire relative au chemin de fer dit *Iron Rhine* déclarera qu'à l'heure actuelle, le droit international de l'environnement met de plus en plus l'accent sur le devoir de prévention (*Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, décision du 24 mai 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII, p. 35 à 125, à la page 116, par. 222).

nationale fai[sai]t maintenant partie du corps de règles du droit international⁸⁵ » et souligné que le respect de l'environnement revêtait une grande importance « non seulement pour les États mais aussi pour l'ensemble du genre humain⁸⁶ » et, dans la sentence relative au chemin de fer dit *Iron Rhine*, le tribunal arbitral a déclaré que l'« obligation d'empêcher, ou du moins d'atténuer [les effets nocifs significatifs sur l'environnement] était désormais devenu[e] un principe du droit international général⁸⁷ ». Ces conclusions sont instructives et pertinentes pour la protection de l'atmosphère.

Directive 4 **Évaluation de l'impact sur l'environnement**

Les États ont l'obligation de veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement des activités projetées relevant de leur juridiction ou contrôle qui sont susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important sur l'atmosphère en termes de pollution atmosphérique ou de dégradation atmosphérique.

Commentaire

1) Le projet de directive 4 porte sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement. C'est le premier des trois projets de directive qui découlent du projet de directive 3. La Commission a employé une tournure impersonnelle afin d'indiquer que l'obligation en question est une obligation de comportement et que, étant donné la grande variété des acteurs économiques, l'État n'est pas nécessairement tenu de réaliser l'évaluation lui-même. Ce que l'État est tenu de faire, c'est adopter les mesures législatives, réglementaires et autres nécessaires pour qu'une évaluation de l'impact sur l'environnement soit menée en ce qui concerne les activités projetées. Les garanties procédurales telles que la notification et les consultations sont en outre essentielles aux fins de l'évaluation. On retiendra que le Protocole à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale (Protocole de Kiev), est favorable à « l'évaluation stratégique environnementale » des effets probables sur l'environnement, y compris sur la santé, ce qui signifie tout effet sur l'environnement, y compris sur la santé de l'homme, la flore, la faune, la biodiversité, les sols, le climat, l'air, l'eau, les paysages, les sites naturels, les biens matériels et le patrimoine culturel et l'interaction entre ces facteurs⁸⁸.

2) Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice a mentionné l'importance des évaluations de l'impact sur l'environnement⁸⁹. Dans l'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et l'affaire de la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan*, la Cour a dit ce qui suit : « [A]u titre de l'obligation qui lui incombe de faire preuve de la diligence requise en vue de prévenir les dommages transfrontières importants, un État doit vérifier s'il existe un risque de dommage transfrontière important avant d'entreprendre une activité pouvant avoir un impact préjudiciable sur l'environnement d'un autre État. Si tel est le cas, il lui faut effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement⁹⁰ ». Elle a conclu que l'État en question « ne s'[était] pas acquitté de l'obligation qu'il avait, en droit international général, d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement avant d'entreprendre la construction de la route⁹¹ ». Dans son opinion individuelle, le juge Hisashi Owada a fait observer que

⁸⁵ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, aux pages 241 et 242, par. 29.

⁸⁶ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra* la note 84), p. 41, par. 53 ; la Cour a cité le même paragraphe dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra* la note 79), p. 78, par. 193.

⁸⁷ *Chemin de fer dit Iron Rhine* (voir *supra* la note 84), p. 66 et 67, par. 59.

⁸⁸ Protocole à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale (Kiev, 21 mai 2003), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2685, n° 34028, p. 140, art. 2, par. 6 et 7.

⁸⁹ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra* la note 84), par. 140.

⁹⁰ *C.I.J. Recueil 2015* (voir *supra* la note 58 **Erreur ! Signet non défini.**), par. 153.

⁹¹ *Ibid.*, par. 168.

« l'existence d'une évaluation de l'impact sur l'environnement est une donnée importante, voire décisive, pour apprécier si l'État en question fait preuve de la diligence requise par le droit international général de l'environnement⁹² ». Précédemment, dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour avait dit que « l'obligation de protéger et de préserver, énoncée à l'alinéa a) de l'article 41 du Statut [du fleuve Uruguay], doit être interprétée conformément à une pratique acceptée si largement par les États ces dernières années que l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement⁹³ ». En outre, dans son avis consultatif sur les *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer a dit que, outre qu'elle découlait de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, l'obligation de procéder à une étude d'impact sur l'environnement était une « obligation générale en vertu du droit international coutumier »⁹⁴.

3) Le membre de phrase « des activités projetées relevant de leur juridiction ou contrôle » vise à indiquer que l'obligation qui incombe aux États de veiller à ce que soit menée une évaluation de l'impact sur l'environnement concerne les activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle. Étant donné que les menaces environnementales ne connaissent aucune frontière, il se peut que, dans l'exercice de leur responsabilité au regard de l'environnement mondial, les États prennent des décisions conjointes en ce qui concerne les évaluations de l'impact sur l'environnement.

4) Le membre de phrase « qui sont susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important » fixe le seuil jugé nécessaire pour déclencher une évaluation de l'impact sur l'environnement. Il est tiré du libellé du principe 17 de la Déclaration de Rio. D'autres instruments, tels que la Convention d'Espoo sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, de 1991⁹⁵, établissent un seuil similaire. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2010 dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour internationale de Justice a jugé qu'une évaluation de l'impact sur l'environnement devait être entreprise lorsque l'activité industrielle projetée risquait d'avoir un « impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée⁹⁶ ».

5) En établissant un seuil, à savoir que les activités doivent être « susceptibles d'avoir un impact préjudiciable important », le projet de directive exclut les évaluations de l'impact sur l'environnement pour les activités susceptibles d'avoir un impact mineur. L'impact du dommage potentiel doit être « important » en ce qui concerne tant la pollution atmosphérique que la dégradation atmosphérique. La formule « effets nocifs significatifs » est employée aux alinéas b) et c) du projet de directive 1 et, comme il est expliqué dans le commentaire y relatif, déterminer si un effet est « significatif » (ou « important ») ou non relève d'une appréciation d'ordre factuel plutôt que juridique⁹⁷.

⁹² Ibid., opinion individuelle du juge Hisashi Owada, par. 18.

⁹³ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra* la note 79), par. 204.

⁹⁴ Tribunal international du droit de la mer, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins)*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, au paragraphe 145.

⁹⁵ Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Espoo, 25 février 1991), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1989, n° 34028, p. 309.

⁹⁶ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra* la note 79), par. 204.

⁹⁷ La Commission a souvent employé ce terme dans ses travaux, notamment dans les articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001). Dans ce cas, elle a choisi de ne pas le définir, considérant que cette question relevait d'une appréciation de fait et non de droit (voir le commentaire général, par. 4), *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, chap. V, sect. E). Voir, par exemple, les paragraphes 4 et 7 du commentaire de l'article 2 des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (ibid.). Voir aussi le commentaire des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (commentaire du principe 2, par. 1 à 3, *Annuaire ... 2006*, vol. II (2^e partie), chap. V, sect. E).

6) Le membre de phrase « en termes de pollution atmosphérique ou de dégradation atmosphérique » vient relier plus étroitement encore le projet de directive aux deux principaux sujets de préoccupation relatifs à la protection de l'atmosphère envisagés dans le présent projet de directives, à savoir la pollution atmosphérique transfrontière et la dégradation atmosphérique. Bien que les précédents établissant la nécessité de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement abordent surtout la question dans une perspective transfrontière, on estime que cette nécessité s'applique aussi aux projets susceptibles d'avoir des effets négatifs importants sur l'atmosphère mondiale, y compris les activités impliquant la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère⁹⁸. Dans le contexte de la dégradation atmosphérique, ces activités peuvent comporter un risque encore plus élevé de dommages graves que celles qui provoquent des dommages transfrontières ; partant, et a fortiori, les mêmes règles devraient s'appliquer aux activités de nature à causer une dégradation de l'atmosphère à l'échelle mondiale.

7) Bien que le texte du projet de directives soit muet sur les questions de procédure, la transparence et la participation du public jouent un grand rôle dans l'accès à l'information et à la représentation dans le contexte des évaluations de l'impact sur l'environnement. Le principe 10 de la Déclaration de Rio de 1992 pose notamment que la meilleure façon de traiter les questions relatives à l'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. La participation comprend, notamment, l'accès à l'information, la possibilité de participer à la prise de décisions et un accès effectif à des mécanismes judiciaires et administratifs. La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement⁹⁹ aborde également ces questions. Le Protocole de Kiev, mentionné plus haut, encourage la mise en œuvre d'un processus de consultation et de participation du public et la prise en compte des résultats de ce processus dans un plan ou un programme¹⁰⁰.

Directive 5

Utilisation durable de l'atmosphère

1. Dans la mesure où l'atmosphère est une ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée, son utilisation devrait être entreprise de manière durable.
2. L'utilisation durable de l'atmosphère inclut le besoin de concilier le développement économique et la protection de l'atmosphère.

Commentaire

1) L'atmosphère est une ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée. Bien souvent, on n'envisage pas qu'elle puisse être exploitée de la même manière que les ressources pétrolières et gazières ou minérales, par exemple, peuvent être explorées et exploitées. En réalité, pourtant, l'atmosphère est exploitable et exploitée, dans ses composantes physiques et fonctionnelles. Le pollueur l'exploite en la rendant de moins bonne qualité et en réduisant son aptitude à assimiler des polluants. Le projet de directive repose sur des analogies tirées de la notion de « ressources partagées » et sur le constat que l'unité de l'atmosphère de la planète exige la reconnaissance d'une communauté d'intérêts. Il a donc pour prémisse que l'atmosphère est une ressource naturelle dont la capacité d'assimilation est limitée et dont l'aptitude à maintenir la vie sur la Terre est influencée par les activités anthropiques. Pour assurer la protection de l'atmosphère, il est important de considérer celle-ci comme une ressource naturelle à laquelle s'appliquent les principes de la conservation et de l'utilisation durable.

2) Le paragraphe 1 établit que l'atmosphère est une « ressource naturelle d'une capacité d'assimilation limitée ». La seconde partie du paragraphe vise à concilier la conservation et le développement de sorte que les modifications apportées à la planète continuent à permettre la survie et le bien-être des organismes présents sur la Terre. C'est dans cette optique qu'il

⁹⁸ Voir *infra* le projet de directive 7.

⁹⁹ Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Aarhus, 28 juin 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2161, n° 37770, p. 447.

¹⁰⁰ Art. 2, par. 6 et 7.

est dit que l'utilisation de l'atmosphère devrait être entreprise de manière durable. Cet énoncé s'inspire des formulations retenues par la Commission telles qu'elles sont reflétées dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation¹⁰¹ et les articles sur le droit des aquifères transfrontières¹⁰².

3) Le terme « utilisation » est employé au sens large et renvoie à des notions qui vont au-delà de l'exploitation. L'atmosphère a été utilisée de plusieurs manières. Les activités menées à ce jour ont probablement, pour la plupart, été entreprises sans intention claire ou manifeste d'influer sur les conditions atmosphériques. Toutefois, certaines, par exemple celles visant à modifier le temps, ont été menées dans le but exprès d'altérer ces conditions. Quelques-unes des technologies auxquelles il est envisagé de recourir pour modifier intentionnellement l'atmosphère à grande échelle¹⁰³ participent de l'utilisation de l'atmosphère.

4) La formule « son utilisation devrait être entreprise de manière durable » employée au paragraphe 1 est volontairement simple et reflète l'évolution de la conception de l'atmosphère, que l'on tend à présent à considérer comme une ressource naturelle devant être utilisée de manière durable.

5) Le paragraphe 2 s'inspire de la formulation adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt relatif à l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, dans lequel la Cour a constaté la « nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement¹⁰⁴ ». La Commission a aussi tenu compte d'autres affaires pertinentes¹⁰⁵.

¹⁰¹ Art. 5 et 6. Pour le texte des articles et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission, voir *Annuaire ... 1994*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. E.

¹⁰² Résolution 63/124 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 2008, annexe, art. 4 et 5. Pour le texte des articles et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission, voir *Annuaire ... 2008*, vol. II (2^e partie), chap. IV, sect. E.

¹⁰³ Voir *infra* le projet de directive 7.

¹⁰⁴ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra* la note 84), p. 78, par. 140.

¹⁰⁵ Dans l'ordonnance qu'elle a rendue en 2006 dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour internationale de Justice a mis en évidence « l'importance d'assurer la protection, sur le plan de l'environnement, des ressources naturelles partagées tout en permettant un développement économique durable » (Affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 113, à la page 133, par. 80) ; dans la décision de 1998 de l'Organe d'appel de l'OMC relative à l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, il est dit : « [R]appelant que les membres de l'OMC ont expressément mentionné l'objectif de développement durable dans le préambule de l'*Accord sur l'OMC*, nous estimons qu'il est trop tard à présent pour supposer que l'article XX g) [de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce] peut être interprété comme visant uniquement la conservation des minéraux ou des autres ressources naturelles non biologiques épuisables » (Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC relatif à l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, par. 131 ; voir aussi par. 129 et 153) ; dans la sentence arbitrale relative au chemin de fer dit *Iron Rhine*, rendue en 2005, le Tribunal a dit ce qui suit : « Des discussions considérables ont eu lieu en ce qui concerne ce qui, en matière de droit de l'environnement, constitue des “règles” ou des “principes”, ce qui relève du droit non contraignant (“soft law”), et quel droit conventionnel ou principes en matière d'environnement a contribué au développement du droit international coutumier, [...] les principes qui en résultent, quel que soit leur statut actuel, font référence [...] au développement durable[.] le point important est que ces principes émergents intègrent désormais la protection de l'environnement au processus de développement[.] et [le] droit de l'environnement et le droit applicable au développement constituent non pas des alternatives, mais des concepts intégrés se renforçant mutuellement ; ainsi, lorsque le développement risque de porter atteinte de manière significative à l'environnement, doit exister une obligation d'empêcher, ou au moins d'atténuer, cette pollution [et le] Tribunal estime que ce devoir est désormais devenu un principe du droit international général » (Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit *Iron Rhine* (voir *supra* la note 84), par. 58 et 59) ; dans la sentence arbitrale partielle qu'elle a prononcée en 2013 dans l'affaire *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)*, la Cour d'arbitrage a dit : « Il ne fait aucun doute que le droit international coutumier contemporain fait obligation à l'État de tenir compte de la protection de l'environnement dans la planification et l'élaboration de projets susceptibles de causer un dommage à un État limitrophe. Depuis l'affaire de la *Fonderie de Trail*, toute une jurisprudence arbitrale internationale est venue souligner la nécessité de gérer les ressources naturelles de façon durable. En particulier, la Cour internationale de Justice a mis en avant le principe de « développement durable » dans l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros*,

Faire référence à la « protection de l'atmosphère » plutôt qu'à la « protection de l'environnement » permet d'axer le paragraphe sur le sujet à l'examen, à savoir la protection de l'atmosphère.

Directive 6

Utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère

L'atmosphère devrait être utilisée d'une manière équitable et raisonnable, en tenant pleinement compte des intérêts des générations présentes et futures.

Commentaire

1) Si l'utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère est un élément important de la durabilité, comme le fait ressortir le projet de directive 5, il est néanmoins important d'en faire un principe autonome. Comme celle du projet de directive 5, la formulation du projet de directive 6 est abstraite et très générale.

2) Le projet de directive est formulé en termes généraux dans le souci d'appliquer le principe d'équité¹⁰⁶ à la protection de l'atmosphère en tant que ressource naturelle devant être partagée par tous. La première partie de la phrase porte sur l'utilisation « équitable et raisonnable ». La formulation « l'atmosphère devrait être utilisée d'une manière équitable et raisonnable » est en partie tirée de l'article 5 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation et de l'article 4 du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières. Elle reflète la mise en balance de différents intérêts et la prise en considération de tous les facteurs pertinents, qui peuvent être particuliers à la pollution atmosphérique ou à la dégradation atmosphérique.

3) La deuxième partie du projet de directive concerne l'équité intragénérationnelle et l'équité intergénérationnelle¹⁰⁷. Afin de faire ressortir le lien entre l'une et l'autre, on a choisi d'employer les termes « en tenant pleinement compte des intérêts des générations présentes et futures » plutôt que « pour le bénéfice des générations présentes et futures ». La formulation « des intérêts des » a été préférée à « pour le bénéfice des » parce qu'on souhaitait mettre en évidence la nature intégrée de l'atmosphère, dont l'« exploitation » doit tenir compte de l'équilibre entre les intérêts afin d'assurer la survie des organismes vivant sur la Terre. Le mot « pleinement » vient montrer l'importance qu'il y a à prendre en compte différents facteurs et éléments, et doit être lu à la lumière du septième alinéa du préambule,

mentionnant « la nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement » » [traduction non officielle]. Voir Permanent Court of Arbitration Award Series, *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)* : *Record of Proceedings 2010-2013*, sentence partielle du 18 février 2013, par. 449. Ce raisonnement a été confirmé dans la sentence finale du 20 décembre 2013, par. 111.

¹⁰⁶ Voir *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1982*, p. 18, à la page 71. Sur la notion d'équité et son emploi en droit international de manière générale, voir *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 554, aux paragraphes 27, 28 et 149 ; *Plateau continental de la mer du nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, au paragraphe 85 ; J. Kokott, « Equity in international law », dans F. L. Toth (dir. publ.), *Fair Weather ? Equity Concerns in Climate Change* (Abingdon et New York, Routledge, 2014), p. 173 à 192 ; P. Weil, « L'équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice : Un mystère en voie de dissipation ? », dans V. Lowe et M. Fitzmaurice (dir. publ.), *Fifty Years of the International Court of Justice : Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), p. 121 à 144 ; F. Francioni, « Equity in international law », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. III (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 632 à 642.

¹⁰⁷ C. Redgwell, « Principles and emerging norms in international law : intra- and inter-generational equity », dans C. P. Carlane *et al.* (dir. publ.), *The Oxford Handbook on International Climate Change Law* (Oxford, Oxford University Press, 2016), p. 185 à 201 ; D. Sheldon, « Equity », dans Bodansky *et al.* (dir. publ.), *Oxford Handbook of International Environmental Law* (note 21 *supra*), p. 639 à 662 ; E. Brown Weiss, « Intergenerational equity », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (actualisé en 2021), disponible à l'adresse suivante : <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1421>.

où il est reconnu qu'il convient de tenir pleinement compte du fait qu'il est dans l'intérêt des générations futures de préserver durablement la qualité de l'atmosphère.

Directive 7

Modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère

Les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère ne devraient être menées qu'avec prudence et précaution, et sous réserve de toute règle applicable de droit international, y compris les règles relatives à l'évaluation de l'impact sur l'environnement.

Commentaire

- 1) Le projet de directive 7 porte sur les activités dont l'objectif est de modifier les conditions atmosphériques. Comme l'indique le titre du projet, celui-ci ne vise que la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère.
- 2) Le membre de phrase « activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère » est partiellement repris de la définition des « techniques de modification de l'environnement » employée dans la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles¹⁰⁸ pour désigner les techniques ayant pour objet de modifier – grâce à une manipulation délibérée de processus naturels – la dynamique, la composition ou la structure de la Terre, y compris ses biotes, sa lithosphère, son hydrosphère et son atmosphère, ou l'espace extra-atmosphérique.
- 3) Parmi ces activités figurent celles communément considérées comme relevant de la « géo-ingénierie », qui recouvre des méthodes et techniques visant à l'élimination du dioxyde de carbone et à la gestion du rayonnement solaire¹⁰⁹. Les activités relatives à l'élimination du dioxyde de carbone se pratiquent dans les océans et sur la surface terrestre et font intervenir des procédés techniques visant à éliminer ce dioxyde de l'atmosphère au moyen de puits naturels ou grâce au génie chimique. Parmi les procédés proposés, on peut citer la fixation du carbone du sol, la séquestration du carbone, le captage de l'air ambiant, la fertilisation des océans, l'augmentation de l'alcalinité des océans et l'amélioration de la résistance aux intempéries.
- 4) D'après les scientifiques, la gestion du rayonnement solaire doit permettre d'atténuer les effets négatifs des changements climatiques en réduisant intentionnellement les températures de la surface terrestre. Parmi les méthodes envisagées à cette fin, on peut citer « l'amélioration de l'albédo », qui consiste à accroître le pouvoir réfléchissant des nuages ou de la surface terrestre de manière à ce que la chaleur du soleil soit davantage réfléchiée dans l'espace ; la méthode des aérosols atmosphériques, qui consiste à introduire de fines particules réfléchissantes dans la haute atmosphère afin que la lumière du soleil soit réfléchiée avant d'avoir atteint la surface de la Terre ; et la méthode des réflecteurs spatiaux, qui consiste à bloquer une petite quantité de lumière solaire avant qu'elle n'atteigne la Terre.
- 5) Le terme « activités » s'entend au sens large. Toutefois, certaines activités sont interdites par le droit international, notamment par la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins

¹⁰⁸ Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (New York, 10 décembre 1976), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1108, n° 17119, p. 151.

¹⁰⁹ GIEC, Réunion d'experts sur la géo-ingénierie, Lima, 20-22 juin 2011, rapport. Voir, de manière générale, programme de géo-ingénierie d'Oxford, « What is geoengineering? », disponible à l'adresse suivante : www.geoengineering.ox.ac.uk/what-is-geoengineering/what-is-geoengineering/ ; K. N. Scott, « International law in the anthropocene: responding to the geoengineering challenge », *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, n° 2 (2013), p. 309 à 358, à la page 322 ; Steve Rayner *et al.*, « The Oxford principles », Climate Geoengineering Governance Working Paper No. 1 (Université d'Oxford, 2013), disponible à l'adresse suivante : www.geoengineering-governance-research.org/perch/resources/workingpaper1rayneretaltheoxfordprinciples.pdf. Voir aussi C. Armani, « Global experimental governance, international law and climate change technologies », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, n° 4 (2015), p. 875 à 904.

hostiles¹¹⁰ et le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949¹¹¹, et sont de ce fait exclues du projet de directive. Celui-ci s'applique donc uniquement aux activités « non militaires ». Les activités militaires entraînant des modifications délibérées de l'atmosphère n'entrent pas dans son champ d'application.

6) Aussi, d'autres activités sont régies par divers mécanismes. Par exemple, le boisement est visé par le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques¹¹² et l'Accord de Paris (art. 5, par. 2). Certains instruments juridiques internationaux prévoient des mesures tendant à réglementer la séquestration du carbone. Le Protocole de 1996 (le « Protocole de Londres »)¹¹³ à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières comporte à présent une disposition et une annexe modifiées, ainsi que de nouvelles directives concernant le contrôle de la mise en décharge des déchets et d'autres matières¹¹⁴. Dans la mesure où la « fertilisation des océans par apport de fer » et « l'augmentation de l'alcalinité des océans » ont trait à l'immersion en mer, la Convention de 1972 et le Protocole de Londres sont pertinents.

7) Les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère peuvent largement contribuer à prévenir, contrer, limiter et atténuer les risques de catastrophe et les effets nuisibles de celles-ci, notamment la sécheresse, les ouragans et les tornades, ainsi qu'à accroître la production agricole et améliorer l'approvisionnement en eau. Néanmoins, elles peuvent aussi avoir des effets inattendus et à long terme sur les conditions climatiques actuelles, qui ne s'arrêtent pas aux frontières nationales. Comme l'Organisation météorologique mondiale l'a fait observer au sujet de la modification du temps, la complexité des mécanismes atmosphériques est telle que pareille modification dans une partie du monde aurait nécessairement des répercussions ailleurs et, avant de l'expérimenter à grande échelle, il faudra évaluer scrupuleusement les conséquences possibles et souhaitables de la démarche et conclure des arrangements internationaux satisfaisants¹¹⁵.

8) Le projet de directive n'a pas pour objectif de freiner l'innovation et le progrès scientifique. De fait, les principes 7 et 9 de la Déclaration de Rio consacrent l'importance des technologies nouvelles et novatrices et de la coopération à cet égard. Toutefois, il ne s'ensuit pas nécessairement que les activités en question ont toujours des effets positifs.

9) Partant, le projet de directive ne vient ni autoriser ni interdire les activités visées, sauf ce dont les États décideront. Il énonce simplement le principe selon lequel les éventuelles activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère ne devraient être menées qu'avec prudence et précaution. L'emploi des termes « qu'avec » vient insister sur l'importance de la prudence et la précaution dans l'exécution de ce type d'activités. La suite de la directive indique clairement que les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère sont soumises à toute règle de droit international applicable.

¹¹⁰ Voir art. 1.

¹¹¹ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, n° 17512, p. 3, art. 35, par. 3 et 55 ; voir aussi Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38544, p. 3, art. 8, par. 2 b) iv).

¹¹² Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Kyoto, 11 décembre 1997), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2303, n° 30822, p. 162.

¹¹³ Protocole de 1996 à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières (Londres, 7 novembre 1996), *International Legal Materials*, vol. 36 (1997), p. 7.

¹¹⁴ Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières (Londres, Mexico, Moscou et Washington, 29 décembre 1972), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1046, n° 15749, p. 138.

¹¹⁵ Voir *Second Report on the Advancement of Atmospheric Sciences and Their Application in the Light of Developments in Outer Space* (Genève, Organisation météorologique mondiale, 1963) ; voir aussi la décision 8/7 (« Earthwatch : assessment of outer limits ») du Conseil d'administration du Programme des Nations Unies pour l'environnement, partie A (dispositions relatives à la coopération entre États en matière de modification du temps), du 29 avril 1980.

10) Le libellé « prudence et précaution » est inspiré de la formulation employée par le Tribunal international du droit de la mer dans les affaires du *Thon à nageoire bleue*¹¹⁶ et de l'*Usine MOX*¹¹⁷ et l'affaire relative aux *Travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor*¹¹⁸. Dans cette dernière, le Tribunal a dit ce qui suit : « *Considérant* que, étant donné l'incidence possible des travaux de poldérisation sur le milieu marin, la circonspection et la prudence commandent à la Malaisie et à Singapour de mettre en place des mécanismes en vue d'un échange d'informations et de l'évaluation des risques ou effets que pourraient entraîner les travaux de poldérisation, et de trouver des moyens d'y faire face dans les zones affectées [...] ». Le projet de directive est rédigé de manière à encourager l'élaboration de règles régissant ce type d'activités dans le cadre des dispositifs applicables aux divers domaines ayant un rapport avec la pollution et la dégradation atmosphériques.

11) Le membre de phrase « y compris les règles relatives à l'évaluation de l'impact sur l'environnement » par lequel se termine la directive accentue l'importance des évaluations de l'impact sur l'environnement, déjà soulignée dans le projet de directive 4. Les activités visant à la modification intentionnelle à grande échelle de l'atmosphère devraient être menées publiquement et en toute transparence, et il se peut de ce fait qu'elles nécessitent la réalisation de l'évaluation de l'impact sur l'environnement prévue au projet de directive 4. On estime que tout projet entraînant une modification intentionnelle et à grande échelle de l'atmosphère peut avoir d'importantes conséquences négatives et nécessite donc une évaluation d'impact.

Directive 8 **Coopération internationale**

1. Les États ont l'obligation de coopérer, selon qu'il convient, entre eux et avec les organisations internationales pertinentes pour protéger l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

2. Les États devraient coopérer ensemble au développement des connaissances scientifiques et techniques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. Cette coopération pourrait prendre la forme d'un échange d'informations et d'un suivi conjoint.

Commentaire

1) La coopération internationale est au cœur de l'ensemble du projet de directives sur la protection de l'atmosphère. La notion de coopération internationale au sens du droit international a beaucoup évolué¹¹⁹ et repose aujourd'hui dans une large mesure sur la notion

¹¹⁶ *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, *TIDM Recueil 1999*, p. 280, au paragraphe 77. Le Tribunal a dit ce qui suit : « *Considérant* que, de l'avis du Tribunal, les parties devraient, dans ces conditions, agir avec prudence et précaution et veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises dans le but d'empêcher que le stock du thon à nageoire bleue ne subisse des dommages graves [...] ».

¹¹⁷ *Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, *TIDM Recueil 2001*, p. 95, au paragraphe 84 (« *Considérant* que, de l'avis du Tribunal, la prudence et la précaution exigent que l'Irlande et le Royaume-Uni coopèrent en échangeant des informations relatives aux risques ou effets qui pourraient découler ou résulter des opérations de l'usine MOX et qu'ils élaborent des moyens permettant, le cas échéant, d'y faire face [...] »).

¹¹⁸ *Travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, *TIDM Recueil 2003*, p. 10, au paragraphe 99.

¹¹⁹ W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (Londres, Stevens & Sons, 1964), p. 60 à 71 ; C. Leben, « The changing structure of international law revisited by way of introduction », *European Journal of International Law*, vol. 3 (1997), p. 399 à 408. Voir aussi J. Delbrück, « The international obligation to cooperate – an empty shell or a hard law principle of international law ? – a critical look at a much debated paradigm of modern international law », H. P. Hestermeyer et al. (dir. publ.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity* (Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum), vol. 1 (Leyde, Martinus Nijhoff, 2012), p. 3 à 16.

des intérêts communs de la communauté internationale tout entière¹²⁰. À cet égard, il convient de rappeler que le troisième alinéa du préambule du présent projet de directives dispose que la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique sont « un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière ».

2) Le paragraphe 1 du présent projet de directive énonce l'obligation qu'ont les États de coopérer selon qu'il convient. Concrètement, les États ont l'obligation de coopérer entre eux et avec les organisations internationales pertinentes. L'emploi de l'expression « selon qu'il convient » vise à laisser une certaine souplesse aux États pour ce qui est de s'acquitter de cette obligation en fonction de la nature et de l'objet de la coopération et des règles de droit international applicables. Les formes de coopération peuvent aussi varier selon la situation, et une certaine marge d'appréciation est permise, dans le respect des règles de droit international applicables. La coopération peut s'exercer aux niveaux bilatéral, régional ou multilatéral. Les États peuvent aussi prendre individuellement les mesures qui conviennent.

3) Dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour internationale de Justice a insisté sur les liens entre l'obligation de coopération entre les parties et l'obligation de prévention. La Cour a estimé que « c'est en coopérant que les États concernés peuvent gérer en commun les risques de dommages à l'environnement [...] de manière à prévenir les dommages en question¹²¹ ».

4) Il est fait référence à la notion de coopération internationale dans plusieurs instruments multilatéraux intéressant la protection de l'environnement. Tant le principe 24 de la Déclaration de Stockholm que le principe 27 de la Déclaration de Rio soulignent l'importance de la coopération, et donc de la bonne foi et de l'esprit de solidarité¹²². En outre, parmi certains des traités en vigueur, la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone dispose, dans son préambule, que les Parties à cette convention sont « [c]onscientes que l'adoption de mesures visant à protéger la couche d'ozone des modifications imputables aux activités humaines ne peut se faire que dans le contexte d'une coopération et d'une action internationales ». De surcroît, dans le préambule de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, les Parties se disent conscientes que « le caractère planétaire des changements climatiques requiert de tous les pays qu'ils coopèrent le plus possible et participent à une action internationale, efficace et appropriée », et réaffirment que « le principe de la souveraineté des États doit présider à la coopération internationale destinée à faire face aux changements climatiques. »¹²³. Aux termes de l'article 7 de l'Accord de Paris,

¹²⁰ B. Simma, « From bilateralism to community interests in international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994-VI*, vol. 250, p. 217 à 384 ; Naoya Okuwaki, « On compliance with the obligation to cooperate : new developments of "international law for cooperation" », dans J. Eto (dir. publ.), *Aspects of International Law Studies* (Festschrift for Shinya Murase) (Tokyo : Shinzansha, 2015), p. 5 à 46, aux pages 16 et 17 (en japonais).

¹²¹ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra* la note 79), p. 49, par. 77.

¹²² Le principe 24 de la Déclaration de Stockholm se lit ainsi :

« Les questions internationales se rapportant à la protection et à l'amélioration de l'environnement devraient être abordées dans un esprit de coopération par tous les pays, grands ou petits, sur un pied d'égalité. Une coopération par voie d'accords multilatéraux ou bilatéraux ou par d'autres moyens appropriés est indispensable pour limiter efficacement, prévenir, réduire et éliminer les atteintes à l'environnement résultant d'activités exercées dans tous les domaines, et ce, dans le respect de la souveraineté et des intérêts de tous les États. ».

Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972 (voir *supra* la note 11).

Le principe 27 de la Déclaration de Rio se lit ainsi :

« Les États et les peuples doivent coopérer de bonne foi et dans un esprit de solidarité à l'application des principes consacrés dans la présente Déclaration et au développement du droit international dans le domaine du développement durable. ».

Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, vol. I : *Résolutions adoptées par la Conférence* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I, chap. I.

¹²³ Voir aussi la section 2 de la partie XII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui prévoit la « [c]oopération au plan mondial ou régional » (art. 197), la « [n]otification d'un risque imminent de dommage ou d'un dommage effectif » (art. 198), des « [p]lans d'urgence contre la pollution » (art. 199), des « [é]tudes, programmes de recherche et échange de renseignements et de

les Parties « reconnaissent l'importance de l'appui et de la coopération internationale aux efforts d'adaptation et la nécessité de prendre en considération les besoins des pays en développement parties, notamment de ceux qui sont particulièrement vulnérables aux effets néfastes des changements climatiques¹²⁴ ». Dans le préambule, les Parties affirment en outre l'importance de l'éducation, de la formation, de la sensibilisation, de la participation du public, de l'accès de la population à l'information et de la coopération à tous les niveaux sur les questions traitées dans l'Accord¹²⁵.

5) Dans ses travaux, la Commission a aussi affirmé l'importance de la coopération¹²⁶, qui peut prendre diverses formes. Le paragraphe 2 du projet de directive met l'accent en particulier sur l'importance de la coopération dans le contexte du développement des connaissances scientifiques et techniques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. Il met aussi l'accent sur l'échange d'informations et le suivi conjoint.

6) La Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone dispose, dans son préambule, que la coopération et l'action internationales devraient être fondées « sur des données scientifiques et techniques pertinentes » et, au paragraphe 1 de son article 4, relatif à la coopération dans les domaines juridique, scientifique et technique, il est prévu ce qui suit :

Les Parties facilitent et encouragent l'échange des renseignements scientifiques, techniques, socioéconomiques, commerciaux et juridiques appropriés aux fins de la présente Convention et comme précisé à l'annexe II. Ces renseignements sont fournis aux organes agréés par les Parties.

L'annexe II de la Convention énumère dans le détail les renseignements susceptibles d'être échangés. Le paragraphe 2 de l'article 4 prévoit que les Parties coopèrent dans les domaines techniques, en tenant compte des besoins des pays en développement.

7) Le paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, relatif aux engagements, dispose :

données » (art. 200) et des « [c]ritères scientifiques pour l'élaboration de règlements » (art. 201).

La section 2 (Coopération internationale) de la partie XIII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, consacrée à la recherche scientifique marine, prévoit l'« [o]bligation de favoriser la coopération internationale » (art. 242), l'« [i]nstaur[ati]on de conditions favorables » (art. 243) et la « [p]ublication et diffusion d'informations et de connaissances » (art. 244).

¹²⁴ Voir l'article 7 (par. 6). Voir aussi les articles 6 (par. 1), 7 (par. 7), 8 (par. 4) et 14 (par. 3).

¹²⁵ Préambule, quatorzième alinéa. Voir aussi le paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, portant sur l'obligation générale de coopérer, qui dispose :

« Les États du cours d'eau coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à l'utilisation optimale et à la protection adéquate du cours d'eau international. ».

¹²⁶ Les articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001) prévoient, à l'article 4, relatif à la coopération, que :

« Les États intéressés coopèrent de bonne foi et au besoin cherchent à obtenir l'assistance d'une ou de plusieurs organisations internationales compétentes pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum. ».

Les articles sur le droit des aquifères transfrontières (2008) prévoient, à l'article 7, relatif à l'obligation générale de coopérer, que :

« 1. Les États de l'aquifère coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, du développement durable, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à une utilisation équitable et raisonnable et à une protection appropriée de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières ;

2. Aux fins du paragraphe 1, les États de l'aquifère devraient établir des mécanismes conjoints de coopération. ».

En outre, les articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe (2016) prévoient, à l'article 7, une obligation de coopérer. Cet article se lit comme suit :

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

« Toutes les Parties [...] e) [p]réparent, en coopération, l'adaptation à l'impact des changements climatiques ; [...] g) [e]ncouragent et soutiennent par leur coopération les travaux de recherche scientifique, technologique, technique, socioéconomique et autres, l'observation systématique et la constitution d'archives de données sur le système climatique permettant de mieux comprendre les causes, les effets, l'ampleur et l'échelonnement dans le temps des changements climatiques, ainsi que les conséquences économiques et sociales des diverses stratégies de riposte, et de réduire et dissiper les incertitudes qui subsistent à cet égard ; h) [e]ncouragent et soutiennent par leur coopération l'échange de données scientifiques, technologiques, techniques, socioéconomiques et juridiques sur le système climatique et les changements climatiques ainsi que sur les conséquences économiques et sociales des diverses stratégies de riposte, ces données devant être échangées dans leur intégralité, librement et promptement ; i) [e]ncouragent et soutiennent par leur coopération l'éducation, la formation et la sensibilisation du public dans le domaine des changements climatiques et encouragent la participation la plus large à ce processus, notamment celle des organisations non gouvernementales. ».

8) Dans ce contexte, l'obligation de coopérer englobe notamment, en tant que de besoin, l'échange d'informations. À cet égard, on retiendra que l'article 9 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation comporte un ensemble précis de dispositions concernant l'échange de données et d'informations. La Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance prévoit quant à elle, dans son article 4, que « [l]es Parties contractantes échangeront des informations et procéderont à des tours d'horizon sur leurs politiques, leurs activités scientifiques et les mesures techniques ayant pour objet de combattre dans toute la mesure du possible les rejets de polluants atmosphériques qui peuvent avoir des effets dommageables, et ainsi de réduire la pollution atmosphérique, y compris la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance ». La Convention comporte aussi des dispositions précises sur la coopération dans les domaines de la recherche et du développement (art. 7), des échanges d'informations (art. 8), et de la mise en œuvre et de l'élargissement du programme concerté de surveillance continue et d'évaluation du transport à longue distance des polluants atmosphériques en Europe (art. 9). À l'échelle régionale, l'Accord-cadre régional de l'Afrique de l'Est sur la pollution atmosphérique (Accord de Nairobi, 2008)¹²⁷ et l'Accord-cadre régional pour l'Afrique occidentale et centrale sur la pollution atmosphérique (Accord d'Abidjan, 2009)¹²⁸ comportent aussi des dispositions – identiques – en ce qui concerne la coopération internationale. Les Parties conviennent de :

« 1.2 Considérer les synergies et avantages mutuels de la prise de mesure contre les émissions de polluants atmosphériques et gaz à effet de serre ;

[...]

1.4 Promouvoir l'information sur la gestion de la qualité de l'air dans le domaine éducatif et de la recherche ;

1.5 Promouvoir la coopération régionale afin de renforcer les institutions de normalisation. ».

9) Dans ses travaux, la Commission a elle aussi affirmé l'importance des connaissances scientifiques et techniques¹²⁹. Dans le contexte de la protection de l'atmosphère, le

¹²⁷ Disponible à l'adresse suivante : https://web.archive.org/web/20111226174901/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/EABAQ2008-AirPollutionAgreementFR.pdf.

¹²⁸ Disponible à l'adresse suivante : https://web.archive.org/web/20111224143140/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/BAQ09_AgreementFr.pdf.

¹²⁹ La deuxième phrase du paragraphe 4 de l'article 17 des articles sur le droit des aquifères transfrontières prévoit que la « coopération peut comprendre la coordination des opérations et communications internationales d'urgence et la mise à disposition de personnel d'urgence, de matériel et de fournitures d'urgence, de compétences scientifiques et techniques et d'une aide humanitaire ». Dans le projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, le projet d'article 9 prévoit que « [a]ux fins du présent projet d'articles, la coopération inclut notamment l'aide humanitaire, la coordination des opérations de secours et communications internationales et la mise à disposition de personnel, d'équipement et de biens de secours et de ressources scientifiques,

développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique est essentiel. Il ressort de l'Accord de Paris que, pour faire face aux effets néfastes des changements climatiques, il faut éviter les pertes et préjudices liés à ces effets, les réduire au minimum et y remédier, et envisager une coopération dans les domaines suivants : a) les systèmes d'alerte précoce ; b) la préparation aux situations d'urgence ; c) les phénomènes qui se manifestent lentement ; d) les phénomènes susceptibles de causer des pertes et préjudices irréversibles et permanents ; e) l'évaluation et la gestion complètes des risques ; f) les dispositifs d'assurance dommages, la mutualisation des risques climatiques et les autres solutions en matière d'assurance ; g) les pertes autres qu'économiques ; h) la résilience des communautés, des moyens de subsistance et des écosystèmes¹³⁰.

Directive 9

Relations entre règles pertinentes

1. Les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international pertinentes, y compris, *inter alia*, les règles du droit international du commerce et de l'investissement, du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme, devraient, dans la mesure du possible, être déterminées, interprétées et appliquées de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles, en conformité avec les principes de l'harmonisation et de l'intégration systémique et dans l'objectif d'éviter les conflits. Cela devrait être fait conformément aux règles pertinentes énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, notamment à l'article 30 et au paragraphe 3 c) de l'article 31, ainsi qu'aux principes et règles du droit international coutumier.

2. Les États devraient, dans la mesure du possible, lorsqu'ils élaborent de nouvelles règles de droit international concernant la protection de l'atmosphère et d'autres règles pertinentes du droit international, s'efforcer de le faire de manière harmonieuse.

3. Aux fins de l'application des paragraphes 1 et 2, les États devraient prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes particulièrement vulnérables à la pollution et la dégradation atmosphériques. Ces groupes peuvent inclure, *inter alia*, les peuples autochtones, les populations des pays les moins avancés et les populations des zones côtières de faible élévation et des petits États insulaires en développement touchés par l'élévation du niveau de la mer.

Commentaire

1) Le projet de directive 9, qui porte sur les « relations entre règles pertinentes¹³¹ », a pour objet de mettre en lumière les relations entre les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international pertinentes. Les paragraphes 1 et 2 ont une portée générale, tandis que le paragraphe 3 met l'accent sur la protection des groupes particulièrement vulnérables à la pollution atmosphérique et à la dégradation atmosphérique. Ces deux notions, définies dans le projet de directive 1, consacré aux définitions, recouvrent principalement la pollution et la dégradation causées « par l'homme ». Il s'ensuit nécessairement que les activités humaines régies par d'autres domaines du droit ont aussi une incidence sur l'atmosphère et sa protection. Partant, il importe d'éviter, dans la mesure du possible, tout conflit ou divergence entre les règles relatives à la protection de l'atmosphère et les autres règles de droit international. C'est dans

médicales et techniques ». De plus, le projet d'article 10 (Coopération en matière de prévention des risques de catastrophe) dispose que « [l]a coopération porte également sur l'adoption de mesures de nature à prévenir les risques de catastrophe ».

¹³⁰ Art. 8.

¹³¹ Voir le projet d'article 10 (Interrelations) de la résolution 2/2014 sur la déclaration des principes juridiques relatifs au changement climatique adoptée par l'Association de droit international, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington D.C., August 2014*, p. 26 ; S. Murase (Président) et L. Rajamani (Rapporteuse), *Rapport du Comité sur les principes juridiques relatifs au changement climatique*, *ibid.*, p. 330 à 378, aux pages 368 à 377.

cet objectif que le projet de directive 9 énonce les différents mécanismes prévus en droit international pour faire face aux éventuelles divergences entre principes et règles juridiques, que ces divergences soient une question d'interprétation ou qu'il y ait véritablement un conflit. Le libellé du projet de directive 9 est inspiré des conclusions formulées par le groupe d'étude chargé par la Commission d'examiner la question de la fragmentation du droit international et les difficultés découlant de la diversification et du développement de celui-ci¹³².

2) Le paragraphe 1 mentionne trois processus juridiques, à savoir la détermination, l'interprétation et l'application des règles pertinentes. Les termes « dans l'objectif d'éviter les conflits » employés à la fin de la première phrase visent à établir qu'« éviter les conflits » est l'un des principaux objectifs recherchés par le paragraphe. Ce n'est toutefois pas le seul et unique objectif du projet de directive. Le paragraphe est formulé à la voix passive pour refléter le fait que la détermination, l'interprétation et l'application des règles pertinentes relèvent non seulement des États, mais aussi d'autres acteurs, y compris les organisations internationales, selon qu'il convient.

3) Le membre de phrase « devraient, dans la mesure du possible, être déterminées, interprétées et appliquées de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles » est inspiré des conclusions formulées par le groupe d'étude chargé par la Commission d'examiner la fragmentation du droit international. Le terme « déterminées » concerne surtout les règles découlant des obligations conventionnelles et d'autres sources de droit international. Pour coordonner deux règles, il convient d'abord de déterminer, notamment, si l'une et l'autre traitent « de la même matière », laquelle doit être considérée comme *lex generalis* ou *lex specialis* et comme *lex anterior* ou *lex posterior*, et si le principe *pacta tertiis* s'applique.

4) La première phrase du paragraphe 1 fait expressément référence aux principes « de l'harmonisation et de l'intégration systémique », auxquels une attention particulière est accordée dans les conclusions du Groupe d'étude chargé d'examiner la fragmentation du droit international. Selon le principe de l'harmonisation, exposé dans la conclusion 4), lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître « un ensemble unique d'obligations compatibles ». En outre, conformément au principe de l'intégration systémique exposé dans la conclusion 17), « quelle que soit leur matière, les traités sont une création du système juridique international ». Les traités doivent donc être interprétés compte tenu des divers principes et règles du droit international.

5) La deuxième phrase du paragraphe 1 vise à replacer le paragraphe dans le contexte des règles pertinentes énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sur les droits des traités¹³³, notamment en ses articles 30 et 31 (par. 3 c)), et des principes et règles du droit international coutumier. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention a pour but de garantir l'« interprétation systémique », disposant que « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » doit être prise en considération¹³⁴. En d'autres termes, ce paragraphe exprime l'unité du droit international public et la notion selon laquelle ses règles ne peuvent être interprétées isolément les unes des autres¹³⁵. L'article 30 de la Convention énonce les principes qui président à la résolution des conflits

¹³² *Annuaire ... 2006*, vol. II (2^e partie), par. 251. Voir la conclusion 2), sur les « relations d'interprétation » et les « relations de conflit ». Pour l'étude analytique, voir « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et du développement du droit international », rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1).

¹³³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.

¹³⁴ Voir, par exemple, OMC, Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, WT/DS58/AB/R, 6 novembre 1998, par. 158. Voir aussi *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n° 35763/97, CEDH 2001-XI, par. 55.

¹³⁵ P. Sands, « Treaty, custom and the cross-fertilization of international law », *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 1 (1998), p. 95, par. 25 ; C. McLachlan, « The principle of systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), p. 279 ; O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties : A Commentary*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 828 et 829.

lorsque le principe de l'intégration systémique ne suffit pas, à savoir les principes de la *lex specialis* (par. 2) et de la *lex posterior* (par. 3) et le principe *pacta tertiis* (par. 4)¹³⁶. Les « règles et principes du droit international coutumier » mentionnés dans la deuxième phrase du paragraphe 1 sont les règles et principes du droit international coutumier utiles aux fins de la détermination, de l'interprétation et de l'application des règles pertinentes¹³⁷. La référence faite dans la dernière phrase du paragraphe 1 aux « principes et règles du droit international coutumier » est sans préjudice de la pertinence éventuelle des « principes généraux du droit » dans le contexte du projet de directives.

6) En précisant qu'il faut tenir compte « *inter alia* [des] règles du droit international du commerce et de l'investissement, du droit de la mer et du droit international des droits de l'homme », la Commission souligne l'importance pratique que ces trois matières revêtent au regard de la protection de l'atmosphère. Ces domaines sont étroitement liés au droit international relatif à la protection de l'atmosphère sur le plan de la pratique conventionnelle, de la jurisprudence et de la doctrine¹³⁸. Les autres domaines du droit, susceptibles d'être tout aussi pertinents, ne sont pas pour autant exclus, la liste donnée ne se voulant pas exhaustive. De surcroît, aucune des dispositions du projet de directive 9 ne saurait être interprétée comme subordonnant les règles de droit international relevant des matières citées aux règles relatives à la protection de l'atmosphère ou vice-versa.

7) L'émergence de la notion de renforcement mutuel a permis de concilier le droit international du commerce et le droit international de l'environnement, qui recouvre la protection de l'atmosphère. Le préambule de l'Accord de Marrakech de 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce¹³⁹ dispose que l'objectif de l'OMC est de concilier les objectifs de commerce et de développement avec les besoins environnementaux « conformément à l'objectif de développement durable¹⁴⁰ ». Le Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC a été créé pour « coordonner les politiques dans le domaine du commerce et de l'environnement¹⁴¹ » et, dans le rapport qu'il a adressé en 1996 à la Conférence ministérielle de l'OMC tenue à Singapour, il a rappelé que le système commercial incarné par l'OMC et la protection de l'environnement étaient « deux domaines de l'élaboration des politiques [...] importants et [...] devraient s'étayer mutuellement afin de promouvoir le développement durable¹⁴² ». Le « renforcement mutuel » étant progressivement devenu un standard juridique *interne* à l'OMC¹⁴³, la Déclaration ministérielle adoptée à Doha en 2001 exprime la conviction des États que « les objectifs consistant à œuvrer en faveur de

¹³⁶ Ibid., p. 791 à 798.

¹³⁷ On retiendra qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article 3 du Mémorandum d'accord de l'OMC sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1869, n° 31874, p. 3, annexe 2, p. 427), « [L]e système de règlement des différends de l'OMC [...] a pour but [...] de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles *coutumières* d'interprétation du droit international public » [non souligné dans l'original].

¹³⁸ Voir Association de droit international, résolution 2/2014 sur la déclaration des principes juridiques relatifs au changement climatique, projet d'article 10 (Interrelations) (note 131 *supra*) ; A. Boyle, « Relationship between international environmental law and other branches of international law », dans Bodansky *et al.*, *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (note 21 *supra*), p. 126 à 146.

¹³⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1867 à 1869, n° 31874.

¹⁴⁰ Ibid., vol. 1867, n° 31874, p. 154.

¹⁴¹ Comité des négociations commerciales, décision du 14 avril 1994, MTN.TNC/45(MIN), annexe II, p. 17.

¹⁴² OMC, Comité du commerce et de l'environnement, Rapport (1996), WT/CTE/1 (12 novembre 1996), par. 167.

¹⁴³ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law : How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2003) ; R. Pavoni, « Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making : a watershed for the "WTO-and-competing regimes" debate? », *European Journal of International Law*, vol. 21 (2010), p. 651 et 652. Voir aussi S. Murase, « Perspectives from international economic law on transnational environmental issues », *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 253 (Leyde, Martinus Nijhoff, 1996), p. 283 à 431, reproduit dans S. Murase, *International Law : An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (Tokyo, Sophia University Press, 2011), p. 1 à 127 ; et S. Murase, « Conflict of international regimes : trade and the environment », *ibid.*, p. 130 à 166.

la protection de l'environnement et du développement durable peuvent et doivent se renforcer mutuellement¹⁴⁴ ». En outre, en droit international du commerce, le renforcement mutuel est considéré comme un aspect du principe de l'harmonisation lorsqu'il s'agit d'interpréter des règles conventionnelles conflictuelles. Entre autres affaires pertinentes examinées par le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* de 1996 est particulièrement intéressante en ce que l'Organe d'appel a estimé qu'on ne saurait interpréter l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce sans tenir compte des règles d'interprétation du droit international public et, plus précisément, qu'« il ne fa[il]ait pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public¹⁴⁵ » (non souligné dans l'original).

8) Une tendance comparable se dégage en droit international de l'investissement. Les accords de libre-échange¹⁴⁶, qui contiennent des clauses relatives aux investissements, et de nombreux traités d'investissement bilatéraux¹⁴⁷ énoncent des normes relatives à l'environnement, lesquelles ont été confirmées par la jurisprudence des organes de règlement des différends compétents. Certains tribunaux chargés du règlement de différends relatifs aux investissements ont souligné que les traités d'investissement ne sauraient être lus et interprétés indépendamment des instruments de droit international public¹⁴⁸.

9) Il en va de même en droit de la mer. Étant donné l'étroite interaction physique qui existe entre l'atmosphère et les océans, la protection de l'atmosphère est intrinsèquement liée à la question des océans et, donc, au droit de la mer. Aux termes du préambule de l'Accord de Paris, « il importe de veiller à l'intégrité de tous les écosystèmes, y compris les océans ». Le lien qui unit l'atmosphère et les océans est également reconnu dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹⁴⁹, dont le paragraphe 1 4) de l'article premier définit la formule « pollution du milieu marin » de telle manière qu'elle recouvre l'introduction dans le milieu marin de toutes substances ou énergie polluantes, y compris la pollution

¹⁴⁴ Adoptée le 14 novembre 2001 à la quatrième session de la Conférence ministérielle de l'OMC tenue à Doha, WT/MIN(01)/DEC/1, par. 6. Dans la Déclaration ministérielle de Hong Kong, adoptée en 2005, il est réaffirmé que « le mandat énoncé au paragraphe 31 de la Déclaration ministérielle de Doha [...] vis[ait] à renforcer le soutien mutuel du commerce et de l'environnement » (adoptée le 18 décembre 2005 à la sixième session de la Conférence ministérielle, tenue à Hong Kong (Chine), WT/MIN(05)/DEC, par. 31).

¹⁴⁵ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, p. 19. Voir aussi S. Murase, « Unilateral measures and the WTO dispute settlement » (concernant l'affaire de l'Essence), dans S. C. Tay et D. C. Esty (dir. publ.), *Asian Dragons and Green Trade : Environment, Economics and International Law* (Singapour, Times Academic Press, 1996), p. 137 à 144.

¹⁴⁶ Voir, par exemple, Accord Canada-États-Unis-Mexique, 1^{er} juillet 2020, art. 1.3 et chap. 14 (« Investissement »), disponible sur le site Web du Gouvernement du Canada à l'adresse suivante : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>.

¹⁴⁷ Il existe divers modèles de traités d'investissement bilatéraux, notamment : les modèles établis par le Canada (2004), la Colombie (2007) et les États-Unis (2012), disponibles à l'adresse suivante : <http://www.italaw.com> ; le Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable, établi par l'Institut international du développement durable (IIDD) en 2005, dans H. Mann et al., *Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable* (IIDD) (2^e éd.) (Winnipeg, 2005), art. 34. Voir aussi Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable* (2015), p. 91 à 121, disponible à l'adresse suivante : http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf [en anglais seulement] ; P. Muchlinski, « Negotiating new generation international investment agreements : new sustainable development-oriented initiatives », dans S. Hindelang et M. Krajewski (dir. publ.), *Shifting Paradigms in International Investment Law : More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified* (Oxford : Oxford University Press, 2016), p. 41 à 64.

¹⁴⁸ *Phoenix Action Ltd. v. the Czech Republic*, CIRDI, affaire n° ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009, par. 78.

¹⁴⁹ Jusqu'à l'adoption de la Convention, le seul véritable instrument international de référence était le Traité de 1963 interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau (Moscou, 5 août 1963, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 480, n° 6964, p. 43).

atmosphérique provenant de sources terrestres et de navires¹⁵⁰, et la partie XII, en particulier les articles 192, 194, 207, 211 et 212, contient des dispositions détaillées sur la protection et la préservation du milieu marin. Plusieurs conventions régionales traitent aussi de la pollution marine d'origine terrestre¹⁵¹. Dans le cadre de l'action qu'elle mène pour étoffer la Convention¹⁵² et lutter contre les changements climatiques¹⁵³, l'OMI s'est efforcée d'établir des règles relatives à la pollution par les navires. La bonne application des règles pertinentes du droit de la mer pourrait contribuer à la protection de l'atmosphère, de même que la bonne application des règles relatives à la protection de l'environnement pourrait contribuer à la protection des océans.

10) Du point de vue du droit international des droits de l'homme, la dégradation de l'environnement, y compris la pollution de l'air, les changements climatiques et l'appauvrissement de la couche d'ozone, « peut potentiellement affecter la réalisation des droits de l'homme¹⁵⁴ ». L'existence d'un lien entre les droits de l'homme et l'environnement, notamment l'atmosphère, est admise dans la pratique. La Déclaration de Stockholm prévoit en son principe 1 que « l'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être¹⁵⁵ ». La Déclaration de Rio de 1992 dispose, également en son principe 1, que « [I]es êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable » et « ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la

¹⁵⁰ M. H. Nordquist *et al.* (dir. publ.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 : A Commentary*, vol. II (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), p. 41 et 42.

¹⁵¹ Par exemple, la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2354, n° 42279, p. 67, à la page 71, art. 1, par. e) ; la Convention sur la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique (Helsinki, 9 avril 1992, *ibid.*, vol. 1507, n° 25986, p. 166, à la page 169, art. 2, par. 2) ; le Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution provenant de sources et activités situées à terre (*ibid.*, vol. 1328, n° 22281, p. 105, à la page 121, art. 4, par. 1 b) ; le Protocole relatif à la protection du Pacifique du Sud-Est contre la pollution d'origine tellurique (Quito, 22 juillet 1983, *ibid.*, vol. 1648, n° 28327, p. 73, à la page 90, art. II c) ; et le Protocole sur la protection du milieu marin contre la pollution d'origine tellurique relatif à la Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution (Koweït, 21 février 1990, *ibid.*, vol. 2399, n° 17898, p. 3, à la page 40, art. III).

¹⁵² À la cinquante-huitième session du Comité de la protection du milieu marin, en 2008, l'OMI a ainsi adopté l'annexe VI modifiée de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (*ibid.*, vol. 1340, n° 22484, p. 61), qui porte notamment sur les émissions de SO_x et de NO_x. La Convention est à présent assortie de six annexes : l'annexe I, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les hydrocarbures (entrée en vigueur le 2 octobre 1983) ; l'annexe II, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les substances liquides nocives transportées en vrac (entrée en vigueur le 6 avril 1987) ; l'annexe III, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les substances nuisibles transportées par mer en colis, ou dans des conteneurs, des citernes mobiles, des camions-citernes ou des wagons-citernes (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1992) ; l'annexe IV, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les eaux usées des navires (entrée en vigueur le 27 septembre 2003) ; l'annexe V, sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les ordures des navires (entrée en vigueur le 31 décembre 1988) ; et l'annexe VI, sur les règles relatives à la prévention de la pollution de l'atmosphère par les navires (entrée en vigueur le 19 mai 2005).

¹⁵³ S. Karim, *Prevention of Pollution of the Marine Environment from Vessels : The Potential and Limits of the International Maritime Organization* (Dordrecht, Springer, 2015), p. 107 à 126 ; S. Karim et S. Alam, « Climate change and reduction of emissions of greenhouse gases from ships : an appraisal », *Asian Journal of International Law*, vol. 1 (2011), p. 131 à 148 ; Y. Shi, « Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution? », *Marine Pollution Bulletin*, vol. 113 (2016), p. 187 à 192 ; J. Harrison, « Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping » (2012), faculté de droit de l'Université d'Édimbourg, rapport de recherche n° 2012/12, p. 20. Disponible à l'adresse suivante : <https://ssrn.com/abstract=2037038>.

¹⁵⁴ « Étude analytique sur les liens entre les droits de l'homme et l'environnement », rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme (A/HRC/19/34), par. 15. Voir aussi la résolution 19/10 du Conseil des droits de l'homme, du 19 avril 2012, sur les droits de l'homme et l'environnement.

¹⁵⁵ Voir L. B. Sohn, « The Stockholm Declaration on the Human Environment » (note 23 *supra*), p. 451 à 455.

nature »¹⁵⁶. La Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance établit que la pollution atmosphérique a « une action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme » et dispose que les parties sont déterminées à « protéger l'homme et son environnement contre la pollution atmosphérique » d'une certaine magnitude¹⁵⁷. En ce qui concerne la dégradation atmosphérique, la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone dispose que les parties sont tenues de prendre des mesures appropriées pour « protéger la santé humaine » conformément aux dispositions de la Convention et des Protocoles auxquels elles sont parties¹⁵⁸. Dans le même ordre d'idées, la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques traite des effets néfastes des changements climatiques, parmi lesquels les effets nocifs significatifs que ces changements ont « sur la santé et le bien-être de l'homme¹⁵⁹ ».

11) Sont pertinents à cet égard les droits de l'homme que sont le droit à la vie¹⁶⁰, le droit au respect de la vie privée et familiale¹⁶¹, le droit à la propriété¹⁶² et les autres droits énoncés dans le onzième alinéa du préambule de l'Accord de Paris, qui est ainsi libellé :

Conscientes que les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière et que, lorsqu'elles prennent des mesures face à ces changements, les Parties devraient respecter, promouvoir et prendre en considération leurs obligations respectives concernant les droits de l'Homme, le droit à la santé, les droits des peuples autochtones, des communautés locales, des migrants, des enfants, des personnes handicapées et des personnes en situation vulnérable et le droit au développement, ainsi que l'égalité des sexes, l'autonomisation des femmes et l'équité entre les générations,

12) Lorsqu'un droit particulier lié à l'environnement, par exemple le droit à la santé, est consacré par une convention relative aux droits de l'homme, les tribunaux et organes conventionnels compétents le font respecter. Si l'on veut que le droit international des droits de l'homme contribue à la protection de l'atmosphère, il faut que certaines exigences de base soient respectées¹⁶³. Premièrement, étant donné que le droit international des droits de l'homme est fondé juridiquement sur le préjudice subi par les individus¹⁶⁴, il faut établir un lien direct entre la pollution ou la dégradation atmosphérique et la violation d'un droit protégé. Deuxièmement, les effets néfastes de la pollution ou la dégradation atmosphériques ne relèvent du droit international des droits de l'homme que lorsqu'ils atteignent un certain seuil. Ce seuil est relatif et dépend du contenu du droit invoqué et de l'ensemble des circonstances

¹⁵⁶ F. Francioni, « Principe 1 : human beings and the environment », dans J. E. Viñuales (dir. publ.) *The Rio Declaration on Environment and Development : A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2015), p. 93 à 106, aux pages 97 et 98.

¹⁵⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1302, n° 21623, p. 217, à la page 226, art. 1 et 2.

¹⁵⁸ *Ibid.*, vol. 1513, n° 26164, p. 293, à la page 326, art. 2.

¹⁵⁹ Art. 1.

¹⁶⁰ Art. 6 du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668, p. 171) ; art. 6 de la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant (New York, 20 décembre 1989, *ibid.*, vol. 1577, n° 27531, p. 3) ; art. 10 de la Convention de 2006 relative aux droits des personnes handicapées (New York, 20 décembre 2006, *ibid.*, vol. 2515, n° 44910, p. 3) ; art. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 (Rome, 4 novembre 1950, *ibid.*, vol. 213, n° 2889, p. 221 (ci-après la « Convention européenne des droits de l'homme ») ; art. 4 de la Convention américaine de 1969 relative aux droits de l'homme (San José, 22 novembre 1969, *ibid.*, vol. 1144, n° 14668, p. 171) ; et art. 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 (Nairobi, 27 juin 1981, *ibid.*, vol. 1520, n° 26363, p. 217).

¹⁶¹ Art. 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; et art. 11, par. 2, de la Convention américaine des droits de l'homme.

¹⁶² Art. 1 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme (*ibid.*, vol. 213, n° 2889, p. 221) ; art. 21 de la Convention américaine des droits de l'homme ; et art. 14 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Voir D. Shelton, « Human rights and the environment : substantive rights », dans Fitzmaurice, Ong et Merkouris (dir. publ.) *Research Handbook on International Environmental Law*, (note 21 *supra*), p. 265 à 283, aux pages 265 et 269 à 278.

¹⁶³ P.-M. Dupuy et J. E. Viñuales, *International Environmental Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015), p. 320 à 329.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 308 et 309.

pertinentes de l'affaire, tels que l'intensité et la durée de la nuisance et ses effets physiques ou mentaux. Troisièmement, et surtout, il faut établir un lien de cause à effet entre, d'une part, l'action ou l'omission de l'État et, d'autre part, la pollution ou la dégradation atmosphérique.

13) L'un des problèmes qui se posent en ce qui concerne la relation entre les règles de droit international relatives à l'atmosphère et les règles du droit international des droits de l'homme est que les unes et les autres n'ont pas le même champ d'application *ratione personae*. Si les règles de droit international relatives à l'atmosphère s'appliquent non seulement à l'État sur le territoire duquel se trouvent les victimes, mais aussi à l'État qui est à l'origine du préjudice, les traités relatifs aux droits de l'homme ne s'appliquent qu'aux personnes relevant de la juridiction d'un État¹⁶⁵. Partant, la situation dans laquelle une activité nocive pour l'environnement menée dans un État porte atteinte aux droits de personnes situées dans un autre État soulève la question de l'interprétation de la notion de « juridiction » dans le contexte des obligations relatives aux droits de l'homme. Aux fins de l'interprétation et de l'application de cette notion, on pourrait vouloir tenir compte de l'objet et du but des traités relatifs aux droits de l'homme. Dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour internationale de Justice a dit ce qui suit au sujet de la compétence extraterritoriale : « [S]i la compétence des États est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national. Compte tenu de l'objet et du but du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il apparaîtrait naturel que, même dans cette dernière hypothèse, les États parties au Pacte soient tenus d'en respecter les dispositions¹⁶⁶ ».

14) On voudra peut-être prendre en considération la pertinence du principe de la non-discrimination. Certains auteurs soutiennent qu'il n'est pas raisonnable de penser que le droit international des droits de l'homme ne couvre pas la pollution atmosphérique et la dégradation de l'environnement à l'échelle mondiale et que la loi ne protège que les victimes de pollution intrafrontières. Selon eux, le principe de la non-discrimination exige de l'État responsable qu'il traite la pollution atmosphérique transfrontière et la dégradation atmosphérique mondiale comme si elles survenaient sur son territoire¹⁶⁷. De surcroît, si et dans la mesure où les normes pertinentes du droit des droits de l'homme ont une portée extraterritoriale¹⁶⁸, elles pourraient être considérées comme venant recouper les normes environnementales relatives à la protection de l'atmosphère, notamment celles qui se rapportent à la diligence requise (projet de directive 3), à l'évaluation de l'impact sur l'environnement (projet de directive 4), à l'utilisation durable de l'atmosphère (projet de directive 5), à l'utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère (projet de directive 6) et à la coopération internationale (projet de directive 8), ce qui permettrait d'interpréter et d'appliquer ces deux corpus de manière harmonieuse.

15) À la différence du paragraphe 1, qui porte sur la détermination, l'interprétation et l'application des règles existantes, le paragraphe 2 concerne l'élaboration de nouvelles règles par les États. Il traduit une volonté générale d'encourager les États qui mènent des négociations aux fins de la définition de nouvelles règles à tenir compte du fait que les règles

¹⁶⁵ Art. 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; art. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; et art. 1 de la Convention américaine des droits de l'homme. Voir A. Boyle, « Human rights and the environment : where next? », *European Journal of International Law*, vol. 23 (2012), p. 613 à 642, aux pages 633 à 641.

¹⁶⁶ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2004, p. 136, à la page 179, par. 109.

¹⁶⁷ Boyle, « Human rights and the environment ... » (voir *supra* la note 165), p. 639 et 640.

¹⁶⁸ B. Simma et P. Alston, « Sources of human rights law : custom, *jus cogens* and general principles », *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1988), p. 82 à 108 ; V. Dimitrijevic, « Customary law as an instrument for the protection of human rights », document de travail n° 7 (Milan, Istituto Per Gli Studi Di Politica Internazionale (ISPI), 2006), p. 3 à 30 ; B. Simma, « Human rights in the International Court of Justice : are we witnessing a sea change ? », dans D. Alland *et al.* (dir. publ.), *Unity and Diversity of International Law : Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy* (Leyde, Martinus Nijhoff, 2014), p. 711 à 737 ; et H. Thirlway, « International law and practice : human rights in customary law : an attempt to define some of the issues », *Leyde Journal of International Law*, vol. 28 (2015), p. 495 à 506.

du droit international relatif à l'atmosphère et les autres règles de droit international sont liées les unes aux autres en ce qu'elles font partie d'un seul et même système juridique.

16) Le paragraphe 3 concerne le sort des personnes placées dans une situation de vulnérabilité du fait de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. Il a été formulé pour faire expressément mention de ces deux fléaux. La référence aux paragraphes 1 et 2 renvoie à la « détermination, l'interprétation et l'application » des règles applicables ainsi qu'à « l'élaboration » de nouvelles règles. Le membre de phrase « devraient prêter une attention particulière aux personnes et aux groupes particulièrement vulnérables à la pollution et la dégradation atmosphériques » souligne qu'il faut accorder une grande importance à la situation de ces personnes et groupes au regard des deux aspects du présent sujet, à savoir la « pollution atmosphérique » et la « dégradation atmosphérique ». Il n'a pas été jugé utile de faire référence aux « droits de l'homme », ni même à des « droits » ou des « intérêts légitimes ».

17) La deuxième phrase du paragraphe 3 donne des exemples de groupes susceptibles de se trouver en situation de vulnérabilité face à la pollution et à la dégradation atmosphériques. L'Organisation mondiale de la Santé a estimé que toutes les populations seraient concernées par les changements climatiques mais, dans un premier temps, les risques sanitaires entraînés par ces changements varieraient sensiblement selon les régions et le mode de vie, les populations des régions côtières, notamment des petits États insulaires en développement, et celles des mégapoles et des régions montagneuses et polaires étant particulièrement vulnérables, pour des raisons différentes¹⁶⁹. La lutte contre la pollution atmosphérique figure parmi les objectifs de développement durable adoptés par l'Assemblée générale dans le cadre du Programme de développement durable à l'horizon 2030, les cibles 3.9 et 11.6 consistant en particulier à réduire nettement le nombre de décès et de maladies dus à cette pollution et à accorder une attention particulière à la qualité de l'air dans les villes¹⁷⁰.

18) Les termes « peuvent inclure, *inter alia* » employés dans la deuxième phrase du paragraphe 3 indiquent que les exemples donnés ne constituent pas nécessairement une liste exhaustive. Ainsi qu'il ressort du rapport issu du Sommet mondial des peuples autochtones sur les changements climatiques, les peuples autochtones sont les plus vulnérables aux changements climatiques car ils vivent dans les régions les plus touchées par ces changements et sont en général tout particulièrement désavantagés sur le plan socioéconomique¹⁷¹. Les populations des pays les moins développés sont elles aussi particulièrement à risque en ce qu'elles vivent souvent dans la pauvreté extrême, sans accès aux infrastructures de base et à une protection médicale et sociale adéquate¹⁷². Quant aux populations des zones de faible élévation et des petits États insulaires en développement touchés par l'élévation du niveau de la mer, elles sont exposées au risque de diminution de la surface terrestre, qui pourrait entraîner leur déplacement voire, dans certains cas, leur migration forcée. Dans le droit fil du préambule de l'Accord de Paris, on considérera comme particulièrement vulnérables non seulement les groupes expressément mentionnés au paragraphe 3 du projet de directive 9, mais aussi les populations locales, les migrants, les

¹⁶⁹ Organisation mondiale de la Santé, *Protecting Health from Climate Change : Connecting Science, Policy and People* (Genève, 2009), p. 2.

¹⁷⁰ Voir B. Lode, P. Schönberger et P. Toussaint, « Clean air for all by 2030 ? Air quality in the 2030 Agenda and in international law », *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 25 (2016), p. 27 à 38. Voir aussi les indicateurs correspondant à ces cibles définis en 2016 (3.9.1 : taux de mortalité attribuable à la pollution de l'air dans les habitations et à la pollution de l'air ambiant ; et 11.6.2 : niveau moyen annuel de particules fines dans les villes, pondéré en fonction du nombre d'habitants).

¹⁷¹ Rapport du Sommet mondial des peuples autochtones sur le changement climatique tenu à Anchorage (Alaska) du 20 au 24 avril 2009, p. 12. Voir R. L. Barsh, « Indigenous peoples », dans Bodansky *et al.*, *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (note 21 *supra*), p. 829 à 852 ; B. Kingsbury, « Indigenous peoples », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. V, p. 116 à 133 ; et H. A. Strydom, « Environment and indigenous peoples », dans *ibid.*, vol. III, p. 455 à 461.

¹⁷² Plan d'action du Groupe de la Banque mondiale sur les changements climatiques, 7 avril 2016, par. 104, disponible à l'adresse suivante <http://pubdocs.worldbank.org/en/677331460056382875/WBG-Climate-Change-Action-Plan-public-version.pdf>.

femmes, les enfants, les personnes handicapées et les personnes âgées, souvent gravement touchées par la pollution et la dégradation atmosphériques¹⁷³.

Directive 10

Mise en œuvre

1. La mise en œuvre en droit interne des obligations de droit international relatives à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique, y compris celles énoncées dans le présent projet de directives, peut s'accomplir par les voies législative, administrative, judiciaire et par d'autres voies.
2. Les États devraient s'efforcer de donner effet aux recommandations formulées dans le présent projet de directives.

Commentaire

- 1) Le projet de directive 10 porte sur la mise en œuvre en droit interne des obligations de droit international relatives à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique, le contrôle du respect de ces obligations au niveau international étant traité dans le projet de directive 11. Ces deux projets de directives sont interdépendants. Dans le projet de directive 10, le terme « mise en œuvre » s'applique aux mesures que les États sont susceptibles d'adopter pour donner effet aux dispositions conventionnelles au niveau national, notamment pour les transposer en droit interne¹⁷⁴.
- 2) Les deux paragraphes du projet de directive concernent respectivement les obligations existantes au regard du droit international et les recommandations figurant dans le projet de directives.
- 3) Les termes « mise en œuvre en droit interne » renvoient aux mesures que les parties sont susceptibles de prendre, conformément à leur constitution et à leur droit interne, pour donner effet aux obligations internationales au niveau national¹⁷⁵. La mise en œuvre en droit interne peut s'accomplir de différentes manières, y compris par « les voies législative, administrative, judiciaire et par d'autres voies ». La forme verbale « peut » reflète le caractère discrétionnaire de cette disposition. L'expression « voie administrative » a été préférée à « voie exécutive », parce qu'elle a une portée plus large, recouvrant la possibilité d'une mise en œuvre à des niveaux inférieurs de l'administration de l'État. Les termes « d'autres voies » englobent toutes les autres formes de mise en œuvre en droit interne. Les termes « mise en

¹⁷³ Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a formulé une recommandation générale sur « les aspects de la réduction des risques de catastrophe et des changements climatiques ayant trait à la problématique hommes-femmes », voir www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx. Ce sont généralement les femmes et les enfants, ainsi que les personnes âgées et les personnes handicapées, qui sont considérés comme des personnes vulnérables. Voir Organisation mondiale de la Santé, *Protecting Health from Climate Change* [...] (note 169 *supra*) et le plan d'action du Groupe de la Banque mondiale sur les changements climatiques (note 172 *supra*). La Convention interaméricaine de 2015 sur la protection des droits de l'homme des personnes âgées (*Assemblée générale de l'Organisation des États américains, quarante-cinquième session ordinaire, Actes*, vol. I (OEA/Ser.P/XLV-O.2), p. 11 à 38) dispose, en son article 25 (droit à un environnement sain) que « [I]es personnes âgées ont le droit de vivre dans un environnement sain et d'avoir accès aux services publics de base. À cette fin, les États parties adoptent des mesures appropriées pour protéger et promouvoir l'exercice de ce droit, notamment : a) pour favoriser l'épanouissement des personnes âgées au maximum de leur potentiel, en harmonie avec la nature ; b) pour assurer l'accès des personnes âgées, dans des conditions d'égalité avec les autres personnes, aux services publics de base en matière d'eau potable et d'assainissement, entre autres ». [Traduction non officielle.]

¹⁷⁴ Voir, de manière générale, P. Sands et J. Peel, avec A. Fabra et R. MacKenzie, *Principles of International Environmental Law*, 4^e éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2018), p. 146 à 196 ; E. Brown Weiss et H. K. Jacobson (dir. publ.), *Engaging Countries : Strengthening Compliance with International Environmental Accords* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998), voir « A framework for analysis », p. 1 à 18, à la page 4.

¹⁷⁵ C. Redgwell, « National implementation », dans Bodansky *et al.*, *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (voir *supra* la note 21), p. 923 à 947.

œuvre en droit interne » concernent aussi les obligations faites à des organisations régionales telles que l'Union européenne¹⁷⁶.

4) Le terme « obligations » employé au paragraphe 1 renvoie non pas à de nouvelles obligations incombant aux États, mais aux obligations que le droit international fait déjà à ceux-ci. C'est pourquoi le membre de phrase « y compris [les obligations] énoncées dans le présent projet de directives » a été retenu, la formule « énoncées dans » visant à souligner que le projet de directives ne crée pas en soi de nouvelles obligations et ne traite pas de manière exhaustive des différents aspects du sujet.

5) Les projets de directive renvoient aux obligations relatives à la protection de l'atmosphère contre la pollution et la dégradation atmosphériques que le droit international met à la charge des États, à savoir l'obligation de protéger l'atmosphère (projet de directive 3), l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement (projet de directive 4) et l'obligation de coopérer (projet de directive 8)¹⁷⁷. Ces obligations étant imposées aux États, il est clair qu'elles doivent être fidèlement mises en œuvre.

6) La référence aux « recommandations formulées dans le présent projet de directives », au paragraphe 2, vise à distinguer ces recommandations des obligations visées au paragraphe 1. Le terme « recommandations » a été jugé approprié parce qu'il était cohérent avec le fait que, dans le texte anglais des projets de directive, c'est l'auxiliaire « *should* » (devrait/devraient/il convient de) qui est utilisé¹⁷⁸. Ce choix est sans préjudice de tout contenu normatif qu'ont les projets de directive en droit international. Le paragraphe 2 dispose que les États devraient s'efforcer de suivre les pratiques recommandées dans le projet de directives.

7) De surcroît, même si les États ont parfois recours à l'application extraterritoriale du droit interne dans la mesure où elle est autorisée en droit international¹⁷⁹, il n'a pas été jugé nécessaire d'aborder la question aux fins du présent projet de directives¹⁸⁰. Il a été considéré que l'application extraterritoriale du droit interne par un État donné soulevait diverses questions complexes lourdes de conséquences sur les autres États et sur les relations interétatiques.

¹⁷⁶ Voir L. Krämer, « Regional economic integration organizations : the European Union as an example », dans Bodansky *et al.*, *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (note 21 *supra*), p. 854 à 877 (sur la mise en œuvre, p. 868 à 870).

¹⁷⁷ Même l'obligation de coopérer suppose parfois une mise en œuvre en droit interne. Selon le paragraphe 2 du projet de directive 8, « [c]ette coopération pourra prendre la forme d'un échange d'informations et d'un suivi conjoint », ce qui nécessite généralement une législation nationale d'application.

¹⁷⁸ Voir, par exemple, les projets de directives 5, 6, 7, 9 et 12 (par. 2).

¹⁷⁹ Parmi les précédents concernant l'application extraterritoriale du droit interne, on peut citer : a) les affaires *Thon-Dauphin* dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (L'« application extrajuridictionnelle » de la loi des États-Unis sur la protection des mammifères marins ne relève pas des exceptions visées à l'article XX de l'Accord général, rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, DS21/R-39S/155, 3 septembre 1991 (affaire *Thon-Dauphin I*, rapport non adopté), par. 5.27 à 5.29 ; Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, DS29/R, 16 juin 1994 (affaire *Thon-Dauphin II*, rapport non adopté), par. 5.32) ; b) l'affaire *Essence* dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (Sur l'application extraterritoriale de la loi des États-Unis relative à la lutte contre la pollution atmosphérique, OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 22 avril 1996) ; c) l'arrêt de la Cour de justice européenne, *Air Transport Association of America et autres v. Secretary of State for Energy and Climate*, 21 décembre 2011 (Sur l'application extraterritoriale de la directive 2008/101/CE relative aux activités aériennes dans l'Union européenne) ; d) la loi singapourienne de 2014 sur la pollution transfrontière par le smog, qui prévoit une compétence extraterritoriale fondée sur le « principe territorial objectif » (Parlement singapourien, *Official Reports*, n° 12, session 2, 4 août 2014, par. 5 et 6). Voir Murase, « Perspectives from international economic law on transnational environmental issues » (note 143 *supra*), p. 349 à 372.

¹⁸⁰ Voir le cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/711), par. 31.

Directive 11

Contrôle du respect

1. Les États sont tenus de respecter leurs obligations en vertu du droit international relatives à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique de bonne foi, y compris par le respect des règles et procédures prévues dans les accords pertinents auxquels ils sont parties.

2. Pour assurer le contrôle du respect, des procédures de facilitation ou d'exécution peuvent être utilisées, selon qu'il convient, conformément aux accords pertinents :

a) Les procédures de facilitation peuvent notamment consister à fournir une assistance aux États, en cas de non-respect, de manière transparente, non accusatoire et non punitive, afin que les États concernés s'acquittent de leurs obligations en vertu du droit international, compte tenu de leurs capacités et de leurs conditions particulières ;

b) Les procédures d'exécution peuvent notamment consister à mettre en garde contre une situation de non-respect, à supprimer les droits et privilèges que leur confèrent les accords pertinents, ainsi qu'à imposer d'autres formes de mesures d'exécution.

Commentaire

1) Le projet de directive 11, qui vient compléter le projet de directive 10 concernant la mise en œuvre en droit interne, porte sur le contrôle du respect des engagements au niveau international. L'expression « contrôle du respect » n'est pas toujours employée uniformément dans les instruments internationaux ou dans la doctrine. Dans le présent projet de directive, elle renvoie à des dispositifs ou des procédures institués au niveau international pour vérifier que les États respectent bien les obligations conventionnelles ou les autres règles de droit international mises à leur charge.

2) Le paragraphe 1 reflète, en particulier, le principe *pacta sunt servanda*. L'emploi de l'expression « obligations en vertu du droit international » relativement à la protection de l'atmosphère a pour but d'harmoniser le libellé du paragraphe 1 avec la formulation adoptée dans l'ensemble du projet de directives. De surcroît, il a été considéré que le caractère général de cette expression rendait mieux compte du fait que les règles conventionnelles constituant des obligations peuvent, dans certains cas, lier uniquement les parties aux accords pertinents et, dans d'autres, venir codifier ou cristalliser des règles de droit international coutumier ou donner naissance à une pratique générale acceptée comme étant le droit¹⁸¹, engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier et, partant, emportant des effets juridiques pour les États non parties. L'emploi des termes « accords pertinents » auxquels les États sont parties vise à éviter de limiter la portée de la disposition aux accords multilatéraux relatifs à l'environnement, sachant que les obligations dont il est question peuvent résulter d'autres instruments¹⁸². En outre, de par son caractère général, le paragraphe 1 fait fonction d'introduction du paragraphe 2.

3) Le paragraphe 2 concerne les procédures de facilitation ou d'exécution pouvant être utilisées par les dispositifs de contrôle¹⁸³. Le libellé du membre de phrase introductif, « [p]our

¹⁸¹ Voir la conclusion 11 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier et le commentaire y relatif, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, chap. V, p. 152 à 155.

¹⁸² Dans le cadre de cette prise en compte de la pratique des États seraient inclus par exemple les accords commerciaux multilatéraux, régionaux ou autres qui peuvent comprendre des dispositions relatives à la protection de l'environnement, y compris des dispositions prévoyant des exceptions, comme l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, ou même ce que l'on appelle des « accords environnementaux annexes », comme l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement.

¹⁸³ De nombreux accords environnementaux multilatéraux relatifs à la protection de l'atmosphère prévoient des procédures applicables en cas de non-respect de leurs dispositions, notamment : a) la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance et ses Protocoles

assurer le contrôle du respect », reprend la formulation employée dans les accords en vigueur régissant les dispositifs de contrôle. La tournure « peuvent être utilisées, selon qu'il convient » reflète la diversité des situations et des contextes dans lesquels des procédures de facilitation ou d'exécution peuvent être engagées pour favoriser le respect des obligations. La conjonction disjonctive « ou » indique que les procédures de facilitation et les procédures d'exécution peuvent être considérées comme deux options distinctes par l'organe compétent créé en vertu de l'accord en question. L'expression « conformément aux accords pertinents », placée à la fin de la phrase introductive, vise à souligner que les procédures de facilitation ou d'exécution sont celles prévues par les accords auxquels les États sont parties et doivent être menées conformément aux accords en vigueur.

4) Outre la phrase introductive, le paragraphe 2 comprend deux alinéas, a) et b). Dans ces deux alinéas, la forme verbale « peuvent » a été placée avant « notamment consister à » afin de donner aux États et à l'organe conventionnel compétent une marge d'appréciation pour ce qui est d'engager les procédures de facilitation ou d'exécution existantes.

5) L'alinéa a) emploie les termes « en cas de non-respect¹⁸⁴ » et « les États concernés », évitant la tournure « États manquant à leurs obligations ». Les procédures de facilitation peuvent consister à fournir une « assistance » aux États, car certains peuvent être disposés à se conformer à leurs obligations, mais être incapables de le faire faute de moyens. La facilitation est donc apportée de manière transparente, non accusatoire et non punitive, dans l'objectif d'aider les États concernés à s'acquitter des obligations mises à leur charge par le droit international¹⁸⁵. La précision contenue dans la dernière partie de la phrase, « compte tenu de leurs capacités et de leurs conditions particulières », a été jugée nécessaire compte tenu du fait que les pays en développement et les pays les moins avancés se heurtent souvent à des problèmes particuliers dans l'exécution de leurs obligations en matière de protection de l'environnement. Ces problèmes tiennent surtout à un manque général de moyens, qui peut parfois être atténué par un appui extérieur aidant les pays en question à renforcer leurs capacités et ainsi à mieux s'acquitter des obligations que leur fait le droit international.

6) L'alinéa b) traite des procédures d'exécution, qui peuvent notamment consister à mettre en garde contre une situation de non-respect, à supprimer les droits et privilèges que confèrent aux parties les accords pertinents et à imposer d'autres formes de mesures

ultérieurs : voir E. Milano, « Procedures and mechanisms for review of compliance under the 1979 Long-Range Transboundary Air Pollution Conventions and its Protocols », dans T. Treves *et al.* (dir. publ.), *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements* (La Haye, T.M.C. Asser Press, 2009), p. 169 à 180 ; b) le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1522, n° 26369, p. 3, et UNEP/OzL.Pro.4/15) ; F. Lesniewska, « Filling the holes : the Montreal Protocol's non-compliance mechanisms », dans Fitzmaurice, Ong et Merkouris (dir. publ.), *Research Handbook on International Environmental Law* (voir *supra* la note 21), p. 471 à 489 ; c) la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière ; d) le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et la décision 24/CP.7 (FCCC/CP/2001/13/Add.3) ; J. Brunnée, « Climate change and compliance and enforcement processes », dans R. Rayfuse et S. V. Scott (dir. publ.), *International Law in the Era of Climate Change* (Cheltenham, Edward Elgar, 2012), p. 290 à 320 ; e) l'Accord de Paris ; D. Bodansky, « The Paris Climate Change Agreement : a new hope ? », *American Journal of International Law*, vol. 110 (2016), p. 288 à 319.

¹⁸⁴ La formule est inspirée de l'article 8 du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, qui emploie l'expression « Parties contrevenantes » (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1522, n° 26369, p. 48).

¹⁸⁵ M. Koskeniemi, « Breach of treaty or non-compliance ? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), p. 123 à 162 ; D. G. Victor, « The operation and effectiveness of the Montreal Protocol's non-compliance procedure », dans Victor, K. Raustiala et E. B. Skolnikoff (dir. publ.), *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments : Theory and Practice* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998), p. 137 à 176 ; O. Yoshida, *The International Legal Regime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer* (La Haye, Kluwer Law International, 2001), p. 178 et 179 ; Dupuy et Viñuales, *International Environmental Law* (voir *supra* la note 163), p. 285 et suiv.

d'exécution¹⁸⁶. À la différence des procédures de facilitation, les procédures d'exécution visent à assurer le respect des obligations en sanctionnant l'État. À la fin de la phrase, les termes « mesures d'exécution » ont été préférés à celui de « sanctions », qui peut avoir une connotation négative. Les procédures d'exécution visées à l'alinéa b) ne doivent pas être comprises comme faisant référence à la responsabilité internationale des États, et devraient donc être adoptées uniquement dans le but de ramener les États qui ne le font pas à respecter les obligations qui leur sont faites conformément aux accords pertinents auxquels ils sont parties, visés dans la phrase introductive du paragraphe 2¹⁸⁷.

Directive 12

Règlement des différends

1. Les différends entre États relatifs à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique doivent être réglés par des moyens pacifiques.
2. Ces différends pouvant présenter une grande complexité factuelle et une dimension scientifique marquée, une attention toute particulière devrait être accordée au recours à des experts scientifiques et techniques.

Commentaire

1) Le projet de directive 12 concerne le règlement des différends. Son paragraphe 1 énonce l'obligation générale faite aux États de régler leurs différends par des moyens pacifiques. Les termes « entre États » viennent préciser que les différends visés dans ce paragraphe sont les différends interétatiques. Si le paragraphe ne fait pas référence au paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, l'intention n'est pas pour autant de minimiser l'importance des divers moyens de règlement pacifique des différends énumérés dans cet article, notamment la négociation, l'enquête, la médiation, la conciliation, l'arbitrage, le règlement judiciaire et le recours à tous autres moyens pacifiques pouvant avoir la préférence des États concernés, ni l'importance du principe du choix des moyens de règlement¹⁸⁸. Le paragraphe 1 n'est pas destiné à interférer avec les dispositions relatives au règlement des différends établies par les régimes conventionnels, qui conservent leurs modalités de fonctionnement, ni à s'y substituer. Son objectif principal est de réaffirmer le principe du règlement pacifique des différends¹⁸⁹ et de servir de base au paragraphe 2.

2) La première partie du paragraphe 2 tient compte du fait que les différends liés à la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique peuvent présenter une « grande complexité factuelle » et une « dimension scientifique marquée ». Si, d'un côté, le développement progressif du droit international

¹⁸⁶ G. Ulfstein et J. Werksman, « The Kyoto compliance system : towards hard enforcement », dans O. Schram Stokke, J. Hovi et G. Ulfstein (dir. publ.), *Implementing the Climate Change Regime : International Compliance* (Londres, Earthscan, 2005), p. 39 à 62 ; S. Urbinati, « Procedures and mechanisms relating to compliance under the 1997 Kyoto Protocol to the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change », dans Treves *et al.*, *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements* (voir *supra* la note 183), p. 63 à 84 ; S. Murase, « International lawmaking for the future framework on climate change : a WTO/GATT model », dans Murase, *International Law : An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (voir *supra* la note 143), p. 173 et 174.

¹⁸⁷ G. Loibl, « Compliance procedures and mechanisms », dans Fitzmaurice, Ong et Merkouris (dir. publ.), *Research Handbook on International Environmental Law* (note 21 *supra*), p. 426 à 449, aux pages 437 à 439.

¹⁸⁸ C. Tomuschat, « Article 33 », dans B. Simma *et al.* (dir. publ.), *The Charter of the United Nations : A Commentary*, 3^e éd., vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 1069 à 1085 ; H. Ascensio, « Article 33 », dans J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau (dir. publ.), *La Charte des Nations Unies*, 3^e éd. (Economica, 2005), p. 1047 à 1060.

¹⁸⁹ N. Klein, « Settlement of international environmental law disputes », dans Fitzmaurice, Ong et Merkouris (dir. publ.), *Research Handbook on International Environmental Law* (note 21 *supra*), p. 379 à 400 ; C. P. R. Romano, « International dispute settlement », dans Bodansky *et al.*, *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (note 21 *supra*), p. 1037 à 1056.

relatif à la protection de l'atmosphère s'est largement appuyé sur la science¹⁹⁰, de l'autre, ces dernières années, le règlement des différends internationaux a nécessité l'examen de questions scientifiques et techniques plus complexes qu'avant. Ainsi, les juridictions internationales ont été de plus en plus amenées à connaître d'affaires reposant sur des éléments de preuve d'une nature hautement technique et scientifique¹⁹¹. Comme en témoigne l'expérience acquise dans le domaine des différends interétatiques relatifs à l'environnement, il est souvent nécessaire, pour apprécier ce type d'éléments, de disposer de connaissances spécialisées permettant de replacer l'objet du litige dans son contexte ou d'en saisir pleinement la portée.

3) Les affaires de droit international de l'environnement nécessitant l'examen de questions scientifiques pointues dont la Cour internationale de Justice a récemment été saisie¹⁹² font apparaître, directement ou indirectement, que le règlement des différends relatifs

¹⁹⁰ Voir S. Murase, « Scientific knowledge and the progressive development of international law : with reference to the ILC topic on the protection of the atmosphere », dans J. Crawford *et al.* (dir. publ.), *The International Legal Order : Current Needs and Possible Responses : Essays in Honour of Djamchid Momtaz* (Leyde, Brill Nijhoff, 2017), p. 41 à 52.

¹⁹¹ Voir le discours prononcé le 28 octobre 2016 par le Président de la Cour internationale de Justice, Ronny Abraham, devant la Sixième Commission (sur les affaires relatives au droit international de l'environnement devant la Cour) (disponible à l'adresse suivante : www.icj-cij.org/en/statements-by-the-president) ; et celui prononcé par le Président Tomka, « The ICJ in the service of peace and justice – words of welcome by President Tomka », le 27 septembre 2013 (disponible à l'adresse suivante : <https://www.icj-cij.org/en/statements-by-the-president>). Voir aussi E. Valencia-Ospina, « Evidence before the International Court of Justice », *International Law, Forum du droit international*, vol. 1 (1999), p. 202 à 207 ; A. Riddell, « Scientific evidence in the International Court of Justice – problems and possibilities », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 20 (2009), p. 229 à 258 ; B. Simma, « The International Court of Justice and scientific expertise », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 106 (2012), p. 230 à 233 ; A. Riddell et B. Plant, *Evidence Before the International Court of Justice* (Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2009), chap. 9 ; G. Niyungeko, *La preuve devant les juridictions internationales* (Bruxelles, Bruylant, 2005).

¹⁹² Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) (voir *supra* la note 84) et celle des *Usines de pâte à papier* (2010) (voir *supra* la note 79), les parties ont suivi la méthode habituelle de présentation des éléments de preuve et eu recours à des conseils-experts. Toutefois, ceux-ci étaient des scientifiques et non des avocats. Leur expertises ont été versées au dossier, ce qui a soulevé la critique de certains juges (*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt, opinion individuelle de M. le juge Greenwood, par. 27 et 28, et opinion dissidente commune de MM. les juges Al-Khasawneh et Simma, par. 6) et commentateurs. Dans l'affaire des *Épandages aériens d'herbicides* (retirée du rôle en 2013) (*Épandages aériens d'herbicides (Équateur c. Colombie)*, ordonnance du 13 septembre 2013, *C.I.J. Recueil 2013*, p. 278), celle de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (2014) (*Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; New Zélande (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2014*, p. 226) et celle de la *Construction d'une route* (2015) (voir *supra* la note 58), les parties ont désigné des experts indépendants qui, dans les deux derniers cas, ont été contre-interrogés, ce qui a donné à leur déposition davantage de poids que s'ils étaient intervenus en qualité de conseils-experts. Dans aucune de ces affaires, la Cour n'a désigné ses propres experts, comme elle aurait pu le faire conformément à l'article 50 de son statut. Ce n'est que dans l'affaire de la *Délimitation maritime*, qui ne concerne toutefois pas en soi le droit de l'environnement, qu'elle a eu recours à cette pratique (*Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2018*, p. 139). Si elle y fait parfois référence en des termes abstraits, la Cour internationale de Justice évite généralement de s'étendre sur la question du critère de preuve, se laissant le soin de l'apprécier souverainement. Dans les affaires dans lesquelles elle est amenée à apprécier des éléments factuels et techniques complexes, comme celles qui concernent des questions de droit de l'environnement, il peut arriver qu'elle applique au critère moins rigoureux, s'il convient, et se prononce après avoir simplement apprécié les éléments présentés par les parties. Voir, par exemple, l'opinion individuelle du juge Greenwood concernant l'arrêt *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (par. 26), dans laquelle il est dit que, en pareilles affaires, la partie à qui incombe la charge de la preuve n'est tenue d'établir les faits qu'elle avance « qu'en termes de probabilité la plus forte (on parle parfois de prééminence de la preuve) ». Voir aussi K. Del Mar, « The International Court of Justice and standards of proof », dans K. Bannelier, T. Christakis et S. Heathcote (dir. publ.), *The ICJ and the Evolution of International Law: the enduring impact of the Corfu Channel case*

à la protection de l'atmosphère a des caractéristiques propres. C'est pourquoi, comme il est souligné au paragraphe 2, « une attention toute particulière » doit être accordée au recours à des experts scientifiques et techniques¹⁹³. Ce paragraphe a essentiellement pour objet de mettre l'accent sur le recours aux experts scientifiques et techniques dans le contexte du règlement, judiciaire ou autre, des différends interétatiques¹⁹⁴.

4) Pour ce projet de directive, la Commission a toutefois décidé de s'en tenir à une formulation simple et de ne pas traiter d'autres questions éventuellement pertinentes, comme, les principes *jura novit curia* (le juge connaît le droit) et *non ultra petita* (ne pas accorder plus que ce qui est demandé)¹⁹⁵.

(Abingdon, Routledge, 2012), p. 98 à 123, aux pages 99 et 100 ; A. Rajput, « Standard of proof », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (actualisé en 2021).

¹⁹³ Voir D. Peat, « The use of court-appointed experts by the International Court of Justice », *British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014), p. 271 à 303 ; J. G. Devaney, *Fact-finding before the International Court of Justice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2016) ; C. E. Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals : Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (Cambridge, Cambridge University Press, 2011), p. 77 à 135 ; Special edition on courts and tribunals and the treatment of scientific issues, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3 (2012) ; C. Tams, « Article 50 » et « Article 51 », dans A. Zimmermann *et al.* (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 1287 à 1311 ; C. E. Foster, « New clothes for the emperor ? Consultation of experts by the International Court of Justice », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5 (2014), p. 139 à 173 ; J. E. Viñuales, « Legal techniques for dealing with scientific uncertainty in environmental law », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43 (2010), p. 437 à 504, aux pages 476 à 480 ; G. Gaja, « Assessing expert evidence in the ICJ », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (2016), p. 409 à 418.

¹⁹⁴ Il faut rappeler que les modes judiciaires et non judiciaires de règlement des différends sont étroitement liés. Lorsque le différend porte sur l'environnement et en particulier sur la protection de l'atmosphère, même au stade des négociations initiales, les États doivent souvent disposer de preuves scientifiques solides pour étayer leurs prétentions. Autrement dit, la négociation n'est jamais très loin du règlement juridictionnel.

¹⁹⁵ Selon le principe *jura novit curia*, la Cour peut en principe appliquer toute règle de droit pertinente aux faits dont elle est saisie et a toute latitude pour apprécier les éléments de preuve et en tirer des conclusions (dès lors qu'elle se conforme au principe *non ultra petita*). Parce qu'elle a le pouvoir de dire le droit, elle doit suffisamment comprendre le sens de chaque point technique. Voir le discours du juge Abdulqawi Yusuf, Président de la Cour internationale de Justice, sur le recours à des experts désignés par la Cour en vertu de l'article 50 du Statut, prononcé devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale le 26 octobre 2018 (disponible à l'adresse suivante : www.icj-cij.org/en/statements-by-the-president). La frontière entre le « fait » et le « droit » est souvent floue (M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues : A Study on Evidence before International Tribunals* (La Haye, Kluwer Law International, 1996), p. 42 à 49. Les questions scientifiques sont décrites par certains commentateurs comme « des questions mélangées de droit et de fait » (par exemple, C. F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2005), p. 58), qu'il est difficile de ranger dans l'une ou l'autre catégorie. Le juge Yusuf a estimé dans la déclaration qu'il a faite dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* que les experts avaient pour rôle d'élucider les faits et de vérifier la validité scientifique des méthodes utilisées pour établir certains faits ou recueillir des données, tandis qu'il appartenait à la Cour d'évaluer la force probante des faits (*Usines de pâte à papier* (note 79 *supra*), Déclaration du juge Yusuf, par. 10). Voir aussi Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals : Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (note 193 *supra*), p. 145 à 147.

Chapitre V

Application à titre provisoire des traités

A. Introduction

41. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet intitulé « Application provisoire des traités » (ultérieurement renommé « Application à titre provisoire des traités ») et a désigné M. Juan Manuel Gómez Robledo Rapporteur spécial pour ce sujet¹⁹⁶. Dans sa résolution 67/92, en date du 14 décembre 2012, l'Assemblée générale a pris note avec satisfaction de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

42. La Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial à sa soixante-cinquième session (2013), le deuxième rapport à sa soixante-sixième session (2014), le troisième rapport à sa soixante-septième session (2015), le quatrième rapport à sa soixante-huitième session (2016) et le cinquième rapport à sa soixante-dixième session (2018)¹⁹⁷. De surcroît, trois études du secrétariat lui ont été soumises, à ses soixante-cinquième (2013), soixante-septième (2015) et soixante-neuvième (2017) sessions¹⁹⁸. À sa soixante-dixième session, sur la base du projet de directives proposé par le Rapporteur spécial dans ses troisième, quatrième et cinquième rapports, la Commission a provisoirement adopté, en première lecture, 12 projets de directive formant le projet de Guide de l'application à titre provisoire des traités, ainsi que les commentaires y relatifs¹⁹⁹.

B. Examen du sujet à la présente session

43. À la présente session, la Commission était saisie du sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/738) ainsi que des commentaires et observations reçus des États et des organisations internationales (A/CN.4/737). Dans son rapport, le Rapporteur spécial a examiné les commentaires et observations reçus des États et des organisations internationales au sujet du projet de Guide adopté en première lecture et de plusieurs projets de clause type qu'il avait proposés à la Commission à sa soixante et onzième session (2019)²⁰⁰. À la lumière de ces commentaires et observations, il a fait des propositions destinées à être étudiées au stade de la seconde lecture, et a formulé une recommandation à l'intention de l'Assemblée générale.

44. À sa 3514^e séance et ses 3516^e à 3522^e séances, du 4 au 14 mai 2021, la Commission a examiné le sixième rapport du Rapporteur spécial.

45. À l'issue du débat consacré au rapport et compte tenu des vues échangées, à sa 3522^e séance, le 14 mai 2021, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 1 à 12 et les cinq projets de clause type contenus dans le sixième rapport du Rapporteur spécial.

46. À sa 3530^e séance, le 3 juin 2021, la Commission a examiné un rapport intermédiaire du Comité de rédaction. À sa 3549^e séance, le 26 juillet 2021, elle a examiné le rapport final du Comité de rédaction (A/CN.4/L.952/Rev.1) et a adopté le Guide de l'application à titre provisoire des traités, composé du projet de directives et d'un projet d'annexe contenant des exemples de dispositions relatives à l'application à titre provisoire (voir *infra* la section E.1).

¹⁹⁶ *Annuaire ...* 2012, vol. II (2^e partie), par. 267.

¹⁹⁷ A/CN.4/664 (premier rapport), A/CN.4/675 (deuxième rapport), A/CN.4/687 (troisième rapport), A/CN.4/699 et Add.1 (quatrième rapport), et A/CN.4/718 et Add.1 (cinquième rapport).

¹⁹⁸ A/CN.4/658, A/CN.4/676 et A/CN.4/707. L'examen du document A/CN.4/707 a été reporté à la soixante-dixième session.

¹⁹⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, par. 85, 86, 89 et 90.

²⁰⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10)*, annexe A.

47. De sa 3554^e à sa 3557^e séance, du 29 juillet au 3 août 2021, la Commission a adopté le commentaire du Guide (voir *infra* la section E.2).

48. Conformément à son statut, la Commission soumet le Guide à l'Assemblée générale, assorti de la recommandation ci-après (voir *infra* la section C).

C. Recommandation de la Commission

49. À sa 3557^e séance, le 3 août 2021, la Commission a décidé, conformément à l'article 23 de son statut, de recommander à l'Assemblée générale :

a) De prendre acte, dans une résolution, du Guide de l'application à titre provisoire des traités qu'elle a établi et d'en assurer la plus large diffusion possible ;

b) De recommander le Guide et les commentaires y afférents aux États et aux organisations internationales ;

c) De prier le Secrétaire général d'établir un volume de la Série législative des Nations Unies répertoriant la pratique des États et des organisations internationales en matière d'application à titre provisoire des traités telle qu'elle ressort des informations fournies par ceux-ci au fil des ans et des autres éléments pertinents.

D. Hommage au Rapporteur spécial

50. À sa 3557^e séance, le 3 août 2021, après avoir adopté le Guide de l'application à titre provisoire des traités, la Commission a adopté la résolution ci-après par acclamation :

« *La Commission du droit international,*

Ayant adopté le Guide de l'application à titre provisoire des traités,

Exprime sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations au Rapporteur spécial, M. Juan Manuel Gómez Robledo, pour la contribution exceptionnelle qu'il a apportée à l'élaboration du Guide, aux fins de laquelle il a fait preuve d'un dévouement sans relâche, et pour les résultats qu'il a obtenus. ».

E. Texte du Guide de l'application à titre provisoire des traités

1. Texte des projets de directive et du projet d'annexe formant le Guide de l'application à titre provisoire des traités

51. Le texte du Guide de l'application à titre provisoire des traités adopté par la Commission en seconde lecture à sa soixante-douzième session est reproduit ci-après.

Guide de l'application à titre provisoire des traités

Directive 1

Champ d'application

Les présents projets de directive portent sur l'application à titre provisoire des traités par des États ou par des organisations internationales.

Directive 2

Objet

L'objet des présents projets de directive est de fournir des orientations en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités, sur la base de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et des autres règles pertinentes de droit international.

Directive 3
Règle générale

Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés, lorsque le traité lui-même en dispose ainsi, ou lorsqu'il en a été ainsi convenu d'une autre manière.

Directive 4
Forme de l'accord

Outre le cas dans lequel le traité en dispose ainsi, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité peut être convenue entre les États ou organisations internationales concernés au moyen :

- a) D'un traité distinct ; ou
- b) De tout autre moyen ou arrangement, y compris :
 - i) Une résolution, décision ou autre acte adopté par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale conformément aux règles d'une telle organisation ou conférence, reflétant l'accord des États ou organisations internationales concernés ;
 - ii) Une déclaration d'un État ou d'une organisation internationale qui est acceptée par les autres États ou organisations internationales concernés.

Directive 5
Prise d'effet

L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité prend effet à la date et suivant les conditions et les modalités fixées par le traité ou autrement convenues.

Directive 6
Effet juridique

L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité produit une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci entre les États ou organisations internationales concernés, sauf dans la mesure où le traité en dispose autrement ou qu'il en est autrement convenu. Un tel traité ou partie d'un traité qui s'applique à titre provisoire doit être exécuté de bonne foi.

Directive 7
Réserves

Les présents projets de directive sont sans préjudice de toute question concernant les réserves relatives à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité.

Directive 8
Responsabilité en cas de violation

La violation d'une obligation découlant d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqué à titre provisoire engage la responsabilité internationale conformément aux règles applicables du droit international.

Directive 9
Extinction

1. L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité prend fin avec l'entrée en vigueur de ce traité dans les relations entre les États ou organisations internationales concernés.
2. À moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation internationale prend fin si cet État ou l'organisation internationale notifie

aux autres États ou organisations internationales concernés son intention de ne pas devenir partie au traité.

3. À moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu, un État ou une organisation internationale peut invoquer d'autres motifs pour mettre fin à l'application à titre provisoire, auquel cas il le notifie aux autres États ou organisations internationales concernés.

4. À moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu, le fait que l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a pris fin ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique créés par l'exécution de ladite application à titre provisoire avant qu'elle ait pris fin.

Directive 10

Droit interne des États, règles des organisations internationales et respect des traités appliqués à titre provisoire

1. Un État qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire.

2. Une organisation internationale qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme justifiant la non-exécution d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire.

Directive 11

Dispositions du droit interne des États et règles des organisations internationales concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités

1. Un État ne peut invoquer le fait que son consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.

2. Une organisation internationale ne peut invoquer le fait que son consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a été exprimé en violation des règles de l'organisation concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle d'importance fondamentale.

Directive 12

Accord relatif à l'application à titre provisoire avec des limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales

Les présents projets de directive sont sans préjudice du droit des États ou des organisations internationales de convenir, dans le traité lui-même ou autrement, de l'application à titre provisoire du traité ou d'une partie du traité avec des limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales.

Annexe

Exemples de dispositions relatives à l'application à titre provisoire des traités

Les exemples fournis ci-après ont vocation à aider les États et les organisations internationales dans la rédaction d'un accord concernant l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. Ils ne couvrent pas toutes les situations possibles et ne visent pas à prescrire une formulation plutôt qu'une autre. Issus de traités bilatéraux et de traités multilatéraux²⁰¹, ils se rapportent à certains aspects de l'application à titre provisoire qui posent généralement question et qui font l'objet des sections A à E. Ils reflètent la pratique

²⁰¹ Aux fins du présent projet d'annexe, les « accords mixtes », conclus entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et une tierce partie, d'autre part, sont considérés comme des traités bilatéraux.

récente²⁰² et, dans la mesure du possible, la diversité régionale, sans toutefois être exhaustifs²⁰³.

A. Prise d'effet de l'application à titre provisoire

À titre d'exemples de dispositions concernant la prise d'effet de l'application provisoire, on peut retenir :

1) À compter de la date de la signature

a) *Traités bilatéraux*

1. Engagement entre le Royaume des Pays-Bas et la République des Philippines relatif à la reconnaissance des brevets en vertu du règlement 1/10 de la convention de 1978 sur les normes de formation, de délivrance de brevets et de veille [Convention internationale sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance de brevets et de veille, de 1978] (Manille, 31 mai 2001)²⁰⁴ :

Article 11

Sans préjudice de l'Article 9, le présent Engagement produira provisoirement ses effets à compter de la date de sa signature et entrera en vigueur le premier jour du second mois suivant la notification mutuelle écrite des deux Parties certifiant l'achèvement des procédures requises pour l'entrée en vigueur de l'Engagement dans leurs pays respectifs.

2. Accord entre le Gouvernement du Royaume de Danemark et le Conseil des ministres de la Serbie-et-Monténégro relatif à la succession aux traités conclus entre le Royaume de Danemark et la République socialiste fédérale de Yougoslavie (Copenhague, 18 juillet 2003)²⁰⁵ :

Article 3

[...]

b) Les dispositions du présent Accord s'appliquent provisoirement à compter de la date de sa signature.

3. Accord entre l'Organisation des Nations Unies et la République-Unie de Tanzanie relatif au siège du Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux (Dar es-Salaam, 26 novembre 2013)²⁰⁶ :

Article 48

Entrée en vigueur

1. Les dispositions du présent Accord s'appliquent à titre provisoire à compter de la date de sa signature.

b) *Traités multilatéraux*

4. Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, l'Organisation des Nations Unies et le Secrétariat de la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage relatif au siège du Secrétariat de la Convention (Bonn, 18 septembre 2002)²⁰⁷ :

²⁰² Voir, en particulier, [A/CN.4/707](#), « Application provisoire des traités – Étude du Secrétariat » (2017).

²⁰³ La non-inclusion d'un document donné ne saurait être interprétée comme reflétant un quelconque point de vue de la part de la Commission.

²⁰⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, n° 43056, vol. 2385, p. 403.

²⁰⁵ *Ibid.*, n° 43679, vol. 2420, p. 359.

²⁰⁶ *Ibid.*, n° 51602, vol. 2968, p. 237.

²⁰⁷ *Ibid.*, n° 41136, vol. 2306, p. 469.

Article 7**Dispositions finales**

[...]

7) Les dispositions du présent accord s'appliquent provisoirement à la date de sa signature jusqu'à ce qu'il entre en vigueur selon la procédure mentionnée au paragraphe 9 ci-après.

5. Accord sur les modifications à l'Accord-cadre relatif au bassin de la Save et au Protocole à l'Accord-cadre relatif au bassin de la Save concernant le régime de la navigation (Ljubljana, 2 avril 2004)²⁰⁸ :

Article 3

[...]

5) Le présent Accord s'applique provisoirement dès la date de sa signature.

6. Accord sur les Forces collectives de réaction rapide de l'Organisation du Traité de sécurité collective (Moscou, 14 juin 2009)²⁰⁹ :

Article 17

Le présent Accord sera appliqué provisoirement à partir de la date de sa signature, à la condition qu'il ne soit pas contraire à la législation nationale des Parties, et entrera en vigueur dès réception par le dépositaire de la quatrième notification écrite faisant état de l'accomplissement par les Parties signataires des procédures internes requises à cet effet. [...]

2) À compter d'une date autre que celle de la signature*a) Traités bilatéraux*

7. Échange de notes constituant un accord relatif à la suppression de visas pour les titulaires de passeports diplomatiques (Sofia, 16 décembre 1996)²¹⁰ :

Note de la Bulgarie

[...]

6. Le présent Accord entrera en vigueur trente jours après la date de la dernière notification par la voie diplomatique de la réalisation des conditions légales internes requises respectives. Il sera appliqué provisoirement dix jours après la date de l'échange de ces notes.

[...]

Note de l'Espagne

[...]

L'Ambassade du Royaume d'Espagne à Sofia a l'honneur d'informer le Ministère des Affaires étrangères de la République de Bulgarie que le Gouvernement du Royaume d'Espagne accepte la proposition du Gouvernement de la République de Bulgarie et qu'il donne sa conformité au fait que la note en question et la présente note de réponse constituent un Accord entre les deux gouvernements, qui entrera en vigueur et sera appliqué provisoirement conformément à ce qui est stipulé au point 6.

[...]

8. Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Royaume des Pays-Bas relatif à la mise en œuvre de contrôles de la circulation aérienne par la République fédérale

²⁰⁸ Ibid., n° 42662, vol. 2367, p. 697.

²⁰⁹ Ibid., n° 50541, vol. 2889, p. 277.

²¹⁰ Ibid., n° 34151, vol. 1996, p. 33.

d'Allemagne au-dessus du territoire néerlandais et relatif à l'impact des opérations civiles de l'aéroport Niederrhein sur le territoire du Royaume des Pays-Bas (Berlin, 29 avril 2003)²¹¹ :

Article 16

Ratification, entrée en vigueur, application provisoire

[...]

3. Le présent Traité sera appliqué à titre provisoire avec effet au 1^{er} mai 2003.

[...]

9. Protocole à l'accord de partenariat et de coopération établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République du Kazakhstan, d'autre part, pour tenir compte de l'adhésion de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovaquie et de la République slovaque à l'Union européenne (Bruxelles, 30 avril 2004)²¹² :

Article 5

[...]

3. Si tous les instruments d'approbation du présent protocole n'ont pas été déposés avant le 1^{er} mai 2004, le présent protocole s'applique à titre provisoire à compter du 1^{er} mai 2004.

10. Accord-cadre de coopération en matière d'immigration entre le Royaume d'Espagne et la République du Mali (Madrid, 23 janvier 2007)²¹³ :

Article 16

[...]

2. Le présent Accord-cadre s'applique provisoirement au terme du délai de trente jours à compter de la date de sa signature.

11. Accord entre le Royaume des Pays-Bas et la République argentine relatif à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière (Buenos Aires, 26 septembre 2012) [traduction non officielle]²¹⁴ :

Article 23

Entrée en vigueur

[...]

2. Le présent Accord s'applique provisoirement à compter du premier jour du deuxième mois suivant sa signature.

b) Traités multilatéraux

12. Document ayant fait l'objet d'un accord entre les États parties au Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe en date du 19 novembre 1990 (Vienne, 31 mai 1996)²¹⁵ :

VI.

1. Le présent Document entre en vigueur dès que le dépositaire reçoit de tous les États Parties une notification confirmant leur approbation. Les paragraphes 2 et 3 de la section II et les sections IV et V du présent Document sont ainsi provisoirement appliqués à compter du 31 mai 1996 jusqu'au 15 décembre 1996.

²¹¹ Ibid., n° 43165, vol. 2389, p. 117.

²¹² Ibid., n° 45792, vol. 2570, p. 254.

²¹³ Ibid., n° 46921, vol. 2635 p. 3.

²¹⁴ Ibid., n° 51580, vol. 2967, p. 123.

²¹⁵ Ibid., n° 44001, vol. 2980, p. 195.

3) À compter de la date de conclusion ou de notification

a) *Traités bilatéraux*

13. Échange de notes constituant un accord relatif à la suppression de visas pour les titulaires de passeports diplomatiques (Madrid, 27 décembre 1996)²¹⁶ :

Note de l'Espagne à la Tunisie

[...]

Au cas où le Gouvernement tunisien accepterait cette proposition, sur la base de la réciprocité, la présente note et la réponse de l'Ambassade de Tunisie tiendront lieu d'Accord entre le Royaume d'Espagne et la République tunisienne ; lequel s'appliquera de façon provisoire à partir de l'échange de ces notes et dont l'entrée en vigueur se produira à partir de la date de la dernière notification de l'accomplissement des formalités respectives internes.

[...]

Note de la Tunisie à l'Espagne

[...]

L'Ambassade de la République tunisienne à Madrid a l'honneur d'informer le Ministère des Affaires étrangères que le Gouvernement de la République tunisienne accepte cette proposition du Royaume d'Espagne et donne son accord pour que la Note verbale susmentionnée et la présente réponse constituent un Accord.

[...]

14. Échange de notes constituant un accord modifiant l'Accord entre le Royaume des Pays-Bas et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie relatif à la position des stagiaires du Tribunal aux Pays-Bas (La Haye, 14 juillet 2010)²¹⁷ :

Note des Pays-Bas

[...]

Si les dispositions qui précèdent rencontrent l'agrément de l'ONU-TPIY, le Ministère a l'honneur de proposer que la présente note ainsi que la réponse affirmative de l'ONU-TPIY constituent un amendement à l'Accord relatif aux stagiaires, qui sera provisoirement appliqué à compter de la date de réception de la réponse affirmative, et entrera en vigueur à la date à laquelle les deux Parties se seront notifiées par écrit que les formalités juridiques requises pour l'entrée en vigueur ont été prises.

[...]

Note du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ONU-TPIY)

[...]

L'ONU-TPIY a en outre l'honneur d'informer le Ministère que les propositions énoncées dans la note du Ministère rencontrent l'agrément de l'ONU-TPIY et de confirmer que la note du Ministère et la présente note constituent un amendement à l'Accord relatif aux stagiaires, qui sera provisoirement appliqué à compter de la date de réception de la présente réponse affirmative, et entrera en vigueur à la date à laquelle les deux Parties se seront notifiées par écrit que les formalités juridiques requises pour l'entrée en vigueur ont été prises.

[...]

15. Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part (Bruxelles, 6 octobre 2010)²¹⁸ :

²¹⁶ Ibid., n° 34152, vol. 1996, p. 45.

²¹⁷ Ibid., n° 41714, vol. 2689, p. 93.

²¹⁸ Journal officiel de l'Union européenne, L 257, 14 mai 2011, p. 6.

Article 15.10
Entrée en vigueur

[...]

5. a) Le présent accord s'applique à titre provisoire dès le premier jour du mois suivant la date à laquelle la partie UE et la Corée se sont notifié l'accomplissement de leurs procédures pertinentes respectives ;

[...]

b) *Traités multilatéraux*

16. Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (New York, 4 août 1995)²¹⁹ :

Article 41
Application provisoire

1. Le présent Accord est appliqué à titre provisoire par tout État ou entité qui consent à son application provisoire en adressant au dépositaire une notification écrite à cet effet. Cette application provisoire prend effet à compter de la date de réception de la notification.

17. Accord international de 2001 sur le cacao (Genève, 2 mars 2001)²²⁰ :

Article 57
Notification d'application à titre provisoire

1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord ou un gouvernement qui a l'intention d'y adhérer, mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut à tout moment notifier au dépositaire que, conformément à sa procédure constitutionnelle et/ou à ses lois et règlements nationaux, il appliquera le présent Accord à titre provisoire soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 62, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée. Chaque gouvernement qui fait cette notification déclare, au moment où il la fait, s'il sera Membre exportateur ou Membre importateur.

2. Un gouvernement qui a notifié, conformément au paragraphe 1 du présent article, qu'il appliquera le présent Accord soit quand celui-ci entrera en vigueur, soit à une date spécifiée, est dès lors Membre à titre provisoire. Il reste Membre à titre provisoire jusqu'à la date de dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

18. Convention sur les armes à sous-munitions (Dublin, 30 mai 2008)²²¹ :

Article 18
Application à titre provisoire

Un État peut, au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation de la présente Convention, ou de l'adhésion à celle-ci, déclarer qu'il en appliquera, à titre provisoire, l'article 1 de la présente Convention en attendant son entrée en vigueur pour cet État.

19. Traité sur le commerce des armes (New York, 2 avril 2013)²²² :

Article 23
Application à titre provisoire

²¹⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, n° 37924, vol. 2167, p. 3.

²²⁰ Ibid., n° 39640, vol. 2229, p. 2.

²²¹ Ibid., n° 47713, vol. 2688, p. 39.

²²² Ibid., n° 52373, vol. 3013 [à paraître].

Tout État peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, déclarer qu'il appliquera l'article 6 et l'article 7 à titre provisoire en attendant l'entrée en vigueur du présent Traité à son égard.

B. Forme de l'accord relatif à l'application à titre provisoire

À titre d'exemple de formes d'accord relatif à l'application provisoire, on peut retenir :

a) *Traités bilatéraux*

20. Accord relatif à la fiscalité des revenus de l'épargne et à son application provisoire (Bruxelles, 26 mai 2004 et La Haye, 9 novembre 2004)²²³ :

Lettre de l'Allemagne aux Pays-Bas

[...]

Dans l'attente de l'accomplissement de ces procédures internes et de l'entrée en vigueur de « l'Accord relatif à l'échange automatique d'informations concernant les revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts » en question, j'ai l'honneur de proposer que la République fédérale d'Allemagne et le Royaume des Pays-Bas pour ce qui est d'Aruba appliquent ledit Accord à titre provisoire, dans le cadre de nos exigences constitutionnelles respectives, à compter du 1^{er} janvier 2005 ou de la date d'application de la directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, la date la plus tardive étant retenue.

[...]

Lettre des Pays-Bas à l'Allemagne

[...]

Je suis en mesure de confirmer l'accord du Royaume des Pays-Bas pour ce qui est d'Aruba sur le contenu de votre lettre.

[...]

b) *Traités multilatéraux*

21. Protocole d'application provisoire de l'accord portant création du Centre de la Communauté des Caraïbes sur les changements climatiques (Belize City, 5 février 2002)²²⁴ :

Rappelant que l'article 37 de l'accord portant création du Centre de la Communauté des Caraïbes sur les changements climatiques prévoit que ce dernier entre en vigueur dès le dépôt du septième instrument de ratification auprès du Gouvernement du pays hôte,

Souhaitant assurer le fonctionnement du Centre de la Communauté des Caraïbes sur les changements climatiques dans les meilleurs délais,

Sont convenues de ce qui suit :

Article premier

Application provisoire de l'accord portant création du Centre de la Communauté des Caraïbes sur les changements climatiques

Les signataires de l'Accord portant création du Centre de la Communauté des Caraïbes sur les changements climatiques sont convenus d'appliquer ledit Accord entre eux, à titre provisoire, dans l'attente de son entrée en vigueur définitive, conformément à son article 37.

²²³ Ibid., n° 49430, vol. 2821, p. 3.

²²⁴ Ibid., n° 51181, vol. 2953, p. 181.

22. Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole n° 14 [à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] dans l'attente de son entrée en vigueur (Madrid, 12 mai 2009)²²⁵ :

[...]

b) toute Haute Partie Contractante peut déclarer à tout moment en adressant une notification au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe qu'elle accepte, à son égard, l'application provisoire des parties susmentionnées du Protocole n° 14. Une telle déclaration d'acceptation prendra effet le premier jour du mois suivant la date de sa réception par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe ; les parties susmentionnées du Protocole n° 14 ne s'appliqueront pas à l'égard des Parties n'ayant pas fait une telle déclaration d'acceptation ;

23. Résolution 365 (XII) de l'Assemblée générale de l'Organisation mondiale du tourisme, intitulée « Avenir de l'Organisation »²²⁶ :

[...]

Constatant à regret que l'amendement à l'article 14 des Statuts qu'elle a adopté par sa résolution 134 (V), tendant à conférer à l'État hôte un siège permanent au Conseil exécutif, doté du droit de vote et non soumis au principe de la répartition géographique des sièges au sein de cet organe, n'a toujours pas recueilli le nombre d'approbations requis,

2. Décide que cet amendement sera appliqué à titre provisoire dans l'attente de sa ratification.

C. Option d'acceptation ou option de refus de l'application à titre provisoire

À titre d'exemples de dispositions prévoyant une option d'acceptation ou une option de refus de l'application à titre provisoire, on peut retenir :

24. Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (New York, 28 juillet 1994)²²⁷ :

Article 7

Application à titre provisoire

1. Si le présent Accord n'est pas entré en vigueur le 16 novembre 1994, il sera appliqué à titre provisoire jusqu'à son entrée en vigueur par :

a) Les États qui ont consenti à son adoption au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies, à l'exception de ceux qui avant le 16 novembre 1994 notifieront par écrit au dépositaire soit qu'ils n'appliquent pas l'Accord à titre provisoire soit qu'ils ne consentent à une telle application que moyennant une signature ou notification écrite ultérieure ;

b) Les États et entités qui signent le présent Accord, à l'exception de ceux qui notifieront par écrit au dépositaire au moment de la signature qu'ils n'appliquent pas l'Accord à titre provisoire ;

c) Les États et entités qui consentent à son application à titre provisoire en adressant au dépositaire une notification écrite à cet effet ;

d) Les États qui adhèrent au présent Accord.

25. Traité sur le commerce des armes (New York, 2 avril 2013)²²⁸ :

²²⁵ Conseil de l'Europe, *Recueil des Traités européens*, n° 194.

²²⁶ Organisation mondiale du tourisme, résolution 365 (XII) adoptée par l'Assemblée générale à sa douzième session, à Istanbul (octobre 1997).

²²⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, n° 31364, vol. 1836, p. 3.

²²⁸ Voir *supra* la note 222.

Article 23**Application à titre provisoire**

Tout État peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, déclarer qu'il appliquera l'article 6 et l'article 7 à titre provisoire en attendant l'entrée en vigueur du présent Traité à son égard.

D. Limites à l'application à titre provisoire découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales

À titre d'exemples de dispositions relatives aux limites à l'application à titre provisoire découlant du droit interne des États ou les règles des organisations internationales, on peut retenir :

a) Traités bilatéraux

26. Accord entre le Royaume d'Espagne et la République d'El Salvador relatif aux transports aériens (Madrid, 10 mars 1997)²²⁹ :

Article XXIV**Entrée en vigueur et dénonciation**

1. Les Parties contractantes appliquent, à titre provisoire, les dispositions du présent Accord, dès sa signature, pour autant qu'il ne contrevienne pas à la législation de l'une ou l'autre des Parties. Le présent accord entrera en vigueur à la date à laquelle les deux Parties contractantes se seront notifiées mutuellement, par un échange de notes par voie diplomatique, l'accomplissement de leurs formalités constitutionnelles respectives.

27. Accord de coopération technique et financière entre le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Cabinet des Ministres de l'Ukraine (Kiev, 11 mai 1998)²³⁰ :

Article 7**Clauses finales**

[...]

7.2. Le présent Accord produira provisoirement ses effets à compter de la date de sa signature, pour autant que ses dispositions n'entrent pas en conflit avec toute législation en vigueur dans les deux Parties.

28. Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République des Îles Marshall concernant la coopération en vue de la répression par mer de la prolifération des armes de destruction massive, leurs systèmes de lancement et matériels connexes (Honolulu, 13 août 2004)²³¹ :

Article 17**Entrée en vigueur et durée**

[...]

2. Application provisoire. Les Parties appliquent provisoirement le présent Accord dès la date de sa signature. Chaque Partie peut à tout moment suspendre l'application provisoire du présent Accord. Chaque Partie informe immédiatement l'autre de toute contrainte ou limitation de l'application provisoire du présent Accord et de tout changement de ces contraintes ou limitations et ce, dès la suspension de l'application provisoire.

²²⁹ Ibid., n° 34927, vol. 2023, p. 341.

²³⁰ Ibid., n° 43066, vol. 2386, p. 3.

²³¹ Ibid., n° 51490, vol. 2962, p. 339.

29. Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Conseil des ministres de la Serbie-et-Monténégro relatif à la coopération technique (Belgrade, 13 octobre 2004)²³² :

Article 7

[...]

3) Après sa signature, l'accord est appliqué provisoirement dans le respect du droit national concerné.

30. Accord euro-méditerranéen relatif aux services aériens entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et le Royaume du Maroc, d'autre part (Bruxelles, 12 décembre 2006)²³³ :

Article 30

Entrée en vigueur

1. Le présent accord sera appliqué, à titre provisoire, conformément au droit interne des parties contractantes, à la date de sa signature.

31. Accord entre les États-Unis d'Amérique et le Royaume d'Espagne relatif à la coopération scientifique et technologique en matière de sécurité intérieure (Madrid, 30 juin 2011)²³⁴ :

Article 21

Entrée en vigueur, modification, durée et dénonciation

1. Le présent Accord s'applique à titre provisoire dès sa signature par les deux Parties, conformément à leur législation nationale. [...]

b) *Traités multilatéraux*

32. Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (New York, 28 juillet 1994)²³⁵ :

Article 7

Application à titre provisoire

[...]

2. Tous ces États et entités appliquent l'Accord à titre provisoire conformément à leurs lois et règlements nationaux ou internes à compter du 16 novembre 1994 ou de la date, si celle-ci est postérieure, de la signature, de la notification, du consentement ou de l'adhésion.

33. Convention sur le commerce des céréales de 1995 (Londres, 7 décembre 1994)²³⁶ :

Article 26

Application à titre provisoire

Tout gouvernement signataire et tout autre gouvernement remplissant les conditions nécessaires pour signer la présente Convention ou dont la demande d'adhésion est approuvée par le Conseil peut déposer auprès du dépositaire une déclaration d'application à titre provisoire. Tout gouvernement déposant une telle déclaration applique provisoirement cette Convention en accord avec ses lois et règlements et il est considéré provisoirement comme y étant partie.

34. Protocole sur l'énergie adopté par la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (Dakar, 31 janvier 2003)²³⁷ :

²³² Ibid., n° 43752, vol. 2424, p. 167.

²³³ Journal officiel de l'Union européenne, L 386, 29 décembre 2006, p. 57.

²³⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, n° 51275, vol. 2951, p. 3.

²³⁵ Voir *supra* la note 227.

²³⁶ Ibid., n° 32022, vol. 1882, p. 195.

²³⁷ A/P.4/1/03.

Article 40**Application provisoire**

1. Les signataires conviennent d'appliquer le présent Protocole à titre provisoire, en attendant son entrée en vigueur pour ces signataires conformément à l'article 39, dans la mesure où cette application provisoire n'est pas incompatible avec leur Constitution ou leurs lois et règlements.

E. Cessation de l'application à titre provisoire

À titre d'exemples de dispositions concernant la cessation de l'application provisoire, on peut retenir :

1) À compter de la date de l'entrée en vigueur*a) Traités bilatéraux*

35. Accord de libre-échange entre le Gouvernement de la République de Lettonie et le Gouvernement de la République tchèque (Riga, 15 avril 1996)²³⁸ :

Article 41**Application temporaire**

Avant l'entrée en vigueur du présent Accord conformément à l'Article 40, la République tchèque appliquera le présent Accord temporairement à partir du 1^{er} juillet 1996, à condition que la République de Lettonie notifie avant le 15 juin 1996 que ses formalités juridiques et internes requises pour l'entrée en vigueur ont été accomplies et que la République de Lettonie appliquera le présent Accord à partir du 1^{er} juillet 1996.

36. Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République de Slovénie concernant l'inclusion dans les réserves de l'Office slovène des réserves minimum en pétrole et dérivés de pétrole slovène des provisions du pétrole et des dérivés de pétrole stocké en Allemagne pour la Slovénie (Ljubljana, 18 décembre 2000)²³⁹ :

Article 8

...

2. L'Accord s'applique provisoirement à partir de la date de signature jusqu'à son entrée en vigueur.

37. Accord relatif au transport aérien entre le Gouvernement de la République du Paraguay et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique (Asunción, 2 mai 2005)²⁴⁰ :

Article 17**Entrée en vigueur**

Le présent Accord et ses annexes s'appliqueront provisoirement dès sa signature et il entrera en vigueur à la date de la note clôturant l'échange de notes entre les parties et confirmant l'accomplissement par chacune des Parties de toutes les procédures internes nécessaires à cet effet. [...]

38. Accord entre le Royaume d'Espagne et l'Association internationale du transport aérien (IATA) relatif au statut de l'IATA en Espagne (Madrid, 5 mai 2009)²⁴¹ :

Article 12**Entrée en vigueur**

²³⁸ Nations Unies, *Recueil des Traités*, n° 35853, vol. 2069, p. 225.

²³⁹ Ibid., n° 38039, vol. 2169, p. 287.

²⁴⁰ Ibid., n° 43807, vol. 2429, p. 301.

²⁴¹ Ibid., n° 47110, vol. 2643, p. 91.

1. Le présent Accord s'applique à titre provisoire dès sa signature, dans l'attente de sa ratification de la part de l'Espagne et de son approbation de la part de l'IATA.

39. Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement du Soudan relatif au statut de la Force intérimaire de sécurité des Nations Unies pour Abyei (New York, 1^{er} octobre 2012)²⁴² :

Article XI
Dispositions diverses

62. Le présent Accord entre en vigueur et est appliqué à titre provisoire par le Gouvernement lors de la signature, en attendant sa notification indiquant qu'il a accompli les procédures internes de ratification en vertu de la Constitution du Soudan.

b) *Traités multilatéraux*

40. Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (New York, 28 juillet 1994)²⁴³ :

Article 7
Application à titre provisoire

[...]

3. L'application à titre provisoire du présent Accord cessera le jour où celui-ci entrera en vigueur. Dans tous les cas, l'application à titre provisoire prendra fin le 16 novembre 1998 si à cette date la condition énoncée à l'article 6, paragraphe 1, selon laquelle au moins sept des États visés au paragraphe 1, lettre a) de la résolution II (dont au moins cinq doivent être des États développés) doivent avoir établi leur consentement à être liés par le présent Accord, n'est pas satisfaite.

41. Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (Oslo, 13 septembre 1997)²⁴⁴ :

Article 18
Application à titre provisoire

Un État peut, au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation de la présente Convention, ou de l'adhésion à celle-ci, déclarer qu'il en appliquera, à titre provisoire, le paragraphe 1 de l'article 1, en attendant l'entrée en vigueur de la présente Convention.

2) **À compter de la date de la notification de l'intention de ne pas devenir partie au traité**

a) *Traités bilatéraux*

42. Accord entre l'Espagne et le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Londres, 2 juin 2000)²⁴⁵ :

Note de l'Espagne

[...]

L'application provisoire du présent Accord prendra fin si l'Espagne, par l'entremise de son Ambassadeur à Londres, notifie au Fonds, avant le 11 mai 2001, que toutes les formalités susmentionnées ont été accomplies ou l'informe avant cette date, par l'entremise de son Ambassadeur à Londres, que lesdites formalités ne seront pas accomplies.

[...]

²⁴² Ibid., n° 50146, vol. 2873, p. 125.

²⁴³ Voir supra la note 227.

²⁴⁴ Ibid., n° 35597, vol. 2056, p. 211.

²⁴⁵ Ibid., n° 37756, vol. 2161, p. 45.

Note du Fonds international d'indemnisation de 1992 pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures

[...]

Je me réfère à l'Accord conclu entre l'Espagne et le Fonds et à votre lettre de ce jour et j'ai l'honneur de vous informer que le Fonds approuve le contenu de votre lettre, qui devra être considéré comme un instrument établi par les deux Parties reflétant l'unique interprétation possible de l'Accord.

[...]

43. Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Royaume des Pays-Bas relatif à la mise en œuvre de contrôles de la circulation aérienne par la République fédérale d'Allemagne au-dessus du territoire néerlandais et relatif à l'impact des opérations civiles de l'aéroport Niederrhein sur le territoire du Royaume des Pays-Bas (Berlin, 29 avril 2003)²⁴⁶ :

Article 16

Ratification, entrée en vigueur, application provisoire

[...]

3. Le présent Traité sera appliqué à titre provisoire avec effet au 1^{er} mai 2003. Il sera mis fin à son application provisoire si l'une des Parties contractantes déclare son intention de ne pas devenir une Partie contractante.

44. Accord de coopération scientifique et technologique entre la Communauté européenne et le Royaume hachémite de Jordanie (Bruxelles, 30 novembre 2009)²⁴⁷ :

Article 7

Dispositions finales

[...]

2. Le présent accord entre en vigueur lorsque les parties se seront notifiées l'aboutissement des procédures internes nécessaires à sa conclusion. En attendant qu'elles aient mené à terme lesdites procédures, les parties appliquent le présent accord à titre provisoire dès sa signature. Il est mutuellement convenu qu'au cas où une autre partie notifierait à l'autre partie qu'elle n'entend pas conclure l'accord, les projets et activités lancés pendant cette durée d'application provisoire et toujours en cours au moment de la notification susvisée sont poursuivis jusqu'à leur achèvement dans les conditions énoncées dans le présent accord.

b) Traités multilatéraux

45. Protocole sur l'énergie adopté par la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (Dakar, 31 janvier 2003)²⁴⁸ :

Article 40

Application à titre provisoire

3. a) Tout signataire peut mettre un terme à son application provisoire du présent Protocole en notifiant par écrit au dépositaire son intention de ne pas devenir partie contractante au présent Protocole. La fin de l'application provisoire prend effet, pour tout signataire, à l'expiration d'un délai de soixante jours à compter du jour où le dépositaire reçoit la notification écrite du signataire.

²⁴⁶ Ibid., n° 43165, vol. 2389, p. 117.

²⁴⁷ Ibid., n° 50651, vol. 2907, p. 51.

²⁴⁸ Voir supra la note 237.

3) Autres motifs

a) Traités bilatéraux

46. Accord de coopération entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République du Libéria relatif à la répression de la prolifération par mer des armes de destruction massive, de leurs vecteurs et des matériels connexes (Washington, 11 février 2004)²⁴⁹ :

Article 17

Entrée en vigueur et durée

[...]

2. Application provisoire. Les Parties appliquent à titre provisoire le présent Accord à compter de sa signature, dans la mesure permise par leurs dispositions législatives et réglementaires nationales respectives. Chaque Partie peut à tout moment suspendre l'application provisoire du présent Accord. Chaque Partie notifie immédiatement à l'autre Partie toute contrainte ou limitation de l'application provisoire du présent Accord et de tout changement de ces contraintes ou limitations et ce, dès la suspension de l'application provisoire.

47. Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part (Bruxelles, 6 octobre 2010)²⁵⁰ :

Article 15.10

Entrée en vigueur

5. [...]

c) Une partie peut mettre fin à l'application provisoire par avis écrit adressé à l'autre partie. Cette cessation prend effet le premier jour du mois suivant la notification.

48. Accord d'association entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part (Bruxelles, 21 mars 2014)²⁵¹ :

Article 486

Entrée en vigueur et application provisoire

[...]

7. Chacune des parties peut notifier, par écrit, au dépositaire son intention de mettre fin à l'application provisoire du présent accord. [...]

b) Traités multilatéraux

49. Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (New York, 4 août 1995)²⁵² :

Article 41

Application provisoire

[...]

2. L'application provisoire par un État ou une entité prend fin à la date de l'entrée en vigueur du présent Accord à l'égard de cet État ou cette entité ou lorsque ledit État ou ladite entité notifie par écrit au dépositaire son intention de mettre fin à l'application provisoire.

²⁴⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, n° 51492, vol. 2963, p. 23.

²⁵⁰ Voir *supra* la note 218.

²⁵¹ Journal officiel de l'Union européenne, L 161, 29 mai 2014, p. 3.

²⁵² Voir *supra* la note 219.

50. Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole n° 14 [à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] dans l'attente de son entrée en vigueur (Madrid, 12 mai 2009)²⁵³ :

e) l'application provisoire des dispositions du Protocole n° 14 mentionnées ci-dessus prendra fin dès l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 ou si les Hautes Parties contractantes en conviennent ainsi d'une autre manière.

2. Texte des projets de directive formant le Guide de l'application à titre provisoire des traités et des commentaires y relatifs

52. Le texte des projets de directive formant le Guide de l'application à titre provisoire des traités adopté par la Commission en seconde lecture et des commentaires y relatifs est reproduit ci-après.

Guide de l'application à titre provisoire des traités

Commentaire général

1) L'objet du Guide de l'application à titre provisoire des traités est de fournir une aide aux États, aux organisations internationales et aux autres utilisateurs en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités. Les États, les organisations internationales et les autres utilisateurs peuvent rencontrer des difficultés concernant, notamment, la forme que revêt l'accord relatif à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité, la prise d'effet et la cessation de l'application provisoire et les effets juridiques de celle-ci. Le Guide de l'application à titre provisoire des traités vient les orienter vers des réponses conformes aux règles en vigueur ou vers les solutions qui semblent les plus adaptées à la pratique contemporaine. Comme c'est toujours le cas pour les résultats des travaux de la Commission, les projets de directive doivent être lus conjointement avec les commentaires.

2) L'application à titre provisoire est un mécanisme dont disposent les États et les organisations internationales pour donner effet à tout ou partie des dispositions d'un traité immédiatement, avant l'accomplissement des modalités internes et internationales nécessaires à l'entrée en vigueur de l'instrument²⁵⁴. L'application à titre provisoire a une finalité pratique qui la rend utile, lorsque le traité porte sur une question présentant un certain degré d'urgence ou lorsque les États ou les organisations internationales ayant participé à la négociation cherchent à instaurer la confiance dans l'attente de l'entrée en vigueur²⁵⁵, notamment²⁵⁶. D'une manière plus générale, elle vise à préparer ou à faciliter l'entrée en vigueur du traité. Il faut toutefois souligner que c'est un mécanisme volontaire, auquel les États et les organisations internationales sont libres de recourir ou non, qui peut être soumis à des limites découlant du droit interne des États et des règles des organisations internationales.

3) Sans être juridiquement contraignant en tant que tel, le Guide vient décrire et préciser les règles de droit international existantes en tenant compte de la pratique contemporaine. Il

²⁵³ Conseil de l'Europe, *Recueil des Traités européens*, n° 194.

²⁵⁴ Voir D. Mathy, « Article 25 », dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 640 ;

A. Q. Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature* (Leyde, Brill, 2012). Cette notion a été définie par les auteurs comme étant l'application des termes d'un traité et le consentement à y être lié dans l'attente de l'entrée en vigueur dudit traité (R. Lefeber, « Treaties, provisional application », dans *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, R. Wolfrum (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 1) ou comme une procédure simplifiée permettant d'obtenir l'application d'un traité ou d'une partie d'un traité pour une durée limitée (M. E. Villager, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leyde et Boston, Martinus Nijhoff, 2009), p. 354).

²⁵⁵ Voir H. Krieger, « Article 25 », dans *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.) (Heidelberg et New York, Springer, 2012), p. 408.

²⁵⁶ Voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur l'application à titre provisoire des traités, *Annuaire ... 2013*, vol. II (1^{re} partie) (A/CN.4/664), par. 25 à 35.

s'inspire de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969 (la « Convention de Vienne de 1969 »)²⁵⁷ et de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, de 1986 (la « Convention de Vienne de 1986 »)²⁵⁸, qu'il tend à préciser et à expliquer, ainsi que de la pratique des États et des organisations internationales en la matière. Les expressions définies à l'article 2 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 sont employées ici dans le sens qui leur est donné dans cette disposition. S'il est sans préjudice de l'application des autres règles du droit des traités, le Guide s'appuie lorsqu'il y a lieu sur les règles applicables des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, sans toutefois être destiné à couvrir toutes les applications possibles de toutes les dispositions de ces instruments, en particulier lorsqu'il n'y a pas de pratique établie. De manière générale, quoi que certains de ses éléments aient plutôt valeur de recommandation, le Guide reflète la *lex lata*. Ainsi, c'est un vade-mecum dans lequel les praticiens devraient trouver des réponses aux questions que soulève l'application à titre provisoire des traités. Il convient toutefois de souligner que, il ne saurait être compris comme établissant une quelconque présomption en faveur du recours à ce mécanisme. L'application provisoire ne vient pas se substituer à l'entrée en vigueur, qui est la vocation naturelle des traités, et ne doit pas non plus être un moyen de contourner les procédures internes.

4) Il est bien entendu impossible d'apporter une réponse à toutes les questions qui peuvent se poser dans la pratique et de couvrir la multitude de situations que les États et les organisations internationales sont susceptibles de rencontrer. Suivre une approche générale ne pose toutefois pas problème sachant que le Guide s'inscrit dans une volonté de reconnaître la souplesse inhérente à l'application à titre provisoire des traités²⁵⁹ et d'éviter toute tentation d'être excessivement prescriptif. Étant donné la nature essentiellement volontaire de l'application à titre provisoire, toujours facultative, le présent document reflète le fait que les États et les organisations internationales peuvent convenir de solutions qui ne sont pas visées par ses dispositions et qui leur paraissent plus adaptées aux fins de tel ou tel traité. Une autre caractéristique essentielle de l'application à titre provisoire est sa capacité à s'adapter à des situations qui évoluent²⁶⁰.

²⁵⁷ L'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 se lit comme suit :

Application à titre provisoire

1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur :

- a) Si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou
- b) Si les États ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.

2. À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les États ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État prend fin si cet État notifie aux autres États entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

(Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 353, à la page 361).

²⁵⁸ L'article 25 de la Convention de Vienne de 1986 se lit comme suit :

Application à titre provisoire

1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur :

- a) Si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou
- b) Si les États et les organisations ou, selon le cas, les organisations ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.

2. À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les États et les organisations internationales ayant participé à la négociation ou, selon le cas, les organisations ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation prend fin si cet État ou cette organisation notifie aux États et aux organisations entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité. (A/CONF.129/15 (pas encore entré en vigueur).)

²⁵⁹ Voir le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/664), par. 28 à 30.

²⁶⁰ Par exemple, l'application à titre provisoire a été utilisée récemment dans le contexte du Brexit, dans lequel trois nouveaux traités conclus entre l'Union européenne et le Royaume-Uni ont été provisoirement appliqués : l'Accord de commerce et de coopération (Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une

5) Le Guide comporte des exemples de dispositions relatives à l'application provisoire tirées de traités bilatéraux et multilatéraux, reproduites dans le projet d'annexe, dans l'objectif d'apporter une aide supplémentaire aux États et aux organisations internationales. La reproduction de ces dispositions ne vient aucunement remettre en question le caractère flexible et volontaire de l'application à titre provisoire des traités, et les exemples donnés ne sauraient être considérés comme couvrant l'ensemble des situations susceptibles de survenir ni comme étant autre chose que des exemples.

Directive 1 **Champ d'application**

Les présents projets de directive portent sur l'application à titre provisoire des traités par des États ou par des organisations internationales.

Commentaire

1) Le projet de directive 1 traite du champ d'application du Guide. Il doit être lu en parallèle avec le projet de directive 2, qui énonce l'objet du document.

2) Dans le Guide, c'est l'expression « application à titre provisoire des traités » qui est systématiquement employée. Dans la pratique, l'emploi fréquent d'autres expressions, comme « entrée en vigueur provisoire », par opposition à « entrée en vigueur *définitive* », a donné lieu à une certaine confusion en ce qui concerne la portée de la notion d'application à titre provisoire des traités et les effets juridiques de cette application²⁶¹. En outre, en anglais, l'expression « à titre provisoire » est relativement souvent rendue non pas par l'adjectif *provisional*, mais par les qualificatifs *temporary* ou *interim*²⁶². Bien qu'il constitue le

part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, Bruxelles et Londres, 30 décembre 2020, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 444, p. 14), l'Accord sur la sécurité des informations (Accord entre l'Union européenne et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif aux procédures de sécurité pour l'échange d'informations classifiées et leur protection, Bruxelles et Londres, 30 décembre 2020, *ibid.*, L 149, p. 2540) et l'Accord de coopération entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Communauté européenne de l'énergie atomique relatif aux utilisations sûres et pacifiques de l'énergie nucléaire, 30 décembre 2020, *ibid.*, L 150, p. 1). Ces traités ont été provisoirement appliqués du 1^{er} janvier au 30 avril 2021, période qui tient compte d'une prorogation décidée à la fin de février 2021. Dans le contexte du Brexit, le Royaume-Uni a aussi eu recours à l'application à titre provisoire en ce qui concerne d'autres traités, bilatéraux et plurilatéraux (voir www.gov.uk/guidance/uk-trade-agreements-with-non-eu-countries).

La souplesse offerte par le paragraphe 1 b) de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 est illustrée, notamment, par le fait qu'il est arrivé que l'application provisoire soit convenue par un échange de notes ; voir, par exemple, l'échange de lettres concernant l'application à titre provisoire de l'Accord de coopération entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Communauté européenne de l'énergie atomique relatif aux utilisations sûres et pacifiques de l'énergie nucléaire (*ibid.*, L 445, p. 23).

²⁶¹ À cet égard, on peut se reporter à l'analyse figurant dans *The Treaty, Protocols, Conventions and Supplementary Acts of the Economic Community of West African States (CEDEAO), 1975-2010* (Abuja, Ministère des affaires étrangères du Nigéria, 2011), recueil de 59 traités conclus sous les auspices de la Communauté. Seuls 11 de ces 59 traités ne prévoient pas l'application à titre provisoire (voir [A/CN.4/699](#), par. 168 à 174).

²⁶² Voir le paragraphe 33 de la lettre de la République fédérative de Yougoslavie dans l'Échange de lettres constituant un accord entre l'Organisation des Nations Unies et la République fédérative de Yougoslavie sur le statut du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme en République fédérative de Yougoslavie (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2042, n° 35283, p. 23, et *Nations Unies, Annuaire juridique 1998* (Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.03.V.5), à la page 136) ; l'article 15 de l'Accord entre le Gouvernement de la République du Bélarus et le Gouvernement de l'Irlande relatif aux conditions de récupération de citoyens mineurs de la République du Bélarus en Irlande (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2679, n° 47597, p. 65, à la page 95) ; l'article 16 de l'Accord entre le Gouvernement de la Malaisie et le Programme des Nations Unies pour le développement concernant l'établissement du Centre mondial de services partagés du PNUD (*ibid.*, vol. 2794, n° 49154, p. 67). Voir les études du secrétariat sur les origines de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 (*Annuaire ... 2013*), vol. II (1^{re} partie), documents [A/CN.4/658](#) et [A/CN.4/676](#) et l'étude du secrétariat sur la pratique des États et des

fondement juridique de l'application provisoire des traités²⁶³, l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 manque de détail et de précision et mérite des éclaircissements²⁶⁴. Le Guide a pour objectif d'en clarifier l'interprétation.

3) Le Guide porte sur l'application à titre provisoire des traités « par des États ou par des organisations internationales ». Le fait que plusieurs des projets de directive mentionnent les « États » et les « organisations internationales » ne saurait être compris comme signifiant que le champ d'application du projet de directives est limité aux traités conclus entre États, entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

Directive 2

Objet

L'objet des présents projets de directive est de fournir des orientations en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités, sur la base de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et des autres règles pertinentes de droit international.

Commentaire

1) Le projet de directive 2 définit l'objet du Guide, qui est de fournir aux États et aux organisations internationales des orientations en ce qui concerne le droit et la pratique relatifs à l'application à titre provisoire des traités.

2) Le projet de directive vient mettre l'accent sur le fait que le Guide est fondé sur les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 et les autres règles pertinentes de droit international, notamment celles énoncées dans la Convention de Vienne de 1986. La formule « et des autres règles pertinentes de droit international » tend avant tout à étendre le champ d'application du projet de directives à l'application provisoire des traités par des organisations internationales. Elle reflète le fait que la Convention de Vienne de 1986 n'est pas encore entrée en vigueur et, partant, ne doit pas être mentionnée sur un pied d'égalité avec celle de 1969.

3) Le projet de directive 2 vient poser le principe sur lequel repose l'ensemble du Guide, à savoir que l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 ne reflète pas tous les aspects de la pratique contemporaine en ce qui concerne l'application à titre provisoire des traités. Cela ressort implicitement du fait que sont mentionnés à la fois « le droit et la pratique » relatifs à l'application provisoire des traités, ainsi que de la référence aux « autres règles pertinentes de droit international », qui vient indiquer que d'autres règles de droit international, comme celles du droit international coutumier, peuvent également trouver à s'appliquer en la matière.

4) Dans le même temps, nonobstant la possibilité qu'il existe d'autres règles et pratiques pertinentes concernant l'application à titre provisoire des traités, le Guide vient confirmer l'importance fondamentale de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. L'emploi de la formule « sur la base de », suivi d'une référence expresse à l'article 25, indique que cet article est le point de départ du Guide, même s'il doit être complété par d'autres règles de droit international si l'on veut obtenir une vue d'ensemble du droit applicable à l'application provisoire des traités.

Directive 3

Règle générale

Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés, lorsque

organisations internationales en ce qui concerne les traités prévoyant leur application provisoire (A/CN.4/707).

²⁶³ Voir Mertsch, *Provisionally Applied Treaties...* (note 254 *supra*), p. 22.

²⁶⁴ Voir A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités* (Paris, Éd. A. Pedone, 2005), p. 111 ; M. A. Rogoff et B. E. Gauditz, « The provisional application of international agreements », dans *Maine Law Review*, vol. 39 (1987), p. 41.

le traité lui-même en dispose ainsi, ou lorsqu'il en a été ainsi convenu d'une autre manière.

Commentaire

1) Le projet de directive 3 énonce la règle générale en matière d'application à titre provisoire des traités. Le texte du projet de directive suit le libellé de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969, l'objectif étant de souligner que cet article est le point de départ du Guide, étant entendu, ainsi qu'il est dit au paragraphe 3 du commentaire du projet de directive 2, que les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 ne reflètent pas tous les aspects de la pratique contemporaine en la matière.

2) Le premier membre de phrase confirme que, de manière générale, un traité ou une partie d'un traité peut s'appliquer à titre provisoire. Sa formulation suit celle de la phrase introductive du paragraphe 1 de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986.

3) La distinction établie entre l'application à titre provisoire d'un traité dans son intégralité et l'application à titre provisoire d'une « partie » d'un traité trouve son origine dans l'article 25. Dans ses précédents travaux sur le droit des traités, la Commission a expressément envisagé la possibilité de l'application provisoire d'une partie seulement d'un traité. Au paragraphe 2 de l'article 22 du projet d'articles de 1966 sur le droit des traités, elle a établi que la « même règle » s'appliquait à une « partie d'un traité »²⁶⁵. Dans le commentaire correspondant, elle a dit ce qui suit : « Non moins fréquente de nos jours est la pratique consistant à mettre en vigueur provisoirement une partie seulement d'un traité pour faire face aux besoins immédiats de la situation²⁶⁶ ». La possibilité d'appliquer à titre provisoire une partie seulement d'un traité permet de surcroît de surmonter les difficultés que posent certains types de dispositions, telles que les clauses opérationnelles établissant des mécanismes de surveillance des traités qui peuvent remplir leurs fonctions au stade de l'application provisoire. En outre, les traités contenant des dispositions commerciales sont souvent appliqués à titre provisoire²⁶⁷. C'est pourquoi l'application provisoire d'une partie d'un traité a été envisagée, au moyen de la formule « l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité », utilisée dans l'ensemble du Guide²⁶⁸.

²⁶⁵ *Annuaire ... 1966*, vol. II, document [A/6309/Rev.1](#), p. 177 et suiv., par. 38.

²⁶⁶ Par. 3 du commentaire du projet d'article 22, *ibid.*

²⁶⁷ L'application à titre provisoire d'une partie d'un traité est courante aussi dans le contexte des accords mixtes conclus entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et des tiers, d'autre part, à la suite d'une répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres. Voir les commentaires et observations reçus des États et des organisations internationales ([A/CN.4/737](#)), commentaires de l'Allemagne sur le projet de directive 3, p. 14. Voir aussi M. Chamon, « Provisional application of treaties : the EU's contribution to the development of international law », *European Journal of International Law*, vol. 31, n° 3 (août 2020), p. 883 à 915, et F. Castillo de la Torre, « El Tribunal de Justicia y las relaciones exteriores tras el Tratado de Lisboa », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 60 (mai-août 2018), p. 491 à 512.

²⁶⁸ On trouve un exemple d'application à titre provisoire d'une partie d'un traité dans le contexte des traités bilatéraux dans l'Accord entre le Royaume des Pays-Bas et la Principauté de Monaco sur le paiement des prestations sociales néerlandaises à Monaco (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2205, n° 39160, p. 541, à la page 546, art. 13, par. 2) ; et on peut citer, comme exemples de traités bilatéraux excluant expressément une partie d'un traité de l'application à titre provisoire, l'Accord entre le Gouvernement fédéral autrichien et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne concernant la coopération des autorités policières et des administrations douanières dans la région frontalière (*ibid.*, vol. 2170, n° 38115, p. 573, à la page 594) et l'Accord de coopération technique entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République de Croatie (*ibid.*, vol. 2306, n° 41129, p. 439). En ce qui concerne les traités multilatéraux, on trouve des exemples d'application à titre provisoire d'une partie d'un traité dans les instruments suivants : la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (*ibid.*, vol. 2056, n° 35597, p. 211, à la page 254) ; la Convention sur les armes à sous-munitions (*ibid.*, vol. 2688, n° 47713, p. 39, à la page 140) ; le Traité sur le commerce des armes (*ibid.*, vol. 3013, n° 52373) (art. 23) ; le Document ayant fait l'objet d'un accord entre les États parties au Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe (*International Legal Materials*, vol. 36, p. 866, sect. VI, par. 1). De même, le Protocole sur l'application provisoire du Traité révisé de Chaguaramas (*ibid.*, vol. 2259, n° 40269, p. 597) indique expressément quelles dispositions du Traité révisé ne doivent pas être

4) Le deuxième membre de phrase, « en attendant son entrée en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés », est basé sur la phrase introductive de l'article 25. L'emploi de la formule « en attendant son entrée en vigueur » vient souligner que, quoi qu'elle puisse aussi viser d'autres objectifs, l'application à titre provisoire joue un rôle dans la préparation ou la facilitation de l'entrée en vigueur. Si cette formule peut être lue comme faisant référence à l'entrée en vigueur d'un traité en soi²⁶⁹, dans le cas des traités multilatéraux, le traité déjà entré en vigueur en soi continue généralement de s'appliquer à titre provisoire pour les États et organisations internationales à l'égard desquels il n'est pas encore entré en vigueur²⁷⁰. Aux fins du projet de directive 3, l'expression « entrée en vigueur » doit donc être interprétée à la lumière de l'article 24 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Le projet de directive traite à la fois de l'entrée en vigueur du traité en soi et de l'entrée en vigueur pour chaque État ou organisation internationale concerné, c'est-à-dire chaque État ou organisation internationale pour qui l'application provisoire a créé des droits et des obligations. L'ajout du membre de phrase « entre les États ou organisations internationales concernés » dans le projet de directive reflète le fait que l'application à titre provisoire peut se poursuivre à l'égard des États ou organisations internationales pour lesquels le traité n'est pas encore entré en vigueur, après l'entrée en vigueur du traité lui-même.

5) Les troisième et quatrième membres de phrase (« lorsque le traité lui-même en dispose ainsi, ou lorsqu'il en a été ainsi convenu d'une autre manière ») reflètent les deux cas de figure dans lesquels l'application à titre provisoire est possible selon les alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 25. La possibilité d'appliquer un traité provisoirement sur la base d'une disposition du traité en question étant bien établie²⁷¹, la formulation du troisième membre de phrase est calquée sur celle des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986.

6) Si l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 fait référence, à l'alinéa b) du paragraphe 1, à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un

appliquées à titre provisoire, et l'Accord de partenariat économique stratégique transpacifique (ibid., vol. 2592, n° 46151, p. 225) donne un exemple d'application provisoire d'une partie du traité qui s'applique uniquement à l'égard d'une des parties à l'Accord, à savoir le Brunéi Darussalam (art. 20.5).

²⁶⁹ Comme dans le cas de l'Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (ibid., vol. 1836, n° 31364, p. 3) et de l'Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole n° 14 [à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention,] dans l'attente de son entrée en vigueur (Madrid, 12 mai 2009, Conseil de l'Europe, *Série des Traités*, n° 194).

²⁷⁰ Par exemple, le Traité sur le commerce des armes.

²⁷¹ Parmi les traités bilatéraux contenant une telle disposition, on peut citer à titre d'exemples : l'Accord entre la Communauté européenne et la République du Paraguay sur certains aspects des services aériens (*Journal officiel de l'Union européenne* L 122, 11 mai 2007), art. 9 ; l'Accord entre la République argentine et la République du Suriname relatif à l'exemption de visa pour les titulaires de passeports ordinaires (Nations Unies, *Recueil des Traités* vol. 2957, n° 51407, p. 213), art. 8 ; le Traité entre la Confédération suisse et la Principauté du Liechtenstein relatif aux taxes environnementales dans la Principauté du Liechtenstein (ibid., vol. 2761, n° 48680, p. 23), art. 5 ; l'Accord entre le Royaume d'Espagne et la Principauté d'Andorre sur le transfert et la gestion des déchets (ibid. vol. 2881, n° 50313, p. 165), art. 13 ; l'Accord entre le Gouvernement du Royaume d'Espagne et le Gouvernement de la République slovaque en matière d'entraide dans la lutte contre la criminalité organisée (ibid., vol. 2098, n° 36475, p. 341), art. 14, par. 2 ; et l'Accord portant création de l'Association de la Russie et de la Biélorussie (ibid., vol. 2120, n° 36926, p. 595), art. 19. On peut citer comme exemples parmi les traités multilatéraux : l'Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, art. 7 ; l'Accord sur les modifications à l'Accord-cadre relatif au bassin de la Save et au Protocole à l'Accord-cadre relatif au bassin de la Save concernant le régime de la navigation (ibid., vol. 2367, n° 42662, p. 697), art. 3, par. 5 ; l'Accord-cadre pour un programme multilatéral environnemental dans le domaine nucléaire en Fédération de Russie (ibid., vol. 2265, n° 40358, p. 5, à la page 15), art. 18, par. 7, et son Protocole concernant les actions en justice, les procédures judiciaires et l'indemnisation (ibid., p. 41), art. 4, par. 8 ; les Statuts de la Communauté des pays de langue portugaise (ibid., vol. 2233, n° 39756, p. 207), art. 21 ; et la Convention portant création de la Fondation « Karanta » pour l'appui aux politiques d'éducation non formelle et comportant en annexe les Statuts de la Fondation (ibid., vol. 2341, n° 41941, p. 3), art. 8 et 49, respectivement.

traité convenue entre « les États ayant participé à la négociation » ou « les États et les organisations [...] ayant participé à la négociation », ce n'est pas le cas du projet de directive 3. Dans la pratique contemporaine, il arrive qu'un traité soit appliqué provisoirement par des États ou des organisations internationales qui n'ont pas participé à sa négociation, mais ont ultérieurement consenti à son application provisoire. La pratique pertinente peut être déterminée à la lumière de certains accords sur des produits de base qui ne sont jamais entrés en vigueur, mais dont l'application provisoire a été prorogée au-delà de la date de leur extinction²⁷². Dans le cas de ces accords, la prorogation peut être interprétée comme s'appliquant aussi aux États ayant adhéré à l'accord, ce qui montre que ces États étaient considérés comme ayant également appliqué l'accord provisoirement. En outre, établir une distinction entre différents groupes d'États ou d'organisations internationales selon qu'ils ont ou non participé à la négociation du traité n'est guère utile dans le contexte des traités bilatéraux ; or, ce sont ces traités qui constituent la grande majorité des instruments appliqués à titre provisoire. C'est pourquoi le projet de directive 3 réaffirme la règle de base sans mentionner « les États ayant participé à la négociation » ou « les États et les organisations [...] ayant participé à la négociation ».

7) Le projet de directive 3 doit être lu en parallèle avec le projet de directive 4, qui apporte des précisions sur l'application à titre provisoire au moyen d'un accord distinct en expliquant le sens des termes « convenu d'une autre manière ».

Directive 4 **Forme de l'accord**

Outre le cas dans lequel le traité en dispose ainsi, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité peut être convenue entre les États ou organisations internationales concernés au moyen :

- a) D'un traité distinct ; ou
- b) De tout autre moyen ou arrangement, y compris :
 - i) Une résolution, décision ou autre acte adopté par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale conformément aux règles d'une telle organisation ou conférence, reflétant l'accord des États ou organisations internationales concernés ;
 - ii) Une déclaration d'un État ou d'une organisation internationale qui est acceptée par les autres États ou organisations internationales concernés.

Commentaire

1) Le projet de directive 4 traite des formes d'accords au moyen desquels l'application à titre provisoire d'un traité ou une partie d'un traité peut être convenue, outre le cas dans lequel le traité en question en dispose ainsi. Il est structuré comme l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, qui envisage d'abord l'application à titre provisoire expressément prévue par le traité, et ensuite l'application à titre provisoire convenue « d'une autre manière » par les États ou les organisations internationales, qui se produit généralement lorsque le traité est muet sur ce point.

²⁷² Voir, par exemple, l'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1955, n° 33484, p. 81), qui a été prorogé plusieurs fois en vertu de l'article 46 de l'Accord et auquel quelques États (Guatemala, Mexique, Nigéria et Pologne) ont adhéré dans l'intervalle. Voir aussi le cas du Monténégro vis-à-vis du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention (ibid., vol. 2677, n° 2889, p. 3, à la page 34). Le Monténégro, qui a accédé à l'indépendance en 2006 et n'était donc pas un État ayant participé à la négociation, a succédé audit traité et a eu le choix d'appliquer à titre provisoire certaines de ses dispositions conformément à l'Accord de Madrid (Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole n° 14 [à la Convention européenne des droits de l'homme] dans l'attente de son entrée en vigueur). Pour les déclarations par lesquelles l'Albanie, l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Estonie, le Liechtenstein, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Suisse ont accepté l'application provisoire, voir ibid., p. 30 à 37.

2) La première possibilité est que le traité appliqué à titre provisoire envisage lui-même l'application à titre provisoire, ce qu'il peut faire de différentes manières, que ce soit en disposant que les États ayant participé à la négociation ou les États signataires sont tenus de l'appliquer provisoirement ou donnant à ces États l'option d'accepter ou de refuser l'application provisoire au moyen, par exemple, d'une déclaration ou d'une notification adressée au dépositaire du traité²⁷³.

3) La deuxième possibilité, à savoir que les États conviennent d'appliquer le traité à titre provisoire lorsque le traité lui-même ne l'envisage pas, est inscrite dans la formule introductive « [o]utre le cas dans lequel le traité en dispose ainsi », qui fait écho aux termes « lorsque le traité lui-même en dispose ainsi » employés dans le projet de directive 3 et repris de l'article 25. Le membre de phrase « entre les États ou organisations internationales concernés » a le même sens que dans le projet de directive 3. Deux moyens supplémentaires de convenir de l'application d'un traité à titre provisoire sont énoncés dans les alinéas.

4) L'alinéa a) envisage la possibilité de convenir de l'application à titre provisoire au moyen d'un traité distinct du traité appliqué provisoirement²⁷⁴. Comme dans les cas de figure qui relèvent de la première possibilité et conformément au paragraphe 1 (al. a)) de l'article 2 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, le terme « traité » doit être interprété comme désignant tous les instruments conclus en vertu du droit des traités et qui constituent un accord entre des États ou des organisations internationales, quelle que soit leur dénomination. Ces instruments peuvent prendre la forme d'un échange de lettres ou de notes, de mémorandums d'accord, de déclarations d'intention ou de protocoles²⁷⁵.

5) L'alinéa b) pose que l'application à titre provisoire peut être convenue non seulement par un traité distinct, mais aussi par « tout autre moyen ou arrangement », ce qui élargit l'éventail des moyens par lesquels l'application provisoire d'un traité peut être décidée. Ainsi, les instruments qui ne sont pas couverts par l'alinéa a) peuvent l'être par l'alinéa b), ce qui reflète la souplesse qui caractérise l'application à titre provisoire²⁷⁶. Dans un souci de

²⁷³ Voir, par exemple, l'article 23 du Traité sur le commerce des armes. Pour un exemple de consentement à être lié par l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité exprimé au moyen d'une déclaration, mais néanmoins expressément prévu par un accord parallèle au traité, voir le Protocole sur l'application provisoire de l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet (Bruxelles, 1^{er} octobre 2015, disponible à l'adresse suivante : https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/RegV/REGV_COO_2026_100_2_1876101/COO_2026_100_2_1879091.pdf). Voir aussi le paragraphe 2 de l'article 37 du Protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, (Strasbourg, 10 octobre 2018, Conseil de l'Europe, *Série des Traités*, n° 223).

²⁷⁴ Parmi les exemples de traités bilatéraux relatifs à l'application à titre provisoire qui sont distincts du traité appliqué provisoirement, on peut citer l'Accord relatif à la fiscalité des revenus de l'épargne et à son application provisoire entre les Pays-Bas et l'Allemagne (ibid., vol. 2821, n° 49430, p. 3) et l'Amendement à l'Accord relatif aux services aériens entre le Royaume des Pays-Bas et l'État du Qatar (ibid., vol. 2265, n° 40360, p. 507, à la page 515). Les Pays-Bas ont conclu un certain nombre de traités de ce type. Parmi les exemples de traités multilatéraux relatifs à l'application à titre provisoire qui sont distincts du traité appliqué provisoirement, on peut citer le Protocole d'application provisoire de l'Accord portant création du Centre de la Communauté des Caraïbes sur les changements climatiques (ibid., vol. 2953, n° 51181, p. 181), le Protocole d'application provisoire du Traité révisé de Chaguaramas et l'Accord de Madrid (Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole n° 14 [à la Convention européenne des droits de l'homme] dans l'attente de son entrée en vigueur).

²⁷⁵ Voir le paragraphe 2 du commentaire de l'article 22 du projet d'articles sur le droit des traités (note 265 *supra*), p. 210 ; O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2^e éd. (Berlin, Springer, 2018), p. 449 et 450 ; Mathy, « Article 25 » (note 254 *supra*), p. 649 à 651.

²⁷⁶ Dans la pratique, certains traités ont été enregistrés auprès de l'Organisation des Nations Unies comme ayant été appliqués à titre provisoire, mais aucune indication n'a été fournie quant aux moyens ou arrangements employés pour convenir de l'application provisoire. Entre autres exemples, on peut citer : l'Accord entre le Royaume des Pays-Bas et les États-Unis d'Amérique relatif au statut du personnel des États-Unis dans la partie caribéenne du Royaume (ibid., vol. 2967, n° 51578, p. 79) ; l'Accord de coopération entre le Gouvernement de la République de Lettonie et le Gouvernement de la République azerbaïdjanaise en vue de combattre le terrorisme, le trafic illicite de stupéfiants, de substances psychotropes et ses précurseurs et le crime organisé (ibid., vol. 2461, n° 44230, p. 205) ; l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la République du Kazakhstan

clarté, deux exemples des « moyen[s] ou arrangement[s] » envisagés sont donnés aux alinéas b) i) et ii). Ces exemples ne sont pas destinés à constituer une liste exhaustive.

6) L'alinéa b) i) envisage le scénario selon lequel l'application à titre provisoire serait convenue au moyen d'« [u]ne résolution, décision ou autre acte adopté par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ». L'expression « conférence intergouvernementale » doit être interprétée au sens large et peut désigner la conférence diplomatique de plénipotentiaires convoquée pour négocier un traité multilatéral ou une réunion des États parties audit traité. Le membre de phrase « reflétant l'accord des États ou organisations internationales concernés » fait référence à la « résolution, décision ou autre acte » qui a été adopté par l'organisation ou la conférence internationale et qui prévoit la possibilité d'une application provisoire du traité. La référence à l'« accord » vient souligner que les États ou organisations internationales concernés doivent consentir à l'application provisoire. La manière d'exprimer son accord à cette application dépend des règles de l'organisation ou de la conférence, ce qui est précisé par le membre de phrase « conformément aux règles d'une telle organisation ou conférence ». Ce membre de phrase doit être interprété à la lumière de l'alinéa b) de l'article 2 des articles de 2011 sur la responsabilité des organisations, qui prévoit que l'expression « règles de l'organisation » :

s'entend notamment des actes constitutifs, des décisions, résolutions et autres actes de l'organisation internationale adoptés conformément aux actes constitutifs, ainsi que de la pratique bien établie de l'organisation²⁷⁷.

7) L'alinéa b) ii) fait référence à la possibilité exceptionnelle qu'a un État ou une organisation internationale de convenir de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité au moyen d'une déclaration dans les cas où cette application n'est pas prévue par le traité en question ni convenue par un autre instrument²⁷⁸. La déclaration doit toutefois être expressément acceptée par les autres États ou organisations internationales concernés ; pour que le traité devienne applicable à titre provisoire à l'égard de ces États ou organisations internationales, la seule absence d'objection ne suffit pas. Si l'acceptation doit en principe être exprimée par écrit, le projet de directive est libellé en des termes suffisamment souples pour permettre d'autres modes d'acceptation, à condition toutefois que celle-ci soit expresse. Le terme « déclaration » ne doit pas être entendu comme renvoyant au régime juridique concernant les déclarations unilatérales des États, qui ne concerne pas l'application provisoire des traités²⁷⁹.

Directive 5 **Prise d'effet**

L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité prend effet à la date et suivant les conditions et les modalités fixées par le traité ou autrement convenues.

relatif à la création du Bureau sous-régional pour l'Asie du Nord et l'Asie centrale de la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique des Nations Unies (ibid., vol. 2761, n° 48688, p. 352). Voir R. Lefeber, « The provisional application of treaties », dans *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, J. Klabbers et R. Lefeber (dir. publ.) (La Haye, Martinus Nijhoff, 1998), p. 81.

²⁷⁷ *Annuaire ... 2011*, vol. II (2^e partie), par. 87 et 88, ultérieurement annexé à la résolution 66/100 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011.

²⁷⁸ On peut citer en exemple la déclaration de la République arabe syrienne, de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1974, n° 33757). Quand la République arabe syrienne a déclaré unilatéralement qu'elle appliquerait la Convention à titre provisoire, le Directeur général de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques lui a répondu que sa « demande » d'application provisoire serait communiquée aux États parties par l'entremise du Dépositaire. La Convention ne prévoit pas l'application provisoire, et celle-ci n'a pas été envisagée lors des négociations. Ni les États parties ni l'organisation ne se sont opposés à ce que la République arabe syrienne donne suite à sa déclaration unilatérale (voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/675), par. 35 c), et le troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/687, par. 120).

²⁷⁹ *Annuaire ... 2006*, vol. II (2^e partie), par. 173 à 177.

Commentaire

- 1) Le projet de directive 5 traite de la prise d'effet de l'application à titre provisoire. Il est inspiré du paragraphe 1 de l'article 24 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, relatif à l'entrée en vigueur des traités.
- 2) Le premier membre de phrase reflète la décision de faire porter le Guide sur l'application à titre provisoire d'un traité dans son intégralité ou d'une partie d'un traité. Le membre de phrase « prend effet [...] à la date et suivant les conditions et les modalités fixées » détermine la date de la prise d'effet de l'application à titre provisoire. Inspiré du libellé de l'article 68 de la Convention de Vienne de 1969, dans lequel sont employés les termes « pris effet », il établit que la disposition concerne les effets juridiques qu'a le traité à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale qui décide de l'appliquer à titre provisoire.
- 3) La formule « à la date et suivant les conditions et les modalités fixées » renvoie aux différentes manières de déclencher l'application à titre provisoire des traités qui se dégagent de la pratique contemporaine²⁸⁰. L'application provisoire peut prendre effet, notamment, à la signature, à une certaine date, sur notification ou, dans le cas de traités multilatéraux, avec l'adoption d'une décision par une organisation internationale.
- 4) Le dernier membre de phrase, « fixées par le traité ou autrement convenues », vient réaffirmer que l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité peut être convenue par une disposition du traité concerné, par un traité distinct de quelque type que ce soit ou par tout autre moyen ou arrangement prévoyant l'application provisoire, ainsi qu'il est dit dans le projet de directive 4, et est soumise aux conditions et modalités fixées par pareils instruments et mécanismes.
- 5) Le projet de directive 5 est sans préjudice du paragraphe 4 de l'article 24 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, selon lequel les dispositions concernant les questions qui se posent nécessairement avant l'entrée en vigueur d'un traité sont applicables dès l'adoption du texte. Parmi ces questions figurent l'authentification du texte du traité, l'établissement du consentement à être lié par le traité, les modalités ou la date d'entrée en vigueur, les réserves et les fonctions du dépositaire. Les dispositions en question s'appliquent donc automatiquement, sans qu'il soit nécessaire de s'accorder expressément sur leur application à titre provisoire, et peuvent présenter un intérêt pour ce qui est de la prise d'effet de l'application provisoire du traité.

Directive 6 Effet juridique

L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité produit une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci entre les États ou organisations internationales concernés, sauf dans la mesure où le traité en dispose autrement ou qu'il en est autrement convenu. Un tel traité ou partie d'un traité qui s'applique à titre provisoire doit être exécuté de bonne foi.

Commentaire

- 1) Le projet de directive 6 traite de l'effet juridique de l'application à titre provisoire. Deux types d'« effet juridique » peuvent être envisagés : l'effet juridique de l'accord relatif à l'application à titre provisoire du traité ou d'une partie du traité, et l'effet juridique du traité ou de la partie du traité qui sont appliqués à titre provisoire.
- 2) La première phrase du projet de directive établit que l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité produit une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci entre les États ou organisations internationales concernés. En d'autres termes, un traité ou une partie d'un traité appliqués à titre provisoire sont considérés comme contraignants pour les parties qui les appliquent provisoirement à compter de la date de la prise d'effet de l'application provisoire entre ces parties. Cet effet juridique découle de l'accord relatif à l'application provisoire du traité (ou l'acceptation de

²⁸⁰ Voir [A/CN.4/707](#), par. 104, al. d) à g).

celui-ci) par les États ou les organisations internationales concernés, qui peut prendre l'une des formes définies au projet de directive 4. Lorsque, comme c'est souvent le cas, l'accord en question est muet quant à l'effet juridique de l'application provisoire, le projet de directive précise que l'application provisoire emporte l'obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci²⁸¹.

3) Le membre de phrase introductif « [l']application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité » est aligné sur la formulation du projet de directive 5. Le membre de phrase « une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci », qui est au cœur du projet de directive, décrit l'effet juridique que produit le traité pour l'État ou l'organisation internationale concernés et le comportement qui est attendu des États ou des organisations internationales qui conviennent de recourir à l'application à titre provisoire. Les termes « entre les États ou organisations internationales concernés » viennent préciser entre qui le traité, ou une partie du traité, doivent être appliqués. Peuvent être concernés non seulement les autres États ou organisations internationales qui appliquent le traité à titre provisoire, mais aussi les États et organisations internationales pour lesquels le traité est entré en vigueur, dans le contexte de leurs relations avec ceux et celles qui l'appliquent toujours provisoirement.

4) Le dernier membre de phrase, « sauf dans la mesure où le traité en dispose autrement ou qu'il en est autrement convenu », établit que la règle de base est subordonnée au traité ou à tout autre accord, qui peuvent prévoir des effets juridiques différents. Cette idée, à savoir la présomption selon laquelle une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie du traité est créée à moins que les parties n'en conviennent autrement, est confirmée par la pratique des États²⁸².

5) La seconde phrase du projet de directive 6 réaffirme que le traité appliqué à titre provisoire doit l'être de bonne foi. Elle reflète l'obligation d'agir de bonne foi (*pacta sunt servanda*) énoncée à l'article 26 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. L'article 26 emporte plusieurs effets juridiques, le premier étant l'obligation contraignante produite par l'application à titre provisoire, exprimée dans la première phrase du projet de directive, et le deuxième étant que le traité en vigueur « doit être exécuté de bonne foi ». Les mots « [u]n tel » permettent de lier la première phrase du projet de directive (l'effet juridique de l'obligation contraignante résultant de l'application à titre provisoire) et la seconde (l'effet juridique né de l'obligation d'exécuter le traité de bonne foi), venant ainsi établir que les deux effets juridiques se rapportent au même traité.

6) On retiendra toutefois qu'il y a une différence importante entre l'application à titre provisoire et l'entrée en vigueur d'un traité. L'application à titre provisoire n'est pas destinée à faire naître l'ensemble des droits et obligations découlant du consentement d'un État ou d'une organisation internationale à être lié par un traité ou une partie d'un traité. Elle diffère de l'entrée en vigueur en ce qu'elle n'est pas soumise à toutes les règles du droit des traités. En conséquence, le membre de phrase « [l']application à titre provisoire [...] produit une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci » ne signifie pas que l'application à titre provisoire a exactement le même effet juridique que l'entrée en vigueur. L'expression « une obligation juridiquement contraignante » est destinée à préciser l'effet juridique produit par l'application à titre provisoire et à éviter toute interprétation tendant à assimiler l'application à titre provisoire à l'entrée en vigueur²⁸³.

7) Il ressort implicitement du projet de directive que l'application d'un traité à titre provisoire est sans incidence sur les droits et obligations des autres États ou organisations internationales²⁸⁴. L'application provisoire ne saurait non plus entraîner une modification de

²⁸¹ Voir Mathy, « Article 25 » (note 254 *supra*), p. 651.

²⁸² Voir les exemples de la pratique de l'Association européenne de libre-échange (AELE) présentés dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/718).

²⁸³ Voir le paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 22 du projet d'articles sur le droit des traités (note 265 *supra*), p. 229, et *Annuaire ... 2013*, vol. II (1^{re} partie), et l'étude du Secrétariat sur l'application à titre provisoire des traités (A/CN.4/658), par. 44 à 55. Voir aussi le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/664).

²⁸⁴ Cela étant, la pratique ultérieure de l'une ou de plusieurs des parties à un traité peut être un moyen d'interprétation du traité au sens des articles 31 ou 32 de la Convention de Vienne de 1969. Voir le

la teneur du traité étant donné qu'elle consiste uniquement en l'obligation d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci. En outre, le projet de directive 6 ne saurait être compris comme limitant la liberté qu'ont les États ou les organisations internationales d'amender ou de modifier le traité appliqué à titre provisoire conformément aux dispositions de la partie IV des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986.

Directive 7

Réserves

Les présents projets de directive sont sans préjudice de toute question concernant les réserves relatives à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité.

Commentaire

- 1) Le projet de directive 7 concerne la possibilité pour un État ou une organisation internationale de formuler des réserves visant à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqués à titre provisoire.
- 2) Les « question[s] concernant les réserves relatives à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité » incluent, sans toutefois s'y limiter, les questions relatives aux dispositions de la section 2 de la Partie II de la Convention de Vienne de 1969.
- 3) Le projet de directive est formulé comme une clause « sans préjudice ». Étant donné que la pratique pertinente est relativement pauvre et vu les commentaires et observations reçus des États, le projet de directives et le commentaire n'ont pas vocation à couvrir dans le détail les questions pouvant se poser²⁸⁵. Le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, s'il ne traite pas expressément des réserves relatives à l'application à titre provisoire, peut néanmoins fournir des orientations à ce sujet²⁸⁶.
- 4) En théorie, rien n'empêche de formuler des réserves relatives à l'application à titre provisoire. L'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 dispose que les États et les organisations internationales peuvent formuler une réserve au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer. La décision d'appliquer le traité à titre provisoire peut intervenir au moment de la signature (avant l'entrée en vigueur du traité pour l'État ou l'organisation internationale concerné), ou avant ou pendant la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion (dans les cas où le traité n'est pas encore en vigueur).
- 5) Ainsi qu'il est mentionné plus haut, le projet de directive a été formulé comme une clause « sans préjudice » pour tenir compte du fait que la pratique concernant la formulation de réserves relatives à l'application à titre provisoire est relativement pauvre. S'agissant des traités bilatéraux, une déclaration unilatérale formulée après le paraphe ou la signature, mais avant l'entrée en vigueur, par laquelle un État ou une organisation internationale vise à obtenir de l'autre partie une modification des dispositions du traité ne constitue pas une réserve²⁸⁷. S'agissant des traités multilatéraux, il faut distinguer toutes déclarations interprétatives faites par l'État au moment de donner son accord à l'application provisoire de tel traité et toutes déclarations de renonciation à l'application provisoire dudit traité des réserves²⁸⁸, au sens du droit des traités²⁸⁹. Il reste toutefois à déterminer dans quelle mesure ces déclarations interprétatives ou unilatérales ont, dans un cas donné, un effet juridique comparable à celui des réserves. Il pourrait aussi être judicieux d'opérer une distinction entre,

chapitre IV du document [A/73/10](#), sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.

²⁸⁵ Voir les commentaires et observations reçus des États et des organisations internationales ([A/CN.4/737](#)).

²⁸⁶ *Annuaire ... 2011*, vol. II (3^e partie).

²⁸⁷ Voir la directive 1.6.1 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire ... 2011*, vol. II (3^e partie), par. 1 et 2.

²⁸⁸ Voir, en particulier, la directive 1.3 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *ibid.*

²⁸⁹ Voir, par exemple, l'article 45 (par. 2 a)) du Traité sur la Charte de l'énergie (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2080, n° 36116, p. 95) et l'article 7 (par. 1 a)) de l'Accord relatif à l'application de la Partie IX de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.

d'une part, le cas où un État ou une organisation internationale formule une réserve concernant la seule phase de l'application à titre provisoire et, d'autre part, le cas où un État ou une organisation internationale formule une ou plusieurs réserves destinées à produire leurs effets au-delà de cette phase.

Directive 8 **Responsabilité en cas de violation**

La violation d'une obligation découlant d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqué à titre provisoire engage la responsabilité internationale conformément aux règles applicables du droit international.

Commentaire

1) Le projet de directive 8 traite de la responsabilité en cas de violation d'une obligation découlant d'un traité ou d'une partie d'un traité appliqués à titre provisoire. Il s'explique par l'effet juridique qu'a l'application à titre provisoire et qui est décrit dans le projet de directive 6, notamment le principe *pacta sunt servanda*. Étant donné que l'application provisoire d'un traité emporte des obligations juridiquement contraignantes, la violation de ces obligations constitue un fait internationalement illicite engageant la responsabilité internationale. L'État ou l'organisation internationale qui enfreint ses obligations envers les autres États ou organisations internationales concernés peut voir sa responsabilité internationale engagée. Le projet de directive a été jugé comme une addition nécessaire en ce qu'il traite d'une conséquence juridique fondamentale de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. L'article 73 de la Convention de Vienne de 1969 et l'article 74 de la Convention de Vienne de 1986 prévoient tous deux que les dispositions de la Convention ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité en raison de la responsabilité internationale d'un État. Ainsi qu'il ressort du projet de directive 2, la portée du Guide n'est pas limitée à celle des deux Conventions de Vienne.

2) Le projet de directive doit être lu conjointement avec les articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁹⁰ et les articles de 2011 sur la responsabilité d'une organisation internationale pour un fait internationalement illicite²⁹¹ dans la mesure où ils reflètent le droit international coutumier. Les termes « une obligation découlant » et « engage » sont repris de ces articles, et c'est aux règles applicables qui se dégagent de ceux-ci, entre autres, que le membre de phrase final « conformément aux règles applicables du droit international » renvoie.

Directive 9 **Extinction**

1. L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité prend fin avec l'entrée en vigueur de ce traité dans les relations entre les États ou organisations internationales concernés.

2. À moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation internationale prend fin si cet État ou l'organisation internationale notifie aux autres États ou organisations internationales concernés son intention de ne pas devenir partie au traité.

3. À moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu, un État ou une organisation internationale peut invoquer d'autres motifs pour mettre fin à l'application à titre provisoire, auquel cas il le notifie aux autres États ou organisations internationales concernés.

4. À moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu, le fait que l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a pris

²⁹⁰ *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 76, ultérieurement annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001.

²⁹¹ *Annuaire ... 2011*, vol. II (2^e partie), par. 87, ultérieurement annexé à la résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011.

fin ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique créés par l'exécution de ladite application à titre provisoire avant qu'elle ait pris fin.

Commentaire

1) Le projet de directive 9 porte sur la cessation de l'application à titre provisoire. En principe, l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité par un État ou une organisation internationale prend fin dans deux cas : premièrement, lorsque le traité entre en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés ; deuxièmement, lorsque l'État ou l'organisation internationale appliquant le traité ou une partie du traité à titre provisoire notifie aux autres États ou organisations internationales entre lesquels le traité ou la partie du traité est provisoirement appliqué son intention de ne pas devenir partie au traité. Cela n'empêche pas, toutefois, qu'il soit mis fin à l'application provisoire par d'autres moyens.

2) Le paragraphe 1 traite de la cessation de l'application à titre provisoire à l'entrée en vigueur du traité, qui est le cas de figure le plus fréquent²⁹². La cessation de l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité du fait de l'entrée en vigueur du traité entre les États et les organisations internationales concernés est implicitement envisagée au projet de directive 3 par la formule « en attendant son entrée en vigueur », inspirée de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986²⁹³. Conformément au projet de directive 5, l'application provisoire se poursuit à l'égard de deux ou plusieurs États ou organisations internationales appliquant provisoirement le traité ou une partie du traité, et ce, jusqu'à ce que le traité entre en vigueur entre eux²⁹⁴.

3) La formule « dans les relations entre les États ou organisations internationales concernés » vient distinguer l'entrée en vigueur du traité de son application à titre provisoire par une ou plusieurs parties. Cette distinction est particulièrement pertinente en ce qui concerne les relations entre les parties à un traité multilatéral, ce type de traité pouvant entrer en vigueur pour certaines parties tout en continuant de n'être appliqué qu'à titre provisoire à l'égard des autres. La formule vise de ce fait à couvrir toutes les situations juridiques possibles en la matière.

4) Le paragraphe 2 concerne le second cas de figure envisagé au paragraphe 1 du commentaire du projet de directive – à savoir le cas dans lequel l'État ou l'organisation internationale notifie son intention de ne pas devenir partie au traité. Il suit étroitement le libellé du paragraphe 2 de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986.

5) Le membre de phrase « [à] moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu », par lequel commence le paragraphe 2, s'écarte du texte pertinent des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 en ce qu'il n'est pas assorti de l'indication selon laquelle seuls les États ou les organisations internationales « ayant participé à la négociation »

²⁹² Voir l'étude du Secrétariat sur l'application à titre provisoire des traités (A/CN.4/707), par. 88.

²⁹³ La plupart des traités bilatéraux disposent que le traité s'applique à titre provisoire « en attendant son entrée en vigueur », « en attendant sa ratification », « en attendant l'accomplissement des formalités nécessaires à son entrée en vigueur », « en attendant l'aboutissement de ces procédures internes et l'entrée en vigueur de la présente Convention », « en attendant que les Gouvernements s'informent par écrit de l'accomplissement des formalités constitutionnelles requises dans leurs pays respectifs », « jusqu'à l'accomplissement de toutes les procédures mentionnées au paragraphe 1 du présent article » ou « jusqu'à son entrée en vigueur » (voir A/CN.4/707, par. 90). C'est aussi le cas de traités multilatéraux comme l'Accord de Madrid (Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme dans l'attente de son entrée en vigueur) qui prévoit, au paragraphe d), que « [c]ette déclaration [d'acceptation de l'application provisoire] cessera d'être effective au moment de l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 bis à l'égard de la Haute Partie contractante concernée ».

²⁹⁴ Voir, par exemple, l'Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République de Slovénie concernant l'inclusion dans les réserves de l'Office slovène des réserves minimum en pétrole et dérivés de pétrole slovène des provisions du pétrole et des dérivés de pétrole stocké en Allemagne pour la Slovénie (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2169, n° 38039, p. 287, à la page 306) et l'Échange de notes constituant un accord entre le Gouvernement espagnol et le Gouvernement colombien sur la gratuité de visas (*ibid.*, vol. 2253, n° 20662, p. 328, aux pages 335 à 338).

peuvent convenir que l'application à titre provisoire du traité prend fin. La formule « ou qu'il en soit autrement convenu » s'applique tant aux États ou organisations internationales qui ont participé à la négociation du traité qu'aux États et organisations internationales qui n'y ont pas pris part, mais appliquent néanmoins le traité à titre provisoire. Étant donné la complexité aujourd'hui inhérente à la conclusion de traités multilatéraux, la pratique contemporaine va dans le sens d'une lecture large du libellé des deux Conventions de Vienne, à savoir que tous les États ou organisations internationales concernés sont juridiquement sur un pied d'égalité pour ce qui est de l'application provisoire, les questions y relatives pouvant en effet nécessiter l'accord d'autres États ou organisations internationales²⁹⁵.

6) Le dernier membre de phrase du paragraphe 2, « notifie aux autres États ou organisations internationales concernés²⁹⁶ », fait référence aux États et organisations internationales entre lesquels un traité ou une partie d'un traité est appliqué ou peut être appliqué à titre provisoire ainsi qu'à tous les États qui ont exprimé leur consentement à être liés par le traité.

7) Tout accord sur l'application à titre provisoire peut prévoir, pour éviter tout contretemps, que l'intention de mettre fin à cette application doit être notifiée à l'avance. La Commission a néanmoins décidé de ne pas reprendre *mutatis mutandis* la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 56 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, qui prévoit qu'un traité qui ne contient pas de dispositions relatives à son extinction et ne prévoit pas qu'on puisse le dénoncer ou s'en retirer ne peut faire l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait que sur notification dans un certain délai correspondant à une période jugée raisonnable. Cette décision a été motivée par le souci de la Commission de conserver à l'article 25 la souplesse qui le caractérise et par le fait que la pratique pertinente ne suffit pas à justifier l'inclusion de pareille règle.

8) Le paragraphe 3 réserve aux États et aux organisations internationales la possibilité de mettre fin à l'application à titre provisoire pour d'autres motifs que celui envisagé au paragraphe 2. Cette possibilité est implicitement prévue au paragraphe 2 de l'article 25, qui offre une certaine souplesse pour ce qui est de mettre fin à l'application à titre provisoire. Ainsi, un État ou une organisation internationale peut mettre fin à l'application à titre provisoire d'un traité multilatéral même s'il a toujours l'intention de devenir partie au traité. Autre cas de figure, face à une violation substantielle, un État ou une organisation

²⁹⁵ Cette approche cadre avec celle qui a été suivie dans le projet de directive 3 concernant la position des États ayant participé à la négociation. Voir *supra* le paragraphe 6 du commentaire du projet de directive 3.

²⁹⁶ Un petit nombre de traités bilatéraux contiennent des dispositions expresses sur la cessation de l'application à titre provisoire, et certains en prévoient la notification. À titre d'exemple, on peut citer l'Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République des Îles Marshall concernant la coopération en vue de la répression par mer de la prolifération des armes de destruction massive, leurs systèmes de lancement et matériels connexes (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2962, n° 51490, p. 339), art. 17, ainsi que : le Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Royaume des Pays-Bas relatif à la mise en œuvre de contrôles de la circulation aérienne par la République fédérale d'Allemagne au-dessus du territoire néerlandais et relatif à l'impact des opérations de l'aéroport Niederrhein sur le territoire du Royaume des Pays-Bas (*ibid.*, vol. 2389, n° 43165, p. 117, à la page 187) ; l'Accord entre l'Espagne et le Fonds international d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (*ibid.*, vol. 2161, n° 37756, p. 45, à la page 54) ; le Traité entre le Royaume d'Espagne et l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord représentée par le Grand quartier général des puissances alliées en Europe sur les conditions spéciales applicables à l'établissement et au fonctionnement sur le territoire espagnol de quartiers généraux militaires internationaux (*ibid.*, vol. 2156, n° 37662, p. 139, à la page 173). En ce qui concerne la cessation de l'application provisoire des traités multilatéraux, l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (*ibid.*, vol. 2167, n° 37924, p. 3, aux pages 126 et 127) comprend une disposition (l'article 41) qui permet de mettre fin à l'application à titre provisoire au moyen d'une notification, et qui s'inspire du libellé du paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969. En outre, la pratique relative aux accords sur les produits de base montre qu'il peut être convenu de mettre fin à l'application à titre provisoire par un retrait de l'accord, comme dans le cas de l'Accord international sur l'huile d'olive et les olives de table.

internationale peut faire cesser ou suspendre l'application provisoire uniquement à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale ayant commis la violation et continuer d'appliquer le traité provisoirement à l'égard des autres parties. Il se peut aussi que l'État ou l'organisation internationale qui a subi les conséquences de la violation substantielle recommence à appliquer le traité provisoirement après avoir obtenu une réparation adéquate.

9) Concernant le membre de phrase introductif « [à] moins que le traité en dispose autrement ou qu'il en soit autrement convenu », les mêmes considérations que celles formulées dans le contexte du paragraphe 2 s'appliquent au paragraphe 3. La formule « peut invoquer » vient réaffirmer le caractère facultatif de l'invocation d'autres motifs pour mettre fin à l'application à titre provisoire tout en exprimant la nécessité de préciser les motifs en question. De surcroît, l'État ou l'organisation internationale qui invoque un autre motif est tenu (« shall », en anglais) de le notifier aux autres États et organisations internationales concernés au sens où ces termes sont entendus dans le présent Guide. Étant donné la diversité des circonstances dans lesquelles il peut être mis fin à l'application à titre provisoire, il ne serait pas possible de fixer une règle générale concernant le délai de notification. La cessation de l'application provisoire de certains traités, par exemple ceux qui portent création d'un mécanisme, doit néanmoins être notifiée suffisamment à l'avance. Dans certains cas, elle peut intervenir immédiatement après réception de la notification, comme il est indiqué au paragraphe 7 du présent commentaire.

10) Les prescriptions procédurales relatives à l'extinction des traités déjà en vigueur qui sont énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 ne s'appliquent pas généralement à la cessation de l'application à titre provisoire²⁹⁷. Toutefois, à des fins de sécurité juridique, le paragraphe 4 du projet de directive contient une clause de sauvegarde dont l'objectif est de réaffirmer que, en principe, la cessation de l'application à titre provisoire d'un traité ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique créés par l'exécution de ladite application à titre provisoire avant qu'elle ait pris fin. Cette disposition est calquée sur le paragraphe 1 b) de l'article 70 de la Convention de Vienne de 1969.

Directive 10

Droit interne des États, règles des organisations internationales et respect des traités appliqués à titre provisoire

1. Un État qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire.

2. Une organisation internationale qui a convenu de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme justifiant la non-exécution d'une obligation découlant de ladite application à titre provisoire.

Commentaire

1) Le projet de directive 10 concerne le respect des traités appliqués à titre provisoire et leur relation avec le droit interne des États et les règles des organisations internationales. Plus précisément, il porte sur l'invocation du droit interne des États ou, dans le cas des organisations internationales, des règles de l'organisation concernée, pour justifier la non-exécution d'une obligation découlant de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. Le premier paragraphe est consacré à la règle applicable aux États, et le second à la règle applicable aux organisations internationales.

²⁹⁷ Voir S. Talmon et A. Quast Mertsch, « Germany's position and practice on provisional application of treaties », GPIL – German Practice in International Law, 2021.

2) Cette disposition a été formulée suivant le libellé de l'article 27 des Conventions de Vienne de 1969²⁹⁸ et 1986²⁹⁹. Elle devrait donc être considérée conjointement avec ces articles ainsi qu'avec les autres règles de droit international applicables.

3) L'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité est régie par le droit international. Comme l'article 27³⁰⁰, le projet de directive 10 pose comme règle générale qu'un État ou une organisation internationale ne peut invoquer les dispositions de son droit interne ou ses règles pour justifier la non-exécution d'une obligation découlant de l'application à titre provisoire. Les dispositions et règles en question ne sauraient non plus être invoquées par un État ou une organisation internationale pour se dégager de la responsabilité pouvant découler de la violation de pareille obligation³⁰¹. Cependant, comme il est indiqué dans le projet de directive 12, les États et organisations internationales concernés peuvent convenir de l'application à titre provisoire avec des limites découlant de leur droit interne ou de leurs règles, respectivement.

4) Si chaque État ou organisation internationale peut s'appuyer sur son droit interne ou ses règles pour convenir ou non d'appliquer provisoirement un traité ou une partie d'un traité³⁰², une fois que l'application à titre provisoire a été convenue, une incompatibilité avec le droit interne ou les règles en question ne saurait justifier qu'il n'y soit pas donné effet. Le droit international ne permet donc pas d'invoquer des dispositions internes pour justifier la non-application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité.

5) Ainsi qu'il ressort du projet de directive 8, l'État ou l'organisation internationale qui invoque son droit interne ou ses règles pour ne pas s'acquitter des obligations découlant de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité voit sa responsabilité internationale engagée³⁰³. Toute autre interprétation serait contraire au droit de la responsabilité internationale, selon lequel la qualification du fait d'un État ou d'une organisation internationale comme internationalement illicite relève du droit international et peu importe que le fait en question soit licite au regard du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation internationale³⁰⁴.

6) La formule « droit interne des États [et] règles des organisations internationales » couvre toutes les dispositions de droit interne et toutes les règles des organisations internationales, et pas uniquement celles qui portent expressément sur l'application à titre provisoire des traités.

²⁹⁸ L'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 dispose :

Droit interne et respect des traités

Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46.

²⁹⁹ L'article 27 de la Convention de Vienne de 1986 dispose :

Droit interne des États, règles des organisations internationales et respect des traités

1. Un État partie à un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution du traité.

2. Une organisation internationale partie à un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme justifiant la non-exécution du traité.

3. Les règles énoncées dans les paragraphes précédents sont sans préjudice de l'article 46.

³⁰⁰ Voir A. Schaus, « Convention de 1969. Article 27 : droit interne et respect des traités », dans Corten et Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I (voir *supra* la note 254), p. 688 à 701, à la page 689.

³⁰¹ Voir l'article 7, « Caractère obligatoire des traités : principe de la primauté du droit international sur le droit interne », dans le quatrième rapport de Sir Gerald Fitzmaurice, Rapporteur spécial (*Annuaire ... 1959*, vol. II, A/CN.4/120, p. 44).

³⁰² Voir Mertsch, *Provisionally Applied Treaties...* (note 254 *supra*), p. 64.

³⁰³ Voir Mathy, « Article 25 » (note 254 *supra*), p. 646.

³⁰⁴ Voir l'article 3 des articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (*Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 76, ultérieurement annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001) ; et l'article 5 des articles de 2011 sur la responsabilité des organisations internationales (*Annuaire ... 2011*, vol. II (2^e partie), par. 87, ultérieurement annexé à la résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011).

7) La formule « obligation découlant de ladite application à titre provisoire », employée dans les deux paragraphes du projet de directive, est suffisamment générale pour englober les cas où l'obligation naît du traité lui-même et ceux où elle découle du fait qu'il a été convenu d'appliquer le traité ou une partie du traité à titre provisoire. Cela est conforme à la règle générale énoncée dans le projet de directive 6, à savoir que l'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité produit une obligation juridiquement contraignante d'appliquer le traité ou une partie de celui-ci entre les États ou organisations internationales concernés, sauf dans la mesure où le traité en dispose autrement ou qu'il en est autrement convenu. Un tel traité ou partie d'un traité qui s'applique à titre provisoire doit être exécuté de bonne foi.

Directive 11

Dispositions du droit interne des États et règles des organisations internationales concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités

1. Un État ne peut invoquer le fait que son consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.

2. Une organisation internationale ne peut invoquer le fait que son consentement à l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité a été exprimé en violation des règles de l'organisation concernant la compétence de convenir de l'application à titre provisoire des traités comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle d'importance fondamentale.

Commentaire

1) Le projet de directive 11 concerne les effets des dispositions du droit interne des États et des règles des organisations internationales sur la compétence des États ou des organisations de convenir de l'application à titre provisoire des traités. Le premier paragraphe concerne le droit interne des États, et le second, les règles des organisations internationales.

2) Le projet de directive 11 est inspiré du libellé de l'article 46 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Plus précisément, le premier paragraphe est inspiré du paragraphe 1 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969³⁰⁵, et le second, du paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1986³⁰⁶. Le projet de directive

³⁰⁵ L'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 dispose :

Dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités

1. Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.

2. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi.

³⁰⁶ L'article 46 de la Convention de Vienne de 1986 dispose :

Dispositions du droit interne d'un État et règles d'une organisation internationale concernant la compétence pour conclure des traités

1. Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.

2. Le fait que le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité a été exprimé en violation des règles de l'organisation concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cette organisation comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle d'importance fondamentale.

doit donc être considéré conjointement avec ces articles ainsi que les autres règles de droit international applicables.

3) Le projet de directive 11 dispose que la nullité du consentement à l'application à titre provisoire ne peut être invoquée qu'en cas de violation manifeste du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation concernant la compétence de l'État ou de l'organisation de convenir de l'application à titre provisoire, sachant de surcroît que la violation doit concerner une règle d'importance fondamentale.

4) Une violation est « manifeste » si elle est objectivement évidente pour tout État ou toute organisation internationale se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle des États ou des organisations internationales, selon le cas, et de bonne foi³⁰⁷.

Directive 12

Accord relatif à l'application à titre provisoire avec des limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales

Les présents projets de directive sont sans préjudice du droit des États ou des organisations internationales de convenir, dans le traité lui-même ou autrement, de l'application à titre provisoire du traité ou d'une partie du traité avec des limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales.

Commentaire

1) Le projet de directive 12 concerne les limites auxquelles le droit interne d'un État ou les règles d'une organisation internationale peuvent assujettir l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité. Les limites en question peuvent concerner le fond du droit ou la procédure, par exemple la procédure d'expression du consentement à être lié par un traité, ou une combinaison des deux. Les États et les organisations internationales peuvent convenir de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité sous réserve des limites découlant de leur droit interne ou de leur règles, ce qui peut se refléter dans leur expression du consentement à l'application provisoire.

2) Le projet de directive consacre le droit qu'ont les États et les organisations internationales de convenir d'appliquer provisoirement un traité ou une partie d'un traité dans le respect de ces limites. Ainsi, le projet de directive prévoit la possibilité que le traité renvoie expressément au droit interne de l'État ou aux règles de l'organisation internationale et subordonne l'application à titre provisoire à la non-violation du droit interne de l'État ou des règles de l'organisation³⁰⁸.

3) L'intitulé du projet de directive traduit le fait que l'application à titre provisoire des traités est de nature consensuelle et que, de surcroît, elle peut ne pas être possible du tout au regard du droit interne des États ou des règles des organisations internationales³⁰⁹.

3. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État ou toute organisation internationale se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle des États et, le cas échéant, des organisations internationales et de bonne foi.

³⁰⁷ Comme prévu au paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 et au paragraphe 3 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1986.

³⁰⁸ Voir, par exemple, l'article 45 du Traité sur la Charte de l'énergie.

³⁰⁹ Voir les exemples d'accords de libre-échange entre les États de l'AELE et de nombreux autres États (Albanie, Bosnie-Herzégovine, Canada, Chili, Égypte, ex-République yougoslave de Macédoine, Géorgie, Liban, Mexique, Monténégro, Pérou, Philippines, République de Corée, Serbie, Singapour, Tunisie et États d'Amérique centrale, États membres du Conseil de coopération du Golfe et États de l'Union douanière de l'Afrique australe), dans lesquels différentes clauses sont utilisées à cette fin, notamment « sous réserve de ses exigences constitutionnelles », « si son propre cadre juridique l'y autorise » ou « si leur droit interne les y autorise » (<http://www.efta.int/free-trade/free-trade-agreements>). Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 43 de l'Accord de libre-échange entre les États de l'AELE et les États de l'Union douanière de l'Afrique australe est ainsi libellé :

Article 43 (Entrée en vigueur)
[...]

4) Le projet de directive ne saurait être interprété comme impliquant qu'il est nécessaire de conclure un accord distinct sur l'applicabilité des limites découlant du droit interne des États ou des règles des organisations internationales concernés. Simplement, l'existence de ces limites doit être suffisamment claire dans le traité lui-même, dans l'accord distinct ou dans tout autre forme d'accord par lequel il est convenu d'appliquer à titre provisoire un traité ou une partie d'un traité.

2. Sous réserve de ses exigences constitutionnelles, tout État de l'AELE ou de la SACU peut appliquer le présent Accord à titre provisoire. L'application provisoire du présent Accord en vertu du présent paragraphe fait l'objet d'une notification au Dépositaire.

Voir aussi l'article 22 de l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe (Paris, 2 septembre 1949, *Série des traités européens*, n° 2) et l'article 17 de la Convention relative à l'élaboration d'une Pharmacopée européenne (Strasbourg, 22 juillet 1964, *ibid.*, n° 50).

Annexe du chapitre V

Bibliographie sélective concernant l'application à titre provisoire des traités

A. Ouvrages

- Aust, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Azaria, Danae. *Treaties on Transit of Energy via Pipelines and Countermeasures*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Bjorge, Eirik. *The Evolutionary Interpretation of Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Geslin, Albane. *La mise en application provisoire des traités*. Paris: Editions A. Pedone, 2005.
- Gomaa, Mohammed M. *Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach*. The Hague: Kluwer Law International, 1996.
- Grignon, Julia. *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Geneva, Schulthess, 2014.
- Gutiérrez Baylón, Juan de Dios. *Derecho de los Tratados*. Mexico City: Editorial Porrúa, 2010.
- Klabbers, Jan, and René Lefeber, eds. *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, The Hague: Kluwer Law International, 1998.
- Osminin, B. I. *The Adoption and Implementation by States of International Treaty Obligations*. Wolters Kluwer, 2006.
- Quast Mertsch, Anneliese. *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*. Queen Mary Studies in International Law, vol. 9. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.
- Reuter, Paul. *Introduction au droit des traités*, 3^e éd., Genève : Graduate Institute Publications, 1995/*Introduction to the Law of Treaties*. London and New York: Kegan Paul International, 1995.
- Sarooshi, Dan. *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*. Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Simonet, Loïc. *Le traité sur le commerce des armes : du premier instrument juridique consacré à la réglementation des transferts internationaux d'armes conventionnelle*. Paris: Editions A. Pedone, 2015.
- Villager, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

B. Articles et chapitres d'ouvrages

- Andrés Sáenz de Santa María, María Paz. "La aplicación provisional de los tratados internacionales en el derecho español", *Revista española de derecho internacional*, vol. 34, No. 1 (1982).
- _____. La Unión Europea y el derecho de los tratados: una relación compleja. *Revista española de derecho internacional*, vol. 68/2 (July-December 2016).
- Arsanjani, Mahnoush H., and W. Michael Reisman. Provisional application of treaties in international law: the Energy Charter Treaty awards. In Enzo Cannizzaro, ed. *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

- Ascensio, Hervé. Article 70. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Aust, Anthony. Article 24. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Azaria, Danae. Exception of non-performance. In *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015.
- _____. Provisional application of treaties. In Duncan B. Hollis, ed. *The Oxford Guide to Treaties*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Bartels, Lorand. Withdrawing provisional application of treaties: has the EU made a mistake? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, No. 1 (2012).
- Belz, Matthew. Provisional application of the Energy Charter Treaty: *Kardassopoulos v. Georgia* and improving provisional application in multilateral treaties. *Emory International Law Review*, vol. 22, No. 2 (fall 2008).
- Bothe, Michael. Article 46. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Brölmann, Catherine and Guido Den Dekker. Treaties, Provisional application. In Anne Petters, ed. *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Cadilhac, Marie-Cécile. Association UE-Ukraine : débuts mouvementés d'application provisoire pour un accord ambitieux. *Revue trimestrielle de droit européen*, (2015).
- Casey-Maslen, Stuart. Article 23: provisional application. In Stuart Casey-Maslen *et al.*, eds. *The Arms Trade Treaty: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Castillo de la Torre, Fernando. El Tribunal de Justicia y las relaciones exteriores tras el Tratado de Lisboa. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 60 (May-August 2018).
- Chamon, Merijn. Provisional application of treaties: the EU's contribution to the development of international law. *European Journal of International Law*, vol. 31, No. 3 (August 2020).
- Charney, Jonathan. U.S. provisional application of the 1994 Deep Seabed Agreement, *American Journal of International Law*, vol. 88, No. 4 (October 1994).
- Crnic-Grotic, V. Object and purpose of treaties in the Vienna Convention on the Law of Treaties. *Asian Yearbook of International Law*, vol. 7 (1997).
- Dalton, Robert E. Provisional application of treaties. In Duncan B. Hollis, ed. *The Oxford Guide to Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Da Silva, Clare, and Brian Wood. Article 7: export and export assessment. In Clare da Silva and Brian Wood, eds. *Weapons and International Law: The Arms Trade Treaty*. Brussels: Larcier, 2015.
- Do Nascimento e Silva, Geraldo Eulalio. Le facteur temps et les traités. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 154 (1977).
- Fahner, Johannes. The empire strikes back: Yukos-Russia, 1-1. EJIL:Talk! Blog of the *European Journal of International Law*, 26 May 2016. Available at www.ejiltalk.org/the-empire-strikes-back-yukos-russia-1-1/.
- Fitzmaurice, Malgosia and Anneliese Quast. Review: La mise en application provisoire des traités. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, No. 2 (April 2007).
- Flaesch-Mouglin, Catherine, et Isabelle Bosse-Platière. L'application provisoire des accords de l'Union européenne dans The European Union in the World: Essays in honour of Marc Maresceau, I. Govaere, E. Lannon, P. Elseweghe et S. Adam (éd.), Martinus Nijhoff Publisher, 2014.

- Fukui, Yasuhito. CTBT: Legal questions arising from its non-entry into force revisited. *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 22, No. 2 (July 2017).
- Gamarra, Yolanda. Current questions of State succession relating to multilateral treaties. In Pierre Michel Eisemann and Martti Koskenniemi, eds. *State Succession: Codification Tested against the Facts*. The Hague: Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff, 2000.
- García, Javier. La aplicación provisional de los tratados. In Spain, Ministry of Foreign Affairs, ed. *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*. Madrid: 1990.
- Hafner, Gerhard. The “provisional application” of the Energy Charter Treaty. In Christina Binder *et al.* *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- _____. Provisional application of treaties. *Austrian Review of International and European Law Online*, vol. 24, No. 1 (June 2021).
- Jacobsson, Marie G. Syria and the issue of chemical weapons – a snapshot of a legal time-frame: the United Nations Security Council resolution 2118 (2013) and the OPCW Executive Council Decision. In Jonas Ebbesson *et al.*, eds. *International Law and Changing Perceptions of Security. Liber Amicorum Said Mahmoudi*. Leiden: Brill Nijhoff, 2014.
- Jennings, Robert Y. Treaties. In Mohammed Bedjaoui, ed. *International Law: Achievements and Prospects*. Paris and Dordrecht, UNESCO and Martinus Nijhoff, 1991.
- Klaus, Ulrich. The *Yukos* case under the Energy Charter Treaty and the provisional application of international treaties. Policy Papers on Transnational Economic Law, No. 11. Halle: Transnational Economic Law Research Center, 2005.
- Kohona, Palitha T. B. Reservations: discussion of recent developments in the practice of the Secretary-General of the United Nations as depositary of multilateral treaties. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 33, No. 2 (January 2005).
- Koskenniemi, Martti. Paragraph 3: Law of Treaties. In Pierre Michel Eisemann and Martti Koskenniemi, eds. *State Succession: Codification Tested against the Facts*. The Hague: Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff, 2000.
- Krieger, Heike. Article 25. Provisional application. In Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd ed. Berlin: Springer, 2018.
- Lefeber, René. The provisional application of treaties. In Jan Klabbers and René Lefeber, eds. *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1998.
- _____. Treaties, provisional application. In Rüdiger Wolfrum, ed. *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Li, Fenghua. The *Yukos* cases and the provisional application of the Energy Charter Treaty. *Cambridge International Law Journal*, vol. 6, No. 1 (2017).
- Mathy, Denise. Article 25. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Michie, Andrew. The provisional application of arms control treaties. *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10, No. 3 (winter 2005).
- _____. The provisional application of treaties in South African law and practice. *South African Yearbook of International Law*, vol. 30, No. 1 (2005).
- _____. The role of provisionally applied treaties in international organisations. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 39, No. 1 (March 2006).

- _____. Provisional application of non-proliferation treaties. In Daniel H. Joyner and Marco Roscini, eds. *Non-Proliferation Law as a Special Regime: A Contribution to Fragmentation Theory in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Niebruegge, Alex M. Provisional application of the Energy Charter Treaty: the *Yukos* arbitration and the future place of provisional application in international law. *Chicago Journal of International Law*, vol. 8, No. 1 (2007).
- Ouguergouz, Fatsah, Santiago Villalpando and Jason Morgan-Foster. Article 77: Convention of 1969. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Provost, René. Article 73: Convention of 1969. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Quast Mertsch, Anneliese. The reform measures of ECHR Protocol No. 14 and the provisional application of treaties. In Malgosia Fitzmaurice and Panos Merkouris, eds. *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, Queen Mary Studies in International Law, vol. 12. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.
- Rogoff, Martin A. and Barbara E. Gauditz. The provisional application of international agreements. *Maine Law Review*, vol. 39, No. 1 (1987).
- Rosenne, Shabtai. The depositary of international treaties. *American Journal of International Law*, vol. 61, No. 4 (October 1967).
- _____. More on the depositary of international treaties. *American Journal of International Law*, vol. 64, No. 5 (October 1970).
- Sagar, David. Provisional application in an international organization. *Journal of Space Law*, vol. 27, No. 2 (1999).
- Schaus, Annemie. Article 27. Convention of 1969. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Schenker, Claude. L'application provisoire des traités: droit et pratique suisses. *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht: Revue suisse de droit international et européen*, 2015, vol. 25, No. 2, 217-238.
- Simma, Bruno, and Christian J. Tams. Article 60. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Talmon Stefan, and Anneliese Quast Mertsch. Germany's position and practice on provisional application of treaties. *GPIL - German Practice in International Law*, 25 February 2021.
- Treves, Tullio. L'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les conditions de son universalisme. *Annuaire français de droit international*, vol. 39 (1993).
- Vignes, Daniel. Une notion ambiguë : l'application à titre provisoire des traités. *Annuaire français de droit international*, vol. 18 (1972).
- Yihdego, Zeray. Article 23: provisional application. In Clare da Silva and Brian Wood, eds. *Weapons and International Law: The Arms Trade Treaty*. Brussels: Larcier, 2015.

C. Jurisprudence

- General Agreement on Tariffs and Trade. Canada — Import, distribution and sale of certain alcoholic drinks by provincial marketing agencies, Report of the Panel, DS17/R, adopted on 18 February 1992.

- _____. Report of the Panel, Norway — Restrictions on imports of apples and pears, L/6474, adopted on 22 June 1989.
- _____. Report of the Panel, Thailand — Restrictions on importation of and internal taxes on cigarettes, DS10/R, adopted on 7 November 1990.
- _____. Report of the Panel, United States — Measures affecting alcoholic and malt beverages, DS23/R, adopted on 19 June 1992.
- Netherlands, The Hague District Court, Cases Nos. C/09/477160/HA ZA 15-1; C/09/477162/HA ZA 15-2; C/09/481619/HA ZA 15-112, Judgment, 20 April 2016. Available at <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2016:4230>.
- Netherlands, The Hague Appeals Court, Case No. 200.197.079/01, Judgment, 18 February 2020. Available at <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2020:234>.
- International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, decision on jurisdiction, 6 July 2007.
- Permanent Court of Arbitration, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*, case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009.
- Permanent Court of Arbitration, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*, case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014.

D. Résolutions et décisions des organisations internationales

- Comprehensive Nuclear Test-Ban Treaty, Meeting of States Signatories, Resolution establishing the Preparatory Commission for the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty Organization. CTBT/MSS/RES/1, adopted on 19 November 1996.
- European Union, Council decision (EU) 2017/38 of 28 October 2016 on the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its member States, of the other part, *Official Journal of the European Union*, L 11, 14 January 2017, p. 1080.
- United Nations, Framework Convention on Climate Change, Ad Hoc Working Group on Further Commitments for Annex I Parties under the Kyoto Protocol. Legal considerations relating to a possible gap between the first and subsequent commitment periods. 20 July 2010. [FCCC/KP/AWG/2010/10](http://www.unfccc.int/documents/1368262/1368262/FCCC/KP/AWG/2010/10).
- _____, Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol. *Report of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol on its eighth session, held in Doha from 26 November to 8 December 2012*. 28 February 2013. [FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1](http://www.unfccc.int/documents/1368262/1368262/FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1).
- _____, Conference of the Parties. Decision 1/CP.21 on adoption of the Paris Agreement, para. 5, in *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015 Addendum Part two: Action taken by the Conference of the Parties at its twenty-first session*. [FCCC/CP/2015/10/Add.1](http://www.unfccc.int/documents/1368262/1368262/FCCC/CP/2015/10/Add.1).
- United Nations, General Assembly resolution 50/245 of 10 September 1996 on the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty.
- United Nations, General Assembly resolution 67/234 B of 2 April 2013 on the Arms Trade Treaty.
- United Nations, General Assembly resolution 97(1) of 14 December 1946, modified by General Assembly resolutions 364 (IV) of 1 December 1949, 482 (V) of 12 December 1955 and 33/141 of 19 December 1978 on registration and publication of treaties and international agreements pursuant to Article 102 of the Charter of the United Nations.

E. Autres documents

1. Organisations internationales

Council of Europe, ed. *Treaty Making — Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty*. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

_____, Committee of Ministers. Minutes of the sitting held at the Sofia Hotel Balkan, Sofia, Bulgaria, 12 December 2016. CM/PV(2016)126-final, appendix 3, decision on tackling violent extremism and radicalisation leading to terrorism para. 3. Available at https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016806c9744.

_____, Treaty Office. Draft model final clauses for conventions, additional protocols and amending protocols concluded within the Council of Europe. 12 February 2016. CAHDI (2016) 8.

European Commission. Provisional application of new agreement between the European Union and Afghanistan signals new phase in cooperation. Press release, 30 November 2017. Available at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5008_en.htm.

Organization for the Prohibition of Chemical Weapons. Syria's accession to the Chemical Weapons Convention enters into force. 14 October 2013. Available at www.opcw.org/news/article/syrias-accession-to-the-chemical-weapons-convention-enters-into-force/.

United Nations, General Assembly, Report of the Secretary-General on examples of precedents of provisional application, pending their entry into force, of multilateral treaties, especially treaties which have established international organizations and/or regimes. 12 June 1973. [A/AC.138/88](#).

_____, General Assembly. Report of the Secretary-General on strengthening and coordinating United Nations rule of law activities. 27 July 2015. [A/70/206](#), para. 11.

_____. *Final Clauses of Multilateral Treaties: Handbook* (United Nations publication, Sales No. E.04.V.3).

_____, Office of Legal Affairs. *Treaty Handbook*, (United Nations publication, Sales No. E.12.V.1).

_____. *Repertory of Practice of United Nations Organs, Supplement No. 3*, vol. IV, arts. 92–111 of the Charter (United Nations publication, Sales No.: E.73.V.2).

_____. *Repertory of Practice of United Nations Organs*, vol. V, Articles 92–111 of the Charter (United Nations publication, Sales No: 1955.V.2 (vol. V)).

_____. *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties*, ST/LEG/7/Rev.1 (United Nations publication, Sales No. E.94.V.15), paras. 237-241.

_____. *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties*, ST/LEG/7/Rev.1. (United Nations publication, Sales No. E/94/V.5).

2. États

Estonia, Foreign Relations Act, adopted on 15 June 2006, *Riigi Teataja*, I 2006, 32, 248, entered into force on 1 January 2007. Available at www.riigiteataja.ee/en/eli/517012014001/consolide.

France, Circular of 30 May 1997 on the preparation and conclusion of international agreements, *Journal officiel de la République française*, No. 0125, 31 May 1997, 8415. The text of the circular is available at www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000200416.

Nigeria, Ministry of Foreign Affairs. *The Treaty, Protocols, Conventions and Supplementary Acts of the Economic Community of West African States [1975–2010]*. Abuja, 2011.

Peru. Reservation to the Vienna Convention on the Law of Treaties. C.N.1021.2000.TREATIES-2 (Depositary Notification). Available on the website of the United Nations Treaty Collection, at <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2000/CN.1021.2000-Eng.pdf>.

Spain. *Boletín Oficial del Estado*, No. 288 (28 November 2014), sect. I, p. 96841.

Switzerland, Federal Justice and Police Department. Réglementer clairement l'application à titre provisoire de traités internationaux. 19 February 2004. Available at www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2004/2004-02-19.html.

Turkey, Constitution of the Republic of Turkey. Available at https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf.

United States of America, Library of Congress Report on the Law of the Sea Treaty: alternative approaches to provisional application, 93rd congress, 2nd session, House Committee on Foreign Affairs (4 March 1974). *International Legal Materials*, vol. 13, No. 2 (1974), at p. 456.

3. Commission du droit international

Provisional application of treaties: memorandum by the Secretariat. 24 March 2017. A/CN.4/707.

Third report on identification of customary international law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur. 27 March 2015. A/CN.4/682.

Third report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, by Mr. Georg Nolte, Special Rapporteur, 7 April 2015. A/CN.4/683.

Provisional application of treaties: memorandum by the Secretariat. 25 November 2014. A/CN.4/676.

Yearbook ... 2013, vol. II (Part One), document A/CN.4/658, Provisional application of treaties: memorandum by the Secretariat.

Yearbook ... 2011, vol. II (Part Three), Guide to Practice on Reservations to Treaties.

Yearbook ... 2001, vol. II (Part Two) and corrigendum, articles on responsibility of States for internationally wrongful acts.

Yearbook ... 1974, vol. II (Part One), document A/CN.4/278, First report on succession of States in respect of treaties.

Yearbook ... 1966, doc. A/6309/Rev.1, part II, Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session.

Yearbook ... 1966, vol. II, doc. A/6309/Rev.1, part II, annex, Comments by Governments on parts I, II and III of the draft articles on the law of treaties drawn up by the Commission at its fourteenth, fifteenth and sixteenth sessions.

Yearbook ... 1966, vol. II, draft articles on the law of treaties.

Yearbook ... 1965, vol. I, 790th meeting.

Yearbook ... 1965, vol. II, document A/6009, Report of the International Law Commission on the work of the first part of its seventeenth session.

Yearbook ... 1962, vol. I, 668th meeting.

Yearbook ... 1962, vol. II, document A/5209, Report of the International Law Commission covering the work of its fourteenth session.

Yearbook ... 1962, vol. II, document A/CN.4/144, First report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock.

Yearbook ... 1959, vol. I, 487th meeting.

Yearbook ... 1959, vol. II, Brierly, J. L., First report on the law of treaties, document A/CN.4/23.

4. Traités

Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties (Vienna, 23 August 1978), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1946, No. 33356, p. 3.

Vienna Convention on the Law of Treaties (Vienna, 23 May 1969), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232, p. 331.

Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (Vienna, 21 March 1986). A/CONF.129/15.

5. Autres

International Law Association. *Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 2004*. Arms Control and Disarmament Law. Final Report of the Committee.

Michie, Andrew. "The provisional application of treaties with special reference to arms control, disarmament and non-proliferation instruments", Master of Laws dissertation, University of South Africa, 2004.

Chapitre VI

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

A. Introduction

53. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère (ultérieurement renommé « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ») et a désigné M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour ce sujet³¹⁰. À la même session, elle a prié le secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet, qui lui a été communiquée à sa soixantième session (2008)³¹¹.

54. Le Rapporteur spécial a soumis trois rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire à sa soixantième session (2008), et les deuxième et troisième rapports à sa soixante-troisième session (2011)³¹². Elle n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session (2009) ni à sa soixante-deuxième session (2010)³¹³.

55. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a désigné M^{me} Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission³¹⁴. Elle a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale à la même session (2012), le deuxième rapport à sa soixante-cinquième session (2013), le troisième rapport à sa soixante-sixième session (2014), le quatrième rapport à sa soixante-septième session (2015), le cinquième rapport à ses soixante-huitième et soixante-neuvième sessions (2016 et 2017), le sixième rapport à ses soixante-dixième et soixante-onzième sessions (2018 et 2019) et le septième rapport à sa soixante et onzième session (2019)³¹⁵. Sur la base des projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale dans les deuxième, troisième, quatrième et cinquième rapports, la Commission a provisoirement adopté sept projets d'article et les commentaires y relatifs. Le projet d'article 2, relatif aux définitions, est toujours en cours d'élaboration³¹⁶.

³¹⁰ À sa 2940^e séance, le 20 juillet 2007 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 376). L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 62/66, du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. La Commission avait inscrit le sujet à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe A de son rapport (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, par. 257).

³¹¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 386. Pour l'étude du secrétariat, voir [A/CN.4/596](#) et [Corr.1](#).

³¹² [A/CN.4/601](#), [A/CN.4/631](#) et [A/CN.4/646](#), respectivement.

³¹³ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 207, et *ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 343.

³¹⁴ *Ibid.*, *soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 266.

³¹⁵ [A/CN.4/654](#), [A/CN.4/661](#), [A/CN.4/673](#), [A/CN.4/686](#), [A/CN.4/701](#), [A/CN.4/722](#) et [A/CN.4/729](#), respectivement.

³¹⁶ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 48 et 49.

À sa 3174^e séance, le 7 juin 2013, la Commission a entendu le rapport du Comité de rédaction et adopté à titre provisoire les projets d'articles 1^{er}, 3 et 4, et, de sa 3193^e séance à sa 3196^e séance, les 6 et 7 août 2013, elle a adopté les commentaires y relatifs (*ibid.*, *soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 48 et 49).

À sa 3231^e séance, le 25 juillet 2014, la Commission a entendu le rapport du Comité de rédaction et adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 e) et 5, et, de sa 3240^e séance à sa 3242^e séance, les 6 et 7 août 2014, elle a adopté les commentaires y relatifs (*ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 130 à 132).

À sa 3329^e séance, le 27 juillet 2016, la Commission a adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 f) et 6, qui avaient été adoptés provisoirement par le Comité de rédaction et dont elle avait pris note à sa soixante-septième session, et, à ses 3345^e séance et 3346^e séance, le 11 août 2016, elle a

B. Examen du sujet à la présente session

56. La Commission était saisie du huitième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/739), dans lequel celle-ci se penchait sur le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales, la création d'un mécanisme de règlement des différends entre l'État du for et l'État du représentant et la question des bonnes pratiques susceptibles de faciliter la résolution des problèmes concrets se posant lors de la détermination et de l'application de l'immunité et formulait, sur la base de son examen, des propositions de projets d'articles 17 et 18.

57. La Commission a examiné le huitième rapport à ses 3520^e, 3521^e et 3523^e à 3528^e séances, du 12 au 21 mai 2021.

58. À l'issue du débat consacré au rapport et compte tenu des vues échangées et des propositions formulées par ses membres, la Commission a décidé, à sa 3528^e séance, le 21 mai 2021, de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 17 et 18 figurant dans le huitième rapport de la Rapporteuse spéciale.

59. À ses 3530^e et 3549^e séances, les 3 juin et 26 juillet 2021, la Commission a reçu et examiné les rapports du Comité de rédaction (A/CN.4/L.940 et A/CN.4/L.953 et Add.1) et a provisoirement adopté les projets d'articles 8 *ante*, 8, 9, 10, 11 et 12 (voir *infra* la section C.1).

60. À ses 3557^e à 3561^e séances, du 3 au 5 août 2021, la Commission a adopté les commentaires relatifs aux projets d'articles 8 *ante*, 9, 10, 11 et 12 (voir *infra* la section C.2).

1. Présentation du huitième rapport par la Rapporteuse spéciale

61. La Rapporteuse spéciale a rappelé que dans le septième rapport, soumis à la Commission pour examen à sa soixante et onzième session, elle avait achevé l'analyse des questions inscrites au plan de travail soumis à la Commission en 2012. Dans le chapitre V, elle avait cependant appelé l'attention sur trois questions générales qui méritaient d'être examinées par la Commission avant que la première lecture soit menée à bien, à savoir le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales, la possibilité de créer un mécanisme de règlement des différends et l'opportunité de recommander des bonnes pratiques dans le projet d'articles. Ces questions faisaient l'objet du huitième rapport.

62. La Rapporteuse spéciale a expliqué que le huitième rapport se composait d'une introduction et de quatre chapitres. L'introduction était consacrée à l'examen du sujet par la Commission ; le chapitre I, au lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales ; le chapitre II, à la question du règlement des différends et la création proposée d'un mécanisme spécial à cette fin ; le chapitre III, aux bonnes pratiques recommandées ; et le chapitre IV, au programme de travail futur.

63. S'agissant des projets d'article que le Comité de rédaction devait encore examiner, la Rapporteuse spéciale a déclaré qu'elle avait tenu deux séries de consultations informelles avant le début de la session en cours afin de faire le point sur l'état d'avancement des travaux de la Commission et de formuler des propositions qui permettraient au Comité de rédaction

adopté les commentaires y relatifs (*ibid.*, *soixante et onzième session*, *Supplément n° 10* (A/71/10), par. 194, 195 et 250).

À sa 3378^e séance, le 20 juillet 2017, la Commission a adopté à titre provisoire le projet d'article 7 à l'issue d'un vote enregistré et, de sa 3387^e séance à sa 3389^e séance, les 3 et 4 août 2017, elle a adopté les commentaires y relatifs (*ibid.*, *soixante-douzième session*, *Supplément n° 10* (A/72/10), par. 74, 76, 140 et 141).

À la 3501^e séance, le 6 août 2019, le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport intérimaire du Comité de rédaction sur le sujet intitulé « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », contenant le projet d'article 8 *ante* provisoirement adopté par le Comité à la soixante et onzième session (A/CN.4/L.940). La Commission a pris note du rapport intérimaire, qui lui a été présenté pour information seulement (*ibid.*, *soixante-quatorzième session*, *Supplément n° 10* (A/74/10), par. 125 et note 1469).

d'avancer en dépit des difficultés liées à la pandémie de COVID-19 et compte tenu des méthodes de travail adoptées pour la session. Elle a remercié les membres qui avaient pris part aux consultations.

64. Concernant le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales, la Rapporteuse spéciale a rappelé que, dans son sixième rapport, elle avait fait observer que l'incidence que l'obligation de coopérer avec un tribunal pénal international était susceptible d'avoir sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État devrait être examinée dans un rapport ultérieur³¹⁷. Dans son septième rapport, elle s'était toutefois abstenue de se pencher sur ce point, pour deux raisons. Premièrement, la question du lien entre l'immunité et l'obligation de coopérer avait été soulevée devant la Cour pénale internationale dans le cadre de l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *Al-Bashir*, toujours pendante au moment de l'établissement du rapport. Deuxièmement, au moment de l'achèvement du rapport, un des points inscrits à l'ordre du jour de l'Assemblée générale concernait l'opportunité de demander à la Cour internationale de Justice de rendre un avis consultatif sur la question de l'immunité des chefs d'État, en particulier eu égard à l'obligation de coopérer avec la Cour³¹⁸. Or, la Rapporteuse spéciale a constaté que la demande d'avis consultatif semblait ne plus être d'actualité et que la Cour pénale internationale avait rendu son arrêt dans l'affaire susmentionnée le 6 mai 2019³¹⁹. La Commission pouvait donc se pencher sur le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales d'un point de vue général.

65. Les deux rapporteurs spéciaux qui avaient travaillé sur le sujet à l'examen s'étaient penchés sur la relation entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et les juridictions pénales internationales. Cette question était étroitement liée au champ d'application du projet d'articles tel qu'il était défini dans le projet d'article 1 adopté par la Commission. En effet, si l'immunité devant les juridictions pénales internationales n'entraînait clairement pas dans le cadre du sujet, il était néanmoins indéniable que le débat sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne pouvait se tenir *in abstracto*, sans tenir compte de l'existence de tribunaux pénaux internationaux créés pour statuer sur les crimes touchant la communauté internationale. Étant donné que les représentants de l'État pouvaient commettre des crimes internationaux et donc être poursuivis devant des juridictions pénales tant nationales qu'internationales, il semblait impossible de nier l'existence d'un lien entre le sujet à l'examen et la juridiction pénale internationale, deux questions qui, en outre, concernaient de près le principe de responsabilité et la lutte contre l'impunité des crimes de droit international, thèmes récurrents dans les débats de la Commission.

66. Deux questions s'étaient posées eu égard au lien existant entre les juridictions pénales internationales et le sujet à l'examen, la première concernant l'opportunité de prévoir une exception à l'immunité étant donné l'obligation de coopérer avec un tribunal pénal international et la seconde, la qualité pour agir des juridictions pénales internationales compte tenu de cette obligation. La première question avait été examinée en 2016 et 2017 par la Commission, qui avait décidé de ne pas retenir l'exception envisagée aux fins du projet d'article 7. La seconde avait été tranchée dans l'arrêt rendu par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale dans le cadre de l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *Al-Bashir*, dont il ressort que l'État partie au Statut de Rome³²⁰ qui donne suite à une demande d'assistance de la Cour aide celle-ci à exercer sa compétence au lieu d'exercer la sienne propre³²¹.

³¹⁷ A/CN.4/722, par. 43.

³¹⁸ Point 89 de l'ordre du jour, intitulé « Demande d'avis consultatif à la Cour internationale de Justice sur les effets des obligations imposées aux États par différentes sources de droit international en ce qui concerne l'immunité des chefs d'État et de gouvernement et hauts fonctionnaires » (A/73/251 et Add.1).

³¹⁹ *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, arrêt rendu le 6 mai 2019 par la Chambre d'appel (ICC-02/05-01/09-397-Corr).

³²⁰ Rome, 17 juillet 1998, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38544, p. 3.

³²¹ Voir *supra* la note 319.

67. La Rapporteuse spéciale a maintenu, comme elle l'avait dit à la soixante et onzième session et écrit dans son huitième rapport, qu'il n'était selon elle ni utile ni nécessaire que la Commission examine l'arrêt de la Cour pénale internationale aux fins de ses travaux. Cet arrêt devait être interprété dans le contexte du régime juridique particulier établi par le Statut de Rome et il ne semblait pas possible de l'appliquer au sujet à l'examen, qui était de portée générale et applicable à tout État susceptible de devoir faire face à la question de l'immunité de juridiction pénale.

68. La Rapporteuse spéciale a néanmoins estimé qu'il n'était pas raisonnable que la Commission examine un sujet présentant un lien avec les tribunaux pénaux internationaux sans tenir compte de l'existence de ces tribunaux. Bien que la portée du sujet soit limitée à l'immunité de juridiction pénale étrangère, plusieurs membres de la Commission et nombre d'États s'étaient dit d'avis que la Commission ne pouvait pas ignorer les avancées réalisées par la communauté internationale dans le domaine du droit pénal international et que ses travaux ne devaient pas porter atteinte aux règles établies dans ce domaine, tant sur le fond que sur le plan institutionnel, ni venir les modifier.

69. Le projet d'article 18³²², proposé à la Commission pour examen, reflétait ces considérations. Il avait été rédigé sous la forme d'une clause « sans préjudice » permettant de garantir l'indépendance des régimes applicables à l'immunité devant les juridictions pénales nationales et internationales et leur séparation et de préserver les normes spéciales régissant le fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux. Ayant constaté des similitudes entre ce projet d'article et le paragraphe 2 du projet d'article 1, également formulé sous la forme d'une clause « sans préjudice », la Rapporteuse spéciale a proposé que le projet d'article 18 devienne le paragraphe 3 du projet d'article 1.

70. Passant à la question du règlement des différends, la Rapporteuse spéciale a rappelé qu'elle avait indiqué dans son huitième rapport que les dispositions procédurales proposées dans ses sixième et septième rapports visaient à renforcer la confiance entre l'État du représentant et l'État du for et donc à faciliter le règlement des différends pouvant survenir entre ces États s'agissant de déterminer ou d'appliquer l'immunité. Il était toutefois toujours possible qu'une divergence de positions juridiques entre les États concernés fasse naître un différend ne pouvant être réglé autrement que par les moyens pacifiques prévus par le droit international contemporain. La Rapporteuse spéciale était donc d'avis que le projet d'articles devait comporter une disposition portant expressément sur le règlement des différends.

71. Tout différend survenant entre l'État du for et l'État du représentant pouvait évidemment être soumis à un mécanisme de règlement accepté par les États, et cela s'était d'ailleurs déjà produit. Toutefois, dans bien des cas, il avait été recouru aux mécanismes traditionnels de règlement après coup et en dernier ressort, pour rétablir la légalité internationale, et n'avaient donc pas donné aux États la possibilité de régler le différend peu après son apparition et ainsi d'éviter de se trouver devant un fait accompli sur lequel il serait difficile de revenir par la suite.

72. Les systèmes de consultation et d'échange d'informations proposés dans les projets d'articles 15 et 13 (devenu le projet d'article 12) visaient tous deux à faciliter le règlement rapide des différends. Toutefois, il pourrait être judicieux de parer à l'éventualité où aucun des deux ne fonctionnerait en établissant un mécanisme permettant de soumettre le différend à une tierce partie neutre et impartiale. La Rapporteuse spéciale a expliqué que, pour être utile, le mécanisme en question devait s'articuler autour de deux principes fondamentaux, à savoir que : la soumission du différend à une tierce partie entraînerait la suspension de l'exercice de la compétence pénale par l'État du for et la décision prise par la tierce partie serait contraignante.

³²² Le projet d'article proposé par la Rapporteuse spéciale est libellé comme suit :
« Projet d'article 18

Le présent projet d'articles est sans préjudice des règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales. ».

73. Dans la proposition qu'elle a soumise à la Commission, la Rapporteuse spéciale a opté pour le recours à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice afin d'éviter les longues négociations nécessaires à l'établissement d'un organe *ad hoc*. Elle a tenu compte du fait que ces deux dispositifs et leurs règles de procédure étaient bien connus des États. De surcroît, de par son statut de juridiction internationale « de droit commun », la Cour internationale de Justice serait particulièrement qualifiée pour se prononcer sur des questions complexes susceptibles de se poser dans des affaires relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère.

74. Faisant fond sur ces considérations, le projet d'article 17³²³ soumis à la Commission pour examen établissait un mécanisme de règlement des différends en trois étapes : consultations ; négociations (étapes obligatoires) ; recours à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice (étape supplémentaire facultative). Ce mécanisme, qui serait soumis aux normes générales régissant le règlement des différends en vigueur en droit international contemporain, serait utile aux États en ce qu'il leur permettrait de défendre leurs droits et intérêts respectifs et d'éviter les situations de fait accompli.

75. La Rapporteuse spéciale a constaté que la Commission avait fait figurer des dispositions sur le règlement des différends dans nombre de ses travaux récents, y compris dans des projets qui ne suivaient pas le modèle traditionnel du projet d'articles, comme les projets de conclusion sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Elle a néanmoins reconnu que les mécanismes de règlement des différends étaient plus particulièrement associés aux instruments normatifs et que la Commission n'avait pas encore décidé si elle allait recommander à l'Assemblée générale que le projet d'articles devienne un traité. Cela étant même dans la négative, le projet d'article 17 aurait toute sa place dans la quatrième partie du projet d'articles, consacrée aux dispositions et garanties procédurales.

76. La Rapporteuse spéciale a rappelé que, dans son septième rapport, elle avait mentionné la possibilité d'inclure dans le projet d'articles des références à des bonnes pratiques. En particulier, les États pourraient se voir recommander de faire en sorte que les décisions relatives à la détermination et à l'application de l'immunité soient prises par une autorité nationale de haut niveau et d'élaborer des instructions ou des manuels à l'intention des organes amenés à participer aux processus de détermination et d'application de l'immunité. La Rapporteuse spéciale a expliqué qu'elle avait envisagé cette possibilité après avoir constaté que, dans bon nombre de cas, les autorités nationales compétentes connaissaient mal les difficultés particulières soulevées par la question de l'immunité en droit international, la relation entre l'immunité et les principes fondamentaux du droit international et l'incidence que les décisions relatives à l'immunité d'un représentant étranger pouvaient avoir sur les relations internationales de l'État du for.

77. Pendant les débats de la soixante et onzième session, plusieurs membres de la Commission avaient abordé la question des bonnes pratiques, et la Rapporteuse spéciale a rappelé que les avis divergeaient sensiblement. D'aucuns avaient proposé de transformer la quatrième partie du projet d'articles en annexe consacrée aux bonnes pratiques recommandées aux États. La Rapporteuse spéciale a jugé que cette forme n'était pas appropriée. D'autres avaient estimé qu'il n'était pas utile d'inclure des bonnes pratiques dans le projet d'articles. Un troisième groupe encore était d'avis que la démarche serait au

³²³ Le projet d'article proposé par la Rapporteuse spéciale est libellé comme suit :

« Projet d'article 17

Règlement des différends

1. Si, après consultations entre l'État du for et l'État du représentant, des divergences subsistent au sujet de la détermination et de l'application de l'immunité, les deux États s'efforcent de régler le différend par voie de négociations dans les meilleurs délais.

2. Si un règlement négocié n'est pas conclu dans un délai raisonnable, n'excédant pas [6] [12] mois, l'État du for et l'État du représentant peuvent tous deux proposer de soumettre le différend à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice.

3. Si le différend est soumis à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice, l'État du for suspend l'exercice de sa compétence jusqu'à ce que l'organe compétent ait rendu une décision définitive. ».

contraire utile, mais la rédaction de recommandations prendrait longtemps et retarderait l'achèvement des travaux de la Commission sur le sujet.

78. La Rapporteuse spéciale a fait observer qu'un seul État avait donné suite à la demande que la Commission avait formulée dans son rapport sur les travaux de sa soixante et onzième session en vue d'obtenir des informations sur « l'existence de manuels, directives, protocoles ou instructions opérationnelles destinés aux représentants et organes de l'État compétents pour prendre toute décision pouvant avoir des conséquences pour les représentants d'États étrangers et leur immunité de juridiction pénale sur le territoire de l'État du for³²⁴ ». L'État qui avait répondu avait fait savoir qu'il ne disposait d'aucune référence de ce type.

79. La Rapporteuse spéciale a expliqué, que compte tenu des observations exprimées, son huitième rapport ne contenait aucune proposition concrète concernant les recommandations de bonnes pratiques. Elle a toutefois précisé que cela n'empêchait pas d'inclure les bonnes pratiques recensées dans le projet d'articles, soit dans la quatrième partie, soit dans le commentaire général.

2. Résumé des débats

a) Observations d'ordre général

80. Les membres ont salué le travail considérable fourni par la Rapporteuse spéciale aux fins de l'établissement de son huitième rapport, qui était fouillé et exhaustif et traitait avec clarté et concision du lien entre le sujet à l'examen et les juridictions pénales internationales, de la possibilité d'ajouter au projet d'articles une disposition relative au règlement des différends et de l'opportunité de recommander des bonnes pratiques. Ils ont aussi remercié la Rapporteuse spéciale d'avoir organisé plusieurs séries de consultations informelles avant et pendant la session, notant que ces consultations avaient permis au Comité de rédaction d'avancer dans ses travaux à la session en cours.

81. Il a été rappelé que la Rapporteuse spéciale avait fini d'établir son plan de travail sur le sujet et que les questions supplémentaires avaient été traitées dans le huitième rapport. Plusieurs membres ont dit espérer que la Commission achève la première lecture soit à la session en cours, soit avant la fin du quinquennat. L'importance de donner aux États la possibilité de commenter un projet d'articles complet à l'issue de la première lecture a été soulignée. D'aucuns ont fait observer que le sujet était inscrit au programme de travail de la Commission depuis 2007, ce qui en faisait un des sujets gardés à l'examen le plus longtemps. Pour certains, le temps que la Commission avait consacré à la question témoignait de sa complexité et du caractère controversé de certains de ses aspects fondamentaux. À cet égard, il a été souligné que des États avaient engagé les membres de la Commission à se mettre d'accord sur la manière d'avancer sur le sujet. Dans cette perspective, plusieurs membres ont dit que la Commission devrait surmonter les divergences de vues de ses membres sur le projet d'article 7 avant d'achever sa première lecture. Enfin, il a été rappelé que la Commission devait se pencher sur la question de l'inviolabilité et sur les définitions contenues dans le projet d'article 2 (ancien projet d'article 3), toujours en cours d'élaboration.

b) Observations particulières

Projet d'article 18

82. Les membres sont convenus que les questions relatives à l'immunité devant les juridictions pénales internationales n'entraient pas dans le cadre du présent sujet. Plusieurs ont fait observer que l'immunité devant telle ou telle juridiction pénale internationale était régie par l'instrument portant statut de la juridiction en question. Néanmoins, certains ont estimé qu'il était important que le lien entre le présent sujet et les juridictions pénales internationales soit expressément abordé dans le projet d'articles. D'aucuns ont fait observer que les travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère avaient deux objectifs importants en commun avec les juridictions pénales internationales, à savoir la promotion de

³²⁴ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10), par. 29.

l'application du principe de responsabilité et la prévention de l'impunité pour les crimes de droit international les plus graves. Il a été souligné que les tribunaux pénaux internationaux devaient souvent s'appuyer sur les États pour exercer leur compétence. Plusieurs membres ont dit qu'il fallait s'abstenir de mettre en cause les règles établies en droit international, tant sur le fond que sur le plan institutionnel. L'importance de l'obligation faite aux États parties au Statut de Rome de coopérer avec la Cour pénale internationale et des obligations de coopérer mise à la charge des États par les résolutions 955 (1994) et 827 (1993) du Conseil de sécurité a été tout particulièrement rappelée. De surcroît, certains ont fait observer que, par le passé, le Conseil de sécurité, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, avait imposé à des États l'obligation « horizontale » de prêter concours aux enquêtes pénales menées par d'autres États. Cependant, plusieurs membres ont insisté sur le fait que le projet d'article devait être rédigé de manière à ce qu'il s'applique aussi bien aux États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale qu'aux autres États.

83. Plusieurs membres étaient en faveur de l'inclusion du projet d'article 18, estimant, comme la Rapporteuse spéciale, que l'adoption d'une clause « sans préjudice » était un bon moyen de traiter la question du lien entre le projet d'articles et les règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales. On a considéré qu'il ressortait clairement du projet d'articles que celui-ci ne concernait pas les régimes autonomes des juridictions pénales internationales et ne s'y appliquait pas. Selon certains, le projet d'article 18 permettrait aux États d'être assurés que le projet d'articles n'avait aucune incidence sur les autres obligations qu'ils auraient pu accepter ou contracter auparavant. D'aucuns ont de surcroît fait observer que, dans ses travaux antérieurs, la Commission avait souvent eu recours à des clauses « sans préjudice », et que celles-ci avaient servi à délimiter la portée d'un sujet et non à créer des relations hiérarchiques.

84. Plusieurs autres membres étaient opposés à l'adoption du projet d'article 18. Selon une opinion, l'éventualité d'un chevauchement entre juridictions nationales et juridictions internationales ne suffisait pas à créer un lien entre ces institutions. D'aucuns étaient d'avis que le lien entre le sujet et les juridictions pénales internationales avait été clairement établi dans le paragraphe 1 du projet d'article 1 et le commentaire y relatif. En outre, plusieurs membres estimaient que, s'il était adopté sans le projet d'article 18, le projet d'article ne pourrait pas remettre en cause l'évolution du droit pénal international. Certains craignaient qu'une clause « sans préjudice » puisse être interprétée comme créant une relation hiérarchique entre les normes régissant les juridictions pénales internationales et le droit de l'immunité des représentants de l'État devant les juridictions nationales. Selon une opinion, faire prévaloir la compétence de la Cour pénale internationale sur celle des tribunaux nationaux serait contraire au principe de complémentarité. Certains ont insisté sur le fait qu'une disposition sur le lien entre le sujet à l'examen et les juridictions pénales internationales ne devait pas créer une exception à l'immunité qui n'existait pas en droit international coutumier. Plusieurs membres ont souligné que des États pouvaient mutuellement convenir de ne pas reconnaître certaines immunités, mais ne pouvaient pas étendre cette non-reconnaissance à d'autres États. En ce qui concerne les autorisations données par le Conseil de sécurité, il a été rappelé qu'il fallait porter une attention particulière au texte de ces autorisations pour en déterminer la teneur. D'aucuns ont fait observer que les instruments antérieurs relatifs à la compétence des juridictions nationales pour les crimes internationaux, y compris le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées³²⁵, ne contenaient pas de clause « sans préjudice » similaire à celle envisagée dans le cadre du projet d'articles. En outre, plusieurs membres ont exprimé l'avis que la complexité de l'examen du projet d'article 18 pourrait retarder inutilement l'achèvement de la première lecture.

85. Plusieurs membres ont mentionné l'arrêt rendu par la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale concernant l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *Al Bashir*. Certains ont observé que cet arrêt reposait sur un raisonnement fautif et avait suscité la controverse, et qu'il importait donc que le libellé de la clause « sans préjudice » ne marque pas un quelconque accord avec cette décision et que le commentaire ne vienne pas établir un

³²⁵ New York, 20 décembre 2006, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2716, n° 48088, p. 3.

lien entre celle-ci et le projet d'article 18. Toutefois, certains membres n'étaient pas d'accord avec cette opinion. D'aucuns estimaient qu'il n'appartenait pas à la Commission de porter un jugement sur l'arrêt rendu par la Chambre d'appel de la Cour au sujet d'une question que celle-ci était seule compétente pour examiner. En tout état de cause, dans l'ensemble, les membres sont convenus qu'il n'était ni nécessaire ni approprié que la Commission se penche sur l'arrêt dans le cadre de ses travaux sur le sujet.

86. Plusieurs propositions précises ont été faites concernant le texte du projet d'article 18. Pour tenir compte de l'existence de juridictions hybrides, ni entièrement nationales ni entièrement internationales, plusieurs membres ont appuyé une proposition tendant à ce que soient employés les termes « juridictions pénales internationalisées » plutôt que « juridictions pénales internationales ». Il a aussi été proposé de faire référence non seulement aux « règles », mais aussi aux « pratiques » régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales en s'inspirant du libellé des clauses de sauvegarde de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la Convention de Vienne sur les relations consulaires³²⁶. D'aucuns ont appuyé l'inclusion d'une référence explicite aux obligations découlant des décisions du Conseil de sécurité. Certains membres se sont inquiétés du fait que la portée des règles visées par le projet d'article 18 était trop large ou, à tout le moins, n'était pas clairement définie. Il a été observé que la clause « sans préjudice » proposée dans le projet d'article 18 avait une portée plus large que le commentaire du projet d'article 1, car la première faisait référence au « fonctionnement » des juridictions pénales internationales et le second aux immunités devant ces dernières. Il a été proposé de préciser le texte de sorte qu'il se lise comme suit : « Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'applicabilité de l'immunité devant les juridictions pénales internationales au regard des instruments constitutifs desdites juridictions. ». Une autre proposition consistait à faire référence aux obligations déjà faites aux États par le droit international. Faisant valoir qu'il n'existait pas d'immunité devant les tribunaux pénaux internationaux, d'autres membres ont exprimé l'avis que le terme « juridiction » était plus approprié. D'aucuns ont souligné à cet égard que le texte devrait tenir compte du fait qu'il existait plusieurs juridictions de ce type. Pour certains, il était préférable d'adopter une clause disposant que le projet d'articles « ne traite pas » de la question des juridictions pénales internationales.

87. En ce qui concerne la question de savoir où devait figurer le texte proposé, plusieurs membres ont dit préférer qu'il devienne le nouveau paragraphe 3 du projet d'article 1. De l'avis de certains, la relation entre le projet d'article 18 et la clause « sans préjudice » figurant déjà au paragraphe 2 du projet d'article 1 serait ainsi mise en évidence. D'autres estimaient que l'une ou l'autre solution proposée serait acceptable. Il a été souligné que, en tout état de cause, les deux dispositions devraient être lues conjointement.

88. La Rapporteuse spéciale n'ayant pas proposé de titre pour le projet d'article 18, d'aucuns ont suggéré que, s'il restait un projet d'article à part entière, il s'intitule « Rapport avec les juridictions internationalisées ». D'autres titres ont été suggérés, notamment « Clause "sans préjudice" », « Rapport avec les régimes conventionnels spécialisés », « Cas n'entrant pas dans le champ d'application du présent projet d'articles » et « Rapport entre le présent projet d'articles et les instruments établissant des juridictions pénales internationales ».

Projet d'article 17 (Règlement des différends)

89. Plusieurs membres ont approuvé l'inclusion d'un projet d'article sur le règlement des différends. Certains ont fait observer qu'une clause de règlement des différends pourrait être considérée comme une garantie procédurale finale s'inscrivant dans le prolongement des projets d'articles 8 à 16. Les mécanismes procéduraux proposés dans le projet d'articles pourraient être considérés comme un tout destiné à concilier les intérêts de l'État du for et ceux de l'État du représentant. L'inclusion d'une clause de règlement des différends pourrait être accueillie favorablement par les États, dont certains avaient envisagé de créer un mécanisme international pour régler les différends relatifs à l'immunité des représentants de l'État. En outre, plusieurs membres ont fait valoir que, sur le plan pratique, l'adoption d'une

³²⁶ Respectivement, Vienne, 18 avril 1961, *ibid.*, vol. 500, n° 7310, p. 95, et Vienne, 24 avril 1963, *ibid.*, vol. 596, n° 8638, p. 261.

clause de règlement des différends en première lecture pourrait susciter des commentaires utiles de la part des États. Toutefois, certains ont exprimé l'avis que, de manière générale, il n'était pas opportun de faire figurer une clause de règlement des différends dans le projet d'articles. En particulier, les États pourraient hésiter à adhérer à un mécanisme qu'ils pourraient considérer comme limitant l'exercice de leur compétence pénale.

90. Plusieurs membres étaient d'avis que l'introduction d'une clause de règlement des différends serait pertinente seulement si le projet d'articles était destiné à devenir un traité, tandis que d'autres estimaient qu'elle le serait indépendamment de la nature du résultat final des travaux de la Commission. D'aucuns ont avancé que l'ajout d'une clause de ce type était opportun sachant qu'il n'était pas encore exclu que le projet d'articles devienne un traité. Plusieurs membres ont estimé qu'il fallait clarifier encore l'objectif visé par la disposition afin de trouver la formulation adéquate. De l'avis de certains membres, une clause compromissoire type serait plus appropriée si le projet d'articles devait devenir un traité. Par contre, si le projet d'articles n'était pas destiné à devenir un traité, une clause plus générale énonçant des recommandations d'ordre procédural serait plus indiquée.

91. Un certain nombre de membres étaient d'avis que les dispositions relatives au règlement des différends adoptées par la Commission dans ses travaux récents sur d'autres sujets pourraient servir de modèle. Ont été cités en particulier la conclusion 21 du projet de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*)³²⁷ et l'article 15 du projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité³²⁸, la première en tant que modèle possible de recommandations d'ordre procédural à l'intention des États, le second en tant qu'exemple de clause compromissoire bien conçue. Toutefois, plusieurs membres ont recommandé que les paragraphes 3 et 4 de l'article 15 du projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, qui concernent les réserves aux clauses de règlement des différends, ne soient pas inclus dans le présent projet d'articles. Il a aussi été dit que le projet de conclusion 21 n'était pas un modèle approprié, car la Commission n'avait pas encore achevé ses travaux sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). D'aucuns ont rappelé que l'élaboration de ce projet de conclusion avait été motivée par la nature particulière des travaux préparatoires de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités³²⁹, qui n'entraînait pas en ligne de compte dans le contexte du présent sujet.

92. Plusieurs membres ont exprimé un avis sur les moyens de règlement des différends visés dans le projet d'article 17. Certains ont fait observer que seuls la négociation, l'arbitrage et le règlement judiciaire étaient mentionnés, à l'exclusion des autres moyens de règlement pacifique énoncés à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies. Nombre de membres se sont dit favorables à ce que le projet d'article fasse référence à davantage de moyens de règlement des différends. De l'avis de certains, cela permettrait de mieux aligner la disposition sur la pratique des États. La partie XV de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer³³⁰ a été citée comme modèle possible.

93. Certains ont souligné qu'il importait de mettre en avant l'obligation que le paragraphe 3 de l'Article 2 et de l'Article 33 de la Charte fait aux États de régler leurs différends par des moyens pacifiques. Plusieurs membres ont insisté sur l'importance de la liberté laissée aux États dans le choix des moyens de règlement. Certains ont proposé que le projet d'article se voit ajouter un paragraphe faisant expressément référence à ce principe ou bien que celui-ci soit expliqué dans le commentaire. D'aucuns ont fait observer que le projet d'article 17 pouvait être considéré comme une expression de l'exercice de la liberté de choix des moyens donnée aux États plutôt que comme une atteinte à cette liberté.

94. En ce qui concerne le paragraphe 1, certains membres ont demandé des précisions sur la distinction entre consultations et négociations. Il a été proposé de modifier le paragraphe en y ajoutant « ou par tout autre moyen de leur choix » après « négociations ». Il a aussi été suggéré de remplacer « dans les meilleurs délais » par « dès que possible » afin de laisser aux

³²⁷ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10), par. 56.

³²⁸ Ibid., par. 44.

³²⁹ Vienne, 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.

³³⁰ Montego Bay, 10 décembre 1982, *ibid.*, vol. 1833, n° 31363, p. 3.

États une marge de manœuvre adéquate. Une autre possibilité, pour faciliter le règlement des différends, était d'assortir les consultations et les négociations de délais.

95. En ce qui concerne le paragraphe 2, d'aucuns ont dit qu'on ne comprenait pas au juste si le recours à un règlement par voie judiciaire ou arbitrale était censé être obligatoire. Certains membres étaient favorables à l'emploi de termes contraignants faisant du projet d'article 17 une clause compromissoire. D'autres, par contre, préféraient le libellé actuel. Il a été dit que, si la disposition était destinée à servir de rappel aux États, elle devrait être de nature générale. Certains membres ont fait valoir que l'inclusion d'un délai de six ou douze mois n'aurait de sens que si la disposition avait force obligatoire. Il a aussi été dit que, compte tenu du caractère sensible des différends relatifs à l'immunité, même un délai de six mois pourrait être trop long. Des éclaircissements ont été demandés quant à la possibilité de soumettre un différend à un règlement judiciaire ou arbitral avant l'expiration de la période de six ou douze mois, par exemple si on ne pouvait raisonnablement espérer que les négociations aboutissent. Plusieurs membres ont suggéré de faire aussi référence à d'autres instances judiciaires telles que, selon qu'il convenait, le Tribunal international du droit de la mer et la future Cour africaine de justice et des droits de l'homme. Il a en outre été proposé d'ajouter la conciliation, la médiation et le recours aux bons offices à la liste des moyens disponibles. Un certain nombre de membres ont proposé que le projet d'article 17 précise quelles seraient les conséquences si un État refusait l'invitation d'un autre État à régler un différend. Plusieurs membres ont déclaré que la création d'un nouvel organe permanent chargé de régler les différends relatifs à l'immunité n'était pas souhaitable.

96. Plusieurs membres ont dit qu'ils approuvaient le paragraphe 3 du projet d'article 17. Toutefois, certains ont exprimé des doutes au sujet de cette disposition. D'aucuns ont fait observer que les traités existants relatifs aux immunités ne prévoyaient pas la suspension des procédures internes en attendant le règlement du différend entre les États. Un membre a fait remarquer que suspendre une procédure interne en attendant que le différend soit réglé au niveau international serait particulièrement complaisant à l'égard de l'État du représentant. Certains membres se sont intéressés au fait que le projet d'article ne traitait pas de la situation du représentant de l'État dont l'immunité était en jeu. Il a été proposé que la disposition interdise la poursuite de la procédure pénale sans trancher la question du maintien en détention. Plusieurs membres ont suggéré que la question de la suspension soit traitée au cas par cas par la cour ou le tribunal arbitral, au titre des mesures conservatoires. Certains ont fait remarquer que, dans les affaires dans lesquelles avait été amenée à se pencher sur l'immunité des représentants de l'État, la Cour internationale de Justice n'avait pas ordonné de mesures conservatoires visant à suspendre les procédures internes. D'aucuns ont dit qu'il faudrait veiller à ce que le droit interne des États comporte des dispositions permettant de donner effet à une éventuelle décision de suspension. Plusieurs membres ont d'ailleurs suggéré que le projet d'article précise l'effet qu'une décision de la Cour internationale de Justice ou d'un tribunal arbitral aurait sur la procédure interne. En outre, il a été proposé que la clause de règlement des différends établisse une forme de procédure de renvoi préjudiciel permettant aux tribunaux nationaux de demander conseil à un mécanisme de règlement par tierce partie.

97. D'aucuns ont fait observer qu'il y avait un risque que, dans sa version actuelle, le projet d'article 17 interfère avec les clauses compromissoires existantes. Il a été proposé d'ajouter une clause « sans préjudice » pour parer à cette éventualité.

98. Certains étaient d'avis que le projet d'article devrait plutôt s'intituler « Obligations procédurales », car « Règlement des différends » laissait entendre que la disposition créait une obligation contraignante pour les États.

Bonnes pratiques recommandées

99. Dans l'ensemble, les membres sont convenus avec la Rapporteuse spéciale qu'il n'était pas nécessaire de formuler de nouvelles propositions concernant les bonnes pratiques recommandées. Si plusieurs étaient d'accord avec le principe de recenser les bonnes pratiques, certains étaient néanmoins d'avis que pareil recensement ne cadrerait pas avec la forme du projet d'articles. D'autres estimaient qu'un travail approfondi sur les bonnes pratiques recommandées retarderait inutilement l'achèvement de la première lecture des projets d'article. De surcroît, d'aucuns ont fait observer qu'il pourrait être difficile d'élaborer

un ensemble de bonnes pratiques s'appliquant facilement aux divers ordres juridiques nationaux. Plusieurs membres se sont dit favorables à la proposition de la Rapporteuse spéciale d'examiner les bonnes pratiques qui pouvaient d'ores et déjà être recensées à partir des projets d'articles déjà présentés à la Commission ou, plus vraisemblablement, des commentaires. Certains étaient d'avis que les bonnes pratiques recommandées par les États pourraient être déduites des commentaires formulés par ceux-ci et qu'il serait donc inutile que la Commission les mentionne expressément dans ses travaux.

3. Conclusions de la Rapporteuse spéciale

100. La Rapporteuse spéciale a remercié les membres de la Commission de leurs observations sur son huitième rapport. Elle a estimé que les commentaires, observations, critiques et suggestions des membres contribueraient à l'avancement des travaux de la Commission.

101. Répondant d'abord aux préoccupations exprimées au sujet de l'état d'avancement des travaux sur le sujet, la Rapporteuse spéciale a fait observer que plusieurs questions de fond étaient toujours à l'examen et qu'il faudrait redoubler d'efforts pour les trancher avant l'adoption du projet d'articles en première lecture. Elle a également fait observer que certains membres avaient mentionné, à cet égard, le projet d'article 7 sur les exceptions à l'immunité *ratione materiae*. Elle a néanmoins souligné que la Commission progressait diligemment compte tenu du caractère politiquement sensible du sujet et des difficultés d'ordre juridique qu'il soulevait, et ce, en grande partie grâce à un plan et une méthode de travail qui avaient recueilli une large adhésion parmi ses membres pendant le quinquennat en cours et le précédent. Elle s'est dite convaincue que, mue par l'esprit de collégialité qui la caractérisait, la Commission parviendrait à régler les problèmes inhérents à tous travaux de développement progressif et de codification du droit international.

102. Concernant les résultats des travaux de la Commission sur le sujet, la Rapporteuse spéciale a déclaré que la Commission avait élaboré un projet d'articles dans le but de proposer aux États un ensemble de règles générales applicables dans le domaine à l'examen, conformément à son mandat de promotion du développement progressif et de la codification du droit international. Elle ne voyait aucune raison, à ce stade, de donner une autre forme aux travaux entrepris, à plus forte raison sachant qu'ils avaient un caractère normatif, et elle était convaincue que la Commission partageait cet avis. Les travaux de la Commission sur le sujet prendraient donc la forme d'un projet d'articles, que la Commission décide ou non, en seconde lecture, de recommander à l'Assemblée générale qu'ils servent de base à l'adoption d'un éventuel traité. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, la nature de l'instrument en cours d'élaboration et la recommandation qui serait faite à l'Assemblée générale concernant la suite à lui donner étaient deux questions qui devaient rester distinctes.

103. Concernant le projet d'article 18, la Rapporteuse spéciale a fait observer que, quoiqu'elles exprimaient des opinions différentes, les déclarations des membres reflétaient l'importance de la question.

104. S'agissant de la portée du projet d'articles, la Rapporteuse spéciale a rappelé que certains membres estimaient qu'il n'était pas nécessaire que la Commission examine le lien entre le sujet et les juridictions pénales internationales, car cette question n'entraînait pas dans le cadre du sujet. Toutefois, la majorité des membres s'étaient prononcés en faveur de l'examen de la question et du maintien du projet d'article 18. La Rapporteuse spéciale souscrivait à cette dernière approche et estimait qu'il serait difficile de justifier l'absence volontaire de référence à l'autonomie des régimes applicables aux tribunaux pénaux internationaux compte tenu de l'évolution du droit international. Cela était d'autant plus vrai compte tenu du nombre de cas dans lesquels la question de l'immunité devant une juridiction pénale étrangère avait été soulevée à l'égard de crimes relevant de la compétence des juridictions pénales internationales. Reconnaître l'existence du lien existant entre le sujet et ces juridictions et affirmer l'autonomie des régimes juridiques applicables à ces derniers ne viendrait pas altérer la portée du sujet et permettrait à la Commission d'éviter d'entrer dans le débat sur l'immunité devant les tribunaux pénaux nationaux et les juridictions pénales internationales.

105. La Rapporteuse spéciale a rappelé que certains membres avaient manifesté leur opposition au projet d'article 18 parce qu'ils considéraient qu'il se rapportait directement à l'arrêt rendu par la Cour pénale internationale concernant l'appel interjeté par la Jordanie dans l'affaire *re Al-Bashir* et craignaient qu'il soit interprété comme venant avaliser ou confirmer cette décision. Or, elle estimait que ces préoccupations n'étaient pas justifiées. S'il elle avait effectivement attendu que la Cour se prononce avant d'aborder la question du lien entre le sujet et les juridictions pénales internationales, elle s'était toujours réservé le droit de revenir sur ce point. Comme elle l'avait déjà indiqué en 2019, il n'était pas nécessaire que la Commission examine l'arrêt car celui-ci ne relevait pas du sujet à l'examen. C'est pourquoi, dans son huitième rapport, elle s'était bornée à rappeler les principales conclusions formulées par la Cour et à expliquer pourquoi la décision n'était pas pertinente aux fins des travaux de la Commission. La Rapporteuse spéciale a réaffirmé que, de son point de vue, le projet d'article 18 ne pouvait être considéré comme venant avaliser ou confirmer l'arrêt de la Cour et s'est dite persuadée que le Comité de rédaction tiendrait compte des préoccupations exprimées par les membres lorsqu'il examinerait le projet d'article.

106. Constatant que plusieurs membres avaient été interpellés par la formulation de la traduction anglaise du huitième rapport, dans lequel il est dit que l'accueil réservé à l'arrêt « *has not been kind* » (littéralement, « n'a pas été clément »)³³¹, la Rapporteuse spéciale dit qu'à son avis, il aurait été préférable d'employer les termes « *has been contentious* » (« a suscité des critiques »).

107. S'agissant de l'effet de la clause « sans préjudice » proposée, la Rapporteuse spéciale a pris note du fait que, pour certains, adopter le projet d'article 18 dans sa version actuelle reviendrait à dire que les règles régissant le fonctionnement des juridictions pénales internationales sont hiérarchiquement supérieures à celles régissant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Or, elle partageait l'avis selon lequel les normes conventionnelles régissant telle ou telle juridiction pénale internationale ne sont généralement applicables qu'aux États parties à la convention pertinente, et ne pensait pas que le projet d'article 18 porte atteinte de quelque manière que ce soit à ce principe. Elle a rappelé que la Commission avait fréquemment utilisé des clauses « sans préjudice » dans ses travaux sans considérer pour autant que ces clauses faisaient naître des relations hiérarchiques. La Rapporteuse spéciale était d'accord avec les membres qui estimaient que le projet d'article 18 faisait simplement la distinction entre des régimes juridiques différents dont il n'était pas question de remettre en cause la validité et les champs d'application respectifs.

108. La Rapporteuse spéciale a fait observer que les membres qui étaient en faveur de l'inclusion du projet d'article 18 étaient presque tous d'avis qu'il serait préférable que cette disposition devienne le paragraphe 1 du projet d'article 3 car, comme elle concernait de près la question de la portée du projet d'articles, elle pourrait venir compléter la clause « sans préjudice » figurant au paragraphe 2 du projet d'article 1. La Rapporteuse spéciale a exprimé son intention de faire des propositions à ce sujet au Comité de rédaction.

109. Concernant les propositions d'ordre rédactionnel faites par les membres, la Rapporteuse spéciale est revenue en particulier sur l'opportunité de faire référence aux juridictions pénales « internationalisées » plutôt qu'aux juridictions pénales « internationales », mais a estimé qu'il serait préférable que toutes ces propositions soient examinées par le Comité de rédaction.

110. S'agissant du projet d'article 17, la Rapporteuse spéciale a souligné que la proposition tendant à inclure un projet d'article consacré au règlement des différends avait été appuyée par la majorité des membres de la Commission. Cela étant, pour certains membres, ce type de disposition faisait sens si le résultat final des travaux de la Commission prenait la forme d'un traité, tandis que pour d'autres, il pourrait être considéré comme s'inscrivant dans le prolongement des garanties procédurales énoncées dans la quatrième partie du projet d'articles et méritait donc de figurer dans celui-ci indépendamment du résultat final des travaux. C'est ce dernier point de vue qui avait inspiré l'élaboration du projet d'article 17, ce qui expliquait pourquoi celui-ci venait directement après les autres dispositions de la

³³¹ A/CN.4/739, par. 23.

quatrième partie. Néanmoins, la Rapporteuse spéciale était d'accord que la forme finale des travaux de la Commission pourrait être pertinente pour ce qui était de la teneur du projet d'article 17. Une clause compromissoire traditionnelle serait peut-être plus appropriée pour un projet de traité, et une disposition ayant vocation à fournir des orientations aux États en matière de règlement des différends, plus opportune si la Commission n'avait pas l'intention de proposer un traité. La Rapporteuse spéciale n'avait pas eu l'intention de faire du projet d'article une clause compromissoire, mais elle était disposée à étudier les observations et suggestions des membres dans le cadre du Comité de rédaction. Elle a par ailleurs rappelé que, quelle que soit la décision finale de la Commission quant à la nature de ses travaux sur le sujet, il serait utile d'inclure une clause sur le règlement des différends en première lecture afin que les États puissent donner leur avis sur la question.

111. La Rapporteuse spéciale a pris note des propositions tendant à ce que le projet d'article 17 mentionne aussi d'autres moyens de règlement des différends ou d'autres instances judiciaires. Toutefois, elle estimait que le but de cette disposition était de fournir des orientations simples et utiles aux fins du règlement des différends et qu'il était évident que les États pouvaient recourir à d'autres solutions, qu'il n'était pas utile de toutes énumérer. Elle était ouverte à l'idée de mentionner tel ou tel autre moyen particulièrement pertinent compte tenu de l'objectif visé par le projet d'article ; cela étant, elle jugeait souhaitable, compte tenu de l'approche générale du projet d'articles, de ne pas citer d'autres instances judiciaires que la Cour internationale de Justice. En outre, elle a expliqué que, pour respecter le principe du libre choix des moyens de règlement, il était opportun de ne faire que généralement référence à l'arbitrage, même s'il était évident d'après le contexte que l'arbitrage considéré était l'arbitrage interétatique. Elle a de surcroît pris note de l'avis exprimé par certains membres selon lequel il ne serait pas utile de créer un organe spécialisé.

112. En réponse à une question soulevée au cours du débat, la Rapporteuse spéciale a expliqué que le mécanisme de règlement des différends qu'elle proposait s'articulait autour de trois étapes : consultations, négociations et règlement judiciaire ou arbitral. Notant que les consultations et les négociations pouvaient comporter des éléments communs, elle a précisé que les négociations se distinguaient par leur caractère plus formel et par l'objectif de trouver une solution bilatérale. Elle a pris note des points soulevés par les membres concernant la suspension de l'exercice de la compétence nationale dans le cas où les États concernés décidaient de soumettre un différend à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice. Toutefois, elle a expliqué que cette disposition était destinée à protéger l'État du représentant contre des poursuites abusives ou à motivation politique. Elle a fait observer qu'il faudrait mettre dûment en balance les intérêts de l'État du for et ceux de l'État du représentant afin d'éviter de créer un fait accompli qui pourrait priver le premier du droit d'exercer sa compétence pénale ou le second du droit d'invoquer l'immunité. Par ailleurs, elle a estimé que la question des effets juridiques de l'issue d'une procédure de règlement des différends sur l'ordre juridique de l'État du for était importante et méritait d'être examinée par le Comité de rédaction, de même que celles des conséquences pratiques qui pourraient découler du caractère facultatif du recours à la Cour internationale de Justice ou à l'arbitrage.

113. La Rapporteuse spéciale a constaté que les membres de la Commission avaient été presque unanimes à soutenir sa proposition de ne pas inclure une disposition sur les bonnes pratiques dans le projet d'articles. Comme l'avaient suggéré certains membres, elle comptait donner des exemples de bonnes pratiques dans le commentaire qu'elle soumettrait à la Commission.

C. Texte des projets d'article sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provisoirement adoptés à ce jour par la Commission

1. Texte des projets d'article

114. Le texte des projets d'article provisoirement adoptés à ce jour par la Commission est reproduit ci-après.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

Première partie

Introduction

Article premier

Champ d'application du présent projet d'articles

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'immunité des représentants de l'État au regard de la juridiction pénale d'un autre État.
2. Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international, dont jouissent en particulier des personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un État.

Article 2

Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

[...]

e) On entend par « représentant de l'État » tout individu qui représente l'État ou qui exerce des fonctions étatiques ;

f) « Acte accompli à titre officiel » s'entend de tout acte accompli par un représentant de l'État dans l'exercice de l'autorité étatique.

Deuxième partie

Immunité *ratione personae**

Article 3

Bénéficiaires de l'immunité *ratione personae*

Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

Article 4

Portée de l'immunité *ratione personae*

1. Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* uniquement durant leur mandat.
2. Cette immunité *ratione personae* s'étend à tous les actes qui sont accomplis, tant à titre privé qu'à titre officiel, par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères au cours de leur mandat ou antérieurement à celui-ci.
3. L'extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*.

Troisième partie

Immunité *ratione materiae***

Article 5

Bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*

Les représentants de l'État agissant à ce titre bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère.

* Les dispositions et garanties procédurales applicables au présent projet d'articles sont examinées dans la quatrième partie.

** Les dispositions et garanties procédurales applicables au présent projet d'articles sont examinées dans la quatrième partie.

Article 6**Portée de l'immunité *ratione materiae***

1. Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* uniquement en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel.
2. L'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État.
3. Les individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* conformément au projet d'article 4, dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat.

Article 7**Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas**

1. L'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants :
 - a) Crime de génocide ;
 - b) Crimes contre l'humanité ;
 - c) Crimes de guerre ;
 - d) Crime d'apartheid ;
 - e) Torture ;
 - f) Disparitions forcées.
2. Aux fins du présent projet d'article, les crimes de droit international visés ci-dessus doivent s'entendre conformément à la définition qu'en donnent les traités énumérés à l'annexe du présent projet d'articles.

Quatrième partie*****Article 8 *ante*****Application de la quatrième partie**

Les dispositions et garanties procédurales de la présente partie s'appliquent à l'égard de toute procédure pénale contre un représentant d'un État étranger, ancien ou en fonction, qui concerne tout projet d'article inclus dans la deuxième partie et la troisième partie du présent projet d'articles, y compris la détermination de l'applicabilité ou non de l'immunité en vertu de tout projet d'articles.

Article 8**Examen de la question de l'immunité par l'État du for**

1. Lorsque les autorités compétentes de l'État du for ont connaissance qu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de sa juridiction pénale, elles examinent sans délai la question de l'immunité.
2. Sans préjudice du paragraphe 1, les autorités compétentes de l'État du for examinent toujours la question de l'immunité :
 - a) Avant d'engager des poursuites pénales ;
 - b) Avant de prendre des mesures coercitives visant un représentant d'un autre État, y compris celles qui peuvent affecter toute inviolabilité dont le représentant peut jouir conformément au droit international.

*** La Commission n'a pas encore adopté le titre de cette partie.

Article 9**Notification à l'État du représentant**

1. Avant que les autorités compétentes de l'État du for n'engagent des poursuites pénales ou ne prennent des mesures coercitives visant un représentant d'un autre État, l'État du for notifie cette circonstance à l'État du représentant. Les États envisagent de prévoir les procédures nécessaires pour faciliter une telle notification.
2. La notification comprend, inter alia, l'identité du représentant, les motifs de l'exercice de la juridiction pénale et l'autorité compétente pour exercer la juridiction.
3. La notification est faite par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.

Article 10**Invocation de l'immunité**

1. L'État peut invoquer l'immunité de son représentant lorsque l'État a connaissance que la compétence pénale d'un autre État pourrait être exercée ou est exercée à l'égard du représentant. L'immunité devrait être invoquée dans les meilleurs délais.
2. L'immunité est invoquée par écrit, en indiquant l'identité du représentant et le poste qu'il occupe, ainsi que les motifs pour lesquels l'immunité est invoquée.
3. L'immunité peut être invoquée par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.
4. Les autorités devant lesquelles l'immunité est invoquée informent immédiatement toute autre autorité concernée de ce fait.

Article 11**Renonciation à l'immunité**

1. L'État peut renoncer à l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants.
2. La renonciation doit toujours être expresse et par écrit.
3. La renonciation à l'immunité peut être communiquée par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.
4. Les autorités auxquelles la renonciation à l'immunité est communiquée informent immédiatement toute autre autorité concernée de la renonciation à l'immunité.
5. La renonciation à l'immunité est irrévocable.

Projet d'article 12 [13]******Demandes d'informations**

1. L'État du for peut demander à l'État du représentant toute information qu'il estime pertinente aux fins de décider si l'immunité s'applique ou non.
2. L'État du représentant peut demander à l'État du for toute information qu'il estime pertinente aux fins de décider de l'invocation de, ou de la renonciation à, l'immunité.

**** Le numéro entre crochets est celui que la Rapporteuse spéciale avait initialement attribué au projet d'article dans son rapport.

3. Les informations peuvent être demandées par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États concernés, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.

4. L'État requis examine toute demande d'informations de bonne foi.

Annexe

Liste des traités visés au paragraphe 2 du projet d'article 7

Crime de génocide

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 17 juillet 1998, article 6 ;
- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948, article II.

Crimes contre l'humanité

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 17 juillet 1998, article 7.

Crimes de guerre

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 17 juillet 1998, article 8, paragraphe 2.

Crime d'apartheid

- Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, du 30 novembre 1973, article II.

Torture

- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984, article premier, paragraphe 1.

Disparitions forcées

- Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, du 20 décembre 2006, article 2.

2. Texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session

115. Le texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session est reproduit ci-après.

Article 8 *ante*

Application de la quatrième partie

Les dispositions et garanties procédurales de la présente partie s'appliquent à l'égard de toute procédure pénale contre un représentant d'un État étranger, ancien ou en fonction, qui concerne tout projet d'article inclus dans la deuxième partie et la troisième partie du présent projet d'articles, y compris la détermination de l'applicabilité ou non de l'immunité en vertu de tout projet d'articles.

Commentaire

1) Le projet d'article 8 *ante* est le premier des articles de la quatrième partie du projet d'articles. Il a vocation à définir le champ d'application de la quatrième partie par rapport aux deuxième et troisième parties, qui traitent respectivement de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* du représentant de l'État, ancien ou en fonction, à l'égard de la juridiction pénale étrangère. En faisant référence à la relation entre, d'une part, la quatrième partie et, d'autre part, les deuxième et troisième parties, le projet d'article reflète la notion d'équilibre mise en avant dans les précédents travaux de la Commission, notamment les titres des deuxième et troisième parties, assortis d'une note de bas de page indiquant que

« [l]a Commission examinera[it] les dispositions et garanties procédurales applicables au présent projet d'articles à sa soixante-dixième session »³²².

2) La quatrième partie fait partie intégrante du projet d'articles et les dispositions qui y figurent sont donc appelées à s'appliquer de manière générale au reste du projet d'articles. Toutefois, son champ d'application a suscité des divergences de vues chez les membres de la Commission, notamment en ce qui concerne sa relation avec le projet d'article 7 provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-neuvième session (2017).

3) De l'avis de certains membres, les dispositions et garanties procédurales contenues dans la quatrième partie ne s'appliquaient que pour les actes susceptibles d'être couverts par l'immunité, ce qui n'était de toute évidence pas le cas des crimes visés au projet d'article 7, qui dispose expressément que l'immunité *ratione materiae* « ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants ». À l'inverse, plusieurs membres étaient en faveur d'une interprétation plus large du projet d'articles proposé par le Rapporteur spécial et estimaient que les dispositions et garanties procédurales devaient jouer un rôle même dans les situations dans lesquelles l'article 7 trouvait à s'appliquer.

4) Compte tenu de cette divergence de vues, la Commission a provisoirement adopté le projet d'article 8 *ante*, qui prévoit expressément que toutes les dispositions et garanties procédurales énoncées dans la quatrième partie du projet d'articles « s'appliquent à l'égard de toute procédure pénale contre un représentant d'un État étranger, ancien ou en fonction, qui concerne tout projet d'article inclus dans la deuxième partie et la troisième partie du présent projet d'articles, y compris la détermination de l'applicabilité ou non de l'immunité en vertu de tout projet d'articles ». Le projet d'article 8 *ante* ne préjuge pas et est sans préjudice de l'adoption de toutes autres dispositions et garanties procédurales, ni de la question de savoir si des garanties particulières s'appliquent à l'égard de l'article 7.

5) En insérant le membre de phrase « y compris la détermination de l'applicabilité ou non de l'immunité en vertu de tout projet d'articles », la Commission confirme que la quatrième partie s'applique également, dans son intégralité, au projet d'article 7. C'est ce qui ressort, en particulier, de la référence à la détermination de l'immunité, qui s'entend comme le processus visant à décider si celle-ci s'applique ou non et qui fait l'objet du projet d'article 13, en attente d'examen par le Comité de rédaction. Pour déterminer l'applicabilité de l'immunité *ratione materiae*, il faut tenir compte à la fois des éléments normatifs définis dans les projets d'articles 4, 5 et 6, provisoirement adoptés par la Commission, et des exceptions énoncées dans le projet d'article 7. En outre, le projet d'article 8 *ante* veut que toutes les dispositions et garanties procédurales énoncées dans la quatrième partie soient respectées lorsqu'il s'agit de déterminer si telle ou telle situation relève d'une exception.

6) La Commission a examiné la proposition tendant à ce que le projet d'article 8 *ante* fasse expressément référence au projet d'article 7 et vienne ainsi confirmer que celui-ci est soumis aux dispositions et garanties énoncées dans la quatrième partie, mais ne l'a pas retenue, préférant s'exprimer de manière plus générale et plus neutre en employant la formule « la détermination de l'applicabilité ou non de l'immunité en vertu de tout projet d'articles ».

7) La quatrième partie s'applique « à l'égard de toute procédure pénale contre un représentant d'un État étranger ». L'expression « procédure pénale » est utilisée dans le projet d'article 8 *ante* pour désigner, au sens large, les différentes mesures pouvant être prises par l'État du for aux fins de l'exercice de sa juridiction pénale. Compte tenu des différences pratiques qui existent entre les systèmes et traditions juridiques des États, il n'a pas été jugé nécessaire de préciser la nature des mesures en question, qui peuvent être prises tant par le pouvoir exécutif que par les juges et les procureurs. En tout état de cause, il conviendra de se

³²² Cette note a été insérée à la soixante-neuvième session de la Commission (2017), à l'occasion de l'adoption provisoire du projet d'article 7. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)*, par. 140 et 141. Voir, en particulier, le paragraphe 9 du commentaire du projet d'article 7, dans lequel on peut lire que « pour montrer l'importance que la Commission accorde aux questions de procédure dans le contexte du sujet à l'examen, il a été décidé d'insérer dans le texte actuel du projet d'articles une note de bas de page rédigée dans les termes ci-après : "La Commission examinera les dispositions et garanties procédurales applicables au présent projet d'articles à sa soixante-dixième session" ».

pencher sur l'emploi de l'expression « procédure pénale » lors du dernier examen du projet d'articles avant son adoption en première lecture, notamment pour garantir l'interprétation et l'utilisation cohérentes et systématiques, dans l'ensemble du projet d'articles, de cette expression et des termes « exercice de la juridiction pénale ». Cet examen devra être effectué une fois que la Commission se sera prononcée sur la définition de la notion de « juridiction pénale », qui n'a pas encore été examinée par le Comité de rédaction.

8) L'expression « contre un représentant d'un État étranger, ancien ou en fonction » employée dans le projet d'article 8 *ante* est destinée à indiquer qu'il doit exister un lien entre le représentant de l'État étranger et la procédure pénale susceptible d'être engagée dans l'État du for dans le contexte de laquelle l'immunité pourrait s'appliquer. Le fait qu'il est précisé que le représentant peut être « ancien » ou « en fonction » ne vient pas modifier la portée temporelle de l'immunité de juridiction pénale, car, comme la Commission l'a souligné dans le commentaire de l'alinéa e) du projet d'article 2, cet élément ne change rien à la définition du terme « représentant » et « [l]a portée temporelle de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* est traitée dans d'autres projets d'article³³³ ». L'expression « ancien ou en fonction » doit donc être comprise à la lumière des dispositions du projet d'article 4, en ce qui concerne l'immunité *ratione personae*, et du projet d'article 6, en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*. Par ailleurs, il conviendra de se pencher sur la formule « représentant d'un État étranger » avant l'adoption du projet d'articles en première lecture afin de décider s'il convient d'utiliser systématiquement cette expression ou plutôt l'expression « représentant d'un autre État », employée dans d'autres projets d'article.

Article 8

Examen de la question de l'immunité par l'État du for

1. Lorsque les autorités compétentes de l'État du for ont connaissance qu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de sa juridiction pénale, elles examinent sans délai la question de l'immunité.
2. Sans préjudice du paragraphe 1, les autorités compétentes de l'État du for examinent toujours la question de l'immunité :
 - a) avant d'engager des poursuites pénales ;
 - b) avant de prendre des mesures coercitives visant un représentant d'un autre État, y compris celles qui peuvent affecter toute inviolabilité dont le représentant peut jouir conformément au droit international.

Commentaire

1) Le projet d'article 8 porte sur l'obligation faite aux autorités de l'État du for d'examiner la question de l'immunité de juridiction pénale lorsqu'elles entendent exercer ou exercent leur juridiction pénale sur un représentant d'un autre État. Par « [e]xamen de la question de l'immunité », on entend les mesures nécessaires pour déterminer si un acte accompli par les autorités de l'État du for et relevant de l'exercice de la juridiction pénale de celui-ci peut ou non affecter l'immunité de juridiction pénale des représentants d'un autre État. L'« examen » de la question de l'immunité est donc un acte préparatoire marquant le début d'un processus qui prend fin avec la détermination de l'application ou non de l'immunité. Néanmoins, quoi qu'étroitement liées, l'« examen » et la « détermination » de l'immunité sont deux notions distinctes. La « détermination de l'immunité » fera l'objet d'un projet d'article à part qui n'a pas encore été examiné par le Comité de rédaction.

2) Le projet d'article 8 comporte deux paragraphes, qui définissent une règle générale (par. 1) et une règle particulière, applicable à des situations précises (par. 2). L'une et l'autre règle posent que l'obligation d'examiner la question de l'immunité incombe aux « autorités compétentes » de l'État du for. La Commission a décidé de ne pas préciser quels organes de l'État entrent dans cette catégorie, car cela dépend du moment où la question de l'immunité se pose ainsi que de l'ordonnancement juridique de l'État du for. Les organes compétents

³³³ *Annuaire ... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 157, par. 12 du commentaire de l'alinéa e) du projet d'article 2.

pouvant différer d'un ordonnancement juridique à un autre, il a été jugé préférable d'employer une terminologie recouvrant différents types d'organes, y compris les organes exécutifs, la police, le ministère public et les tribunaux. La question de la détermination des organes de l'État qui entrent dans la catégorie des « autorités compétentes » aux fins du projet d'article doit être examinée au cas par cas.

3) La règle générale énoncée au paragraphe 1 veut que les autorités compétentes de l'État du for « examinent sans délai la question de l'immunité » lorsqu'elles « ont connaissance qu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de sa juridiction pénale ».

4) La Commission a estimé plus opportun d'employer l'expression « représentant d'un autre État » que l'expression « représentant étranger ». La formule est utilisée comme équivalent de « représentant d'un État étranger », que l'on retrouve dans le projet d'article 8 *ante*, et de « représentant de l'État », expression utilisée (au pluriel) dans l'intitulé du sujet et dont la définition figure à l'alinéa e) du projet d'article 2 provisoirement adopté par la Commission. Elle désigne donc tout représentant de l'État, quel que soit son rang, qu'il soit couvert par l'immunité *ratione personae* ou par l'immunité *ratione materiae* et qu'il soit en fonction ou ait cessé de l'être au moment où la question de l'immunité doit être examinée. Il s'ensuit qu'elle doit s'entendre comme désignant tout représentant susceptible de bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère selon les dispositions des deuxième et troisième parties du projet d'articles.

5) L'obligation d'examiner la question de l'immunité ne naît que lorsqu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de la juridiction pénale de l'État du for. Dans le texte de la règle générale, la Commission a employé l'expression « exercice de [la] juridiction pénale », qu'elle a préférée à « poursuites pénales », formule proposée par la Rapporteuse spéciale et jugée trop restrictive. L'expression « exercice de la juridiction pénale » a également été employée dans les projets d'articles 3, 5 et 7, sans toutefois que sa portée soit définie dans les commentaires y relatifs. Il convient de préciser que la notion de « juridiction pénale », envisagée pour la première fois dans le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale³³⁴, n'a pas encore été examinée par le Comité de rédaction. En tout état de cause, et sous réserve de la définition des termes « juridiction pénale » qui sera adoptée en temps voulu par la Commission, aux fins du projet d'article 8, on entendra par « exercice de la juridiction pénale » les actes pouvant être accomplis par les autorités compétentes de l'État du for et susceptibles d'être nécessaires pour conclure, le cas échéant, à la responsabilité pénale d'un ou de plusieurs individus. Ces actes peuvent être de différentes natures et ne sont pas l'apanage des autorités judiciaires ; ils peuvent aussi prendre la forme de mesures prises par le gouvernement ou par les services de police, de mesures d'enquête ou d'instruction, ou de poursuites.

6) Toutefois, les actes qui peuvent participer de l'« exercice de la juridiction pénale » au sens strict ne déclenchent pas tous l'obligation d'examiner la question de l'immunité. Cette obligation ne naît que lorsque le représentant d'un autre État peut « être visé » par un acte de ce type. Ainsi qu'il ressort des arrêts rendus par la Cour internationale de Justice dans les affaires relatives au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*³³⁵ et à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*³³⁶, un acte de procédure pénale n'a d'incidence sur l'immunité du représentant étranger que s'il fait obstacle à l'exercice des fonctions de l'intéressé en lui imposant des obligations. Ainsi, l'ouverture d'une enquête préliminaire ou la mise en mouvement de l'action publique non seulement sur la matérialité présumée de l'infraction, mais aussi, précisément, contre un individu donné, si elles ne mettent pas à sa charge quelque obligation conformément au droit interne applicable, ne peuvent être considérées comme une violation de l'immunité. En outre, l'État du for peut, à tout le moins, commencer à recueillir des éléments de preuve (témoignages, documents et autres preuves matérielles) en appliquant des mesures ne présentant pas de caractère contraignant pour le représentant étranger.

³³⁴ *Annuaire ... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, p. 46 et 47, par. 36 à 42.

³³⁵ Voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique, arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, à la page 22, par. 54 et 55.

³³⁶ Voir *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 177, aux pages 236 et 237, par. 170 et 171.

7) La règle générale énoncée au paragraphe 1 met l'accent sur le moment auquel les autorités compétentes de l'État du for doivent se pencher sur la question de l'immunité, qui doit être examinée rapidement faute de quoi l'efficacité du mécanisme même de l'immunité pourrait être compromise. Si les traités qui régissent les différentes formes d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne prévoient pas de règles particulières en la matière, la Cour internationale de Justice a expressément rappelé que la question de l'immunité devait être tranchée dans les plus brefs délais *in limine litis*³³⁷. Dans ce contexte, la Commission a jugé nécessaire d'indiquer expressément quand l'examen de la question de l'immunité devait être entrepris, à savoir « [l]orsque les autorités compétentes de l'État du for ont connaissance qu'un représentant d'un autre État peut être visé par l'exercice de sa juridiction pénale ». L'emploi de la formule « [l]orsque [...] ont connaissance », qui s'apparente à celle utilisée par l'Institut de droit international dans sa résolution de 2001 sur les immunités de juridiction et d'exécution des chefs d'État et de gouvernement en droit international³³⁸, a vocation à souligner que la question de l'immunité doit être examinée dès que possible et qu'il n'est pas nécessaire d'attendre qu'une procédure judiciaire ait été engagée. Cet impératif est confirmé par l'emploi de l'expression « sans délai », variante de celle retenue dans les articles 36 et 37 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

8) Le paragraphe 2 du projet d'article 8 énonce une règle particulière qui s'applique dans deux cas précis dans lesquels les autorités compétentes de l'État du for doivent examiner la question de l'immunité. Cette règle est énoncée sous la forme d'une clause « sans préjudice », l'objectif étant de préserver l'applicabilité de la règle générale exposée au paragraphe 1. L'expression « sans préjudice » vient souligner que cette règle générale s'applique en toutes circonstances et ne peut être entravée ou compromise par la règle particulière énoncée au paragraphe 2, destinée à appeler l'attention des autorités compétentes de l'État du for sur le fait que, si elles ne l'ont pas déjà fait en application de la règle générale, elles sont tenues d'examiner la question de l'immunité avant de prendre l'une ou l'autre des mesures énoncées dans ce paragraphe. L'emploi de l'adverbe « toujours » vient renforcer ce point.

9) En application de la règle particulière énoncée au paragraphe 2, la question de l'immunité doit toujours être examinée « avant d'engager des poursuites pénales » (al. a)) et « avant de prendre des mesures coercitives visant un représentant d'un autre État » (al. b)). La Commission a choisi ces deux cas de figure parce qu'elle estime qu'ils concernent tous deux des actes qui auraient nécessairement une incidence sur le représentant d'un autre État et qui, le cas échéant, pourraient porter atteinte à l'immunité de juridiction pénale étrangère de l'intéressé. L'utilisation de l'adverbe « avant » vient renforcer le principe selon lequel l'immunité doit toujours être examinée à titre préliminaire, *in limine litis*.

³³⁷ La Cour internationale de Justice s'est penchée sur cette question dans l'affaire du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, dans laquelle elle était amenée à se prononcer sur l'applicabilité des privilèges et immunités contenus dans la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (New York, 13 février 1946, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1, n° 4, p. 15, et vol. 90, p. 327) dans le cadre des poursuites engagées en Malaisie contre le Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats à la suite de propos qu'il avait tenus lors d'une interview. Dans ce contexte, à la demande du Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies, la Cour a rendu un avis consultatif dans lequel elle a dit que « les questions d'immunité [étaient] des questions préliminaires qui [devaient] être tranchées dans les meilleurs délais *in limine litis* » et que « [c'était] là un principe de droit procédural généralement reconnu », qui avait pour finalité qu'on ne devait pas « priv[er] de sa raison d'être la règle relative à l'immunité ». En conséquence, elle a conclu par quatorze voix contre une « [q]ue les tribunaux malaisiens avaient l'obligation de traiter la question de l'immunité de juridiction comme une question préliminaire à trancher dans les meilleurs délais *in limine litis* » (*Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif, C.I.J. *Recueil* 1999, p. 62 et suiv., en particulier p. 88, par. 63, et p. 90, par. 67 2) b).

³³⁸ L'article 6 de la résolution de l'Institut de droit international dispose que « [l]es autorités de l'État doivent accorder au chef d'État étranger, dès l'instant où sa qualité leur est connue, l'invulnérabilité, l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution auxquelles il a droit » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 746, disponible sur le site de l'Institut, à l'adresse suivante : www.idi-iiil.org, sous la rubrique « Résolutions »).

10) L'expression « poursuites pénales » désigne le stade initial de la procédure judiciaire visant à déterminer la responsabilité pénale d'un individu, en l'occurrence un représentant d'un autre État. Elle doit être distinguée de l'expression « exercice de la juridiction pénale » qui, comme on l'a vu plus haut, est d'acception plus large. La Commission a préféré utiliser l'expression « engager des poursuites pénales » plutôt que les termes « mettre en accusation », « mettre en examen » ou « inculper » ou les expressions « ouverture du procès » ou « début de la procédure », dont elle considère qu'ils peuvent avoir des significations distinctes d'un ordre juridique à un autre. Elle a décidé d'employer une terminologie générale pouvant couvrir n'importe lequel des actes qui, dans le droit interne de l'État du for, déclenchent l'ouverture d'une procédure pénale. Le fait que la question de l'immunité doive toujours être examinée au moment de l'« engagement de poursuites pénales » est conforme à la pratique et à la jurisprudence internationales. Toutefois, cela n'empêche pas qu'elle soit aussi examinée ultérieurement, y compris en appel, si besoin est.

11) L'expression « mesures coercitives visant un représentant d'un autre État » désigne les actes des autorités compétentes de l'État du for qui visent le représentant et peuvent être accomplis à tout moment dans le contexte de l'exercice de la juridiction pénale, que des poursuites pénales aient ou non été engagées. Il s'agit essentiellement de mesures individuelles pouvant concerner, notamment, la liberté de circulation du représentant, sa comparution en justice en tant que témoin ou son extradition vers un État tiers. Ces mesures ne supposent pas nécessairement que des « poursuites pénales contre le représentant » aient été engagées, mais peuvent participer de l'« exercice de la juridiction pénale ». Étant donné qu'elles peuvent différer d'un ordre juridique interne à un autre, il a été jugé préférable d'utiliser la formule générale « mesures coercitives » plutôt que l'expression « acte d'autorité » employée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, cette décision étant inspirée du raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*³³⁹.

12) Dans la pratique, une des mesures coercitives les plus fréquentes est le placement en détention du représentant. La nécessité d'examiner la question de l'immunité avant d'ordonner un placement en détention a été rappelée dans l'affaire *Charles Taylor* par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, dont la Chambre d'appel a déclaré ce qui suit dans sa décision du 31 mai 2004 : « Exiger d'un chef d'État en exercice qu'il se soumette à une incarcération avant de pouvoir invoquer son immunité va totalement à l'encontre de l'objectif même du principe de l'immunité souveraine et suppose en outre que, indépendamment des questions de fond, ce principe souffre des exceptions devant être déterminées après que la demande d'immunité a été examinée au fond³⁴⁰. » [traduction non officielle]. La Commission a donc jugé nécessaire de se pencher sur cette question dans le contexte de l'examen de l'immunité.

13) À cet égard, il convient de préciser que la portée du projet d'articles est limitée à l'immunité de juridiction pénale étrangère et ne couvre donc pas la question de l'inviolabilité. Cependant, si l'immunité de juridiction et l'inviolabilité sont deux notions distinctes qui ne sont pas interchangeables, force est de constater que toutes deux sont envisagées en même temps dans divers traités internationaux, comme la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques³⁴¹, qui dispose que « [l]a personne de l'agent diplomatique est inviolable [et il] ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention » (art. 29)³⁴² et qu'« [a]ucune mesure d'exécution

³³⁹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 335), p. 22, par. 54 ; *Certaines questions relatives à l'entraide judiciaire en matière pénale* (voir *supra* la note 336), p. 236 et 237, par. 170.

³⁴⁰ *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, affaire SCSL-2003-01-I, décision relative à l'immunité de juridiction, 31 mai 2004, par. 30. Le texte de la décision est disponible sur le site du Tribunal, à l'adresse suivante : www.scsldocs.org, sous la rubrique « Documents », « *Charles Taylor* ».

³⁴¹ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, n° 7310, p. 95.

³⁴² Dans le même ordre d'idées, voir la Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969), *ibid.*, vol. 1400, n° 23431, p. 231, art. 29 ; la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975), Nations Unies, *Annuaire juridique 1975* (numéro de vente : F.77.V.3), p. 91, ou *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la représentation des États dans leurs*

ne peut être prise à l'égard de l'agent diplomatique » (art. 31, par. 3)³⁴³. De même, on peut citer la résolution de l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction et d'exécution des chefs d'État et de gouvernement en droit international (art. 1 et 4)³⁴⁴.

14) Par ailleurs, la Commission a tenu compte du fait que le placement en détention d'un représentant d'un autre État pouvait, dans certaines circonstances, avoir des conséquences sur l'immunité de juridiction. C'est pourquoi la dernière phrase de l'alinéa b) du paragraphe 2 du projet d'article mentionne, parmi les mesures coercitives, « celles qui peuvent affecter toute inviolabilité dont le représentant peut jouir conformément au droit international ». Le membre de phrase « dont le représentant peut jouir conformément au droit international » appelle l'attention sur le fait que les représentants d'un autre État ne jouissent pas tous de l'inviolabilité du seul fait de leur fonction.

Article 9

Notification à l'État du représentant

1. Avant que les autorités compétentes de l'État du for n'engagent des poursuites pénales ou ne prennent des mesures coercitives visant un représentant d'un autre État, l'État du for notifie cette circonstance à l'État du représentant. Les États envisagent de prévoir les procédures nécessaires pour faciliter une telle notification.

2. La notification comprend, *inter alia*, l'identité du représentant, les motifs de l'exercice de la juridiction pénale et l'autorité compétente pour exercer la juridiction.

3. La notification est faite par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.

Commentaire

1) Le projet d'article 9 porte sur la notification que l'État du for doit adresser à un autre État pour l'informer de son intention d'exercer sa juridiction pénale à l'égard d'un de ses représentants.

2) Étant donné qu'il est généralement admis que l'immunité de juridiction pénale étrangère est reconnue aux représentants de l'État dans l'intérêt de ce dernier, c'est à l'État, et non au représentant, qu'il appartient de décider s'il y a lieu d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer, et aussi de prendre toute décision sur la forme et les moyens à employer pour revendiquer l'immunité de son représentant. Néanmoins, pour pouvoir exercer ces prérogatives, l'État doit avoir connaissance du fait que les autorités d'un autre État entendent exercer leur juridiction pénale à l'égard d'un de ses représentants.

3) La Commission a constaté que les instruments conventionnels qui prévoient une forme d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne contiennent aucune règle imposant à l'État du for l'obligation de notifier à l'État du représentant qu'il entend exercer sa juridiction pénale à l'égard de celui-ci, à la seule exception de l'article 42 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires³⁴⁵. En outre, elle a tenu compte du

relations avec les organisations internationales, Vienne, 4 février-14 mars 1975, vol. II, Documents de la Conférence (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.V.12), p. 205, document A/CONF.67/16, art. 28 et 58. Pour des termes plus nuancés, voir la Convention de Vienne sur les relations consulaires, art. 41, par. 1 et 2.

³⁴³ Dans le même ordre d'idées, voir la Convention sur les missions spéciales, art. 31 ; la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, art. 30 et art. 60, par. 2.

³⁴⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (voir *supra* la note 338), p. 744 et 746.

³⁴⁵ L'article 42 de la Convention est rédigé dans les termes suivants : « En cas d'arrestation, de détention préventive d'un membre du personnel consulaire ou de poursuite pénale engagée contre lui, l'État de résidence est tenu d'en prévenir au plus tôt le chef de poste consulaire. Si ce dernier est lui-même visé par l'une de ces mesures, l'État de résidence doit en informer l'État d'envoi par la voie diplomatique. ». La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la Convention de Vienne

fait que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens³⁴⁶ part du principe que l'intention de l'État du for d'exercer sa compétence à l'égard d'un autre État doit nécessairement être notifiée et, à cette fin, régit dans son article 22 les moyens par lesquels « la signification ou la notification d'une assignation ou de toute autre pièce instituant une procédure contre un État est effectuée ». Si cette disposition s'inscrit dans un contexte différent de celles relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère, il n'en demeure pas moins que la signification ou la notification de la demande est le préalable à l'invocation de l'immunité, raison pour laquelle l'article susmentionné peut être pris en compte *mutatis mutandis* aux fins du projet d'article. Forte de ces considérations, la Commission a décidé d'inscrire la notification parmi les garanties procédurales énoncées dans la quatrième partie du projet d'articles.

4) La notification est indispensable si on veut que l'État du représentant soit dûment informé de l'intention de l'État du for d'exercer sa juridiction pénale à l'égard d'un de ses représentants et, par conséquent, puisse décider s'il y a lieu d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer. En outre, la notification facilite l'ouverture d'un dialogue entre l'État du for et l'État du représentant et, à ce titre, devient une condition fondamentale pour garantir la bonne détermination et la bonne application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. La Commission considère donc la notification comme une des garanties procédurales définies dans la quatrième partie du projet d'articles. Les notions de « notification » et de « consultations » ne doivent pas être confondues, car les consultations ont lieu à un stade ultérieur et sont envisagées dans le projet d'article 15, qui n'a pas encore été examiné par le Comité de rédaction.

5) Le projet d'article 9 comporte trois paragraphes qui traitent, respectivement, du moment auquel la notification doit avoir lieu, du contenu de la notification et des moyens par lesquels elle peut être exprimée.

6) Le paragraphe 1 porte sur le moment auquel la notification doit avoir lieu. Compte tenu de l'objectif qu'elle poursuit, la notification doit être rapide, car ce n'est qu'ainsi qu'elle déploie tous ses effets. Cependant, force est de constater qu'elle peut avoir des effets indésirables sur l'exercice par l'État du for de sa juridiction pénale, en particulier sur les actes qui interviennent au début d'une procédure. Il a donc été jugé nécessaire de trouver un équilibre entre, d'une part, l'obligation de notifier l'État du représentant et, d'autre part, le droit de l'État du for de mener des activités qui relèvent de l'exercice de sa juridiction pénale, qui peuvent concerner plusieurs sujets et plusieurs faits et dont l'exécution n'a pas nécessairement d'incidence sur le représentant d'un autre État. Dans ce souci, deux échéances primordiales ont été fixées : a) l'engagement de poursuites pénales ; b) la prise de mesures coercitives visant un représentant d'un autre État. La notification doit avoir lieu avant que l'une quelconque de ces deux circonstances ne se réalise. Le paragraphe 1 du projet d'article a donc été harmonisé avec les alinéas a) et b) du paragraphe 2 du projet d'article 8, de sorte que l'État du représentant doive être notifié en même temps que les autorités compétentes de l'État du for sont amenées à examiner la question de l'immunité, si elles ne l'ont pas fait auparavant. Les expressions « poursuites pénales » et « mesures coercitives visant un représentant d'un autre État » doivent donc être comprises dans le sens où elles sont entendues dans le commentaire du projet d'article 8.

7) L'expression « représentant d'un autre État » est employée dans le projet d'article comme synonyme de « représentant de l'État » et doit donc être entendue au sens de l'alinéa e) du projet d'article 2 provisoirement adopté par la Commission. Comme il est dit dans le commentaire de ce projet d'article, l'emploi de l'expression « représentant de l'État » n'a pas d'incidence sur la portée temporelle de l'immunité³⁴⁷, qui est soumise aux règles

sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel et la Convention sur les missions spéciales ne contiennent aucune disposition similaire.

³⁴⁶ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49 (A/59/49)*, vol. I, résolution 59/38, annexe.

³⁴⁷ Voir *Annuaire ... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 157, par. 12 du commentaire de l'alinéa e) du projet d'article 2.

particulières applicables à l'immunité *rationae personae* et à l'immunité *ratione materiae*³⁴⁸. Le commentaire du projet d'article 2 est pertinent aussi aux fins du projet d'article 9, et on considérera donc comme « représentant d'un autre État » tout représentant d'un autre État qui peut jouir de l'immunité prévue par les deuxième et troisième parties du projet d'articles. Ainsi, l'expression « représentant d'un autre État » peut désigner aussi bien un représentant en fonctions au moment où l'État du for entend exercer sa juridiction pénale qu'un ancien représentant, dès lors que l'intéressé peut bénéficier d'une forme d'immunité.

8) La deuxième phrase du paragraphe 1 s'adresse aux États et part du constat qu'il peut arriver que l'ordonnancement juridique d'un État ne prévoit aucune procédure permettant l'échange d'informations entre le pouvoir exécutif, les juges et le parquet³⁴⁹. Dans ce cas, le respect de l'obligation de notifier à l'État du représentant que des poursuites pénales ont été engagées ou que des mesures coercitives ont été prises contre l'un de ses représentants peut se trouver considérablement entravé, surtout si l'on tient compte du fait que, en pratique, les communications relatives à la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant d'un autre État ont souvent lieu par la voie diplomatique. La Commission a donc jugé nécessaire d'appeler l'attention des États sur ce problème en insérant la dernière phrase du paragraphe 1. Toutefois, étant donné la diversité des ordres et des pratiques juridiques internes, il a été décidé d'utiliser une formulation non prescriptive permettant aux États de déterminer s'il existe ou non dans leur ordre juridique une procédure d'échange d'informations et, le cas échéant, de décider s'il y a lieu d'adopter pareille procédure. Le verbe « envisagent » est employé à cette fin.

9) Le paragraphe 2 porte sur le contenu de la notification. Étant donné l'objectif de la notification, ce contenu peut varier selon les cas, mais il doit néanmoins comporter des informations suffisantes pour permettre à l'État du représentant de se faire une opinion sur l'opportunité d'invoquer l'immunité de son représentant ou, au contraire, d'y renoncer. Après avoir débattu de la question de savoir si ce paragraphe devait ou non être inclus dans le projet d'article, la Commission a finalement choisi de le conserver, car il permet de s'assurer que l'État du for fournira à l'État du représentant un minimum d'informations utiles. Néanmoins, elle a souhaité laisser une marge d'appréciation à l'État du for, eu égard au fait que les ordres et pratiques juridiques internes peuvent régir différemment la communication de certains éléments d'information et qu'il se peut que tel ou tel renseignement soit à la disposition du procureur ou des juges uniquement. Elle entend ainsi mettre en balance, dans le paragraphe 2, la reconnaissance à l'État du for d'une marge d'appréciation suffisante dans l'exercice de sa juridiction pénale et la nécessité de fournir à l'État du représentant des informations suffisantes. C'est pourquoi elle a fait précéder de l'adverbe latin « *inter alia* » la liste des éléments d'information qui doivent en tout état de cause figurer dans la notification visée dans le projet d'article 9.

10) Trois types d'informations doivent nécessairement figurer dans la notification, à savoir : a) l'identité du représentant, b) les motifs de l'exercice de la juridiction pénale et c) l'autorité compétente pour exercer la juridiction. L'identité du représentant doit indispensablement être communiquée si on veut que l'État du représentant puisse déterminer si l'intéressé est effectivement un de ses représentants et décider s'il y a lieu d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer. En ce qui concerne les informations de fond à notifier à l'État du représentant, la Commission a estimé qu'il ne suffisait pas de les limiter aux « actes commis par [le représentant] sur lesquels pourrait s'exercer la juridiction pénale », comme la Rapporteuse spéciale l'avait initialement proposé. Elle a donc retenu l'expression « motifs de l'exercice de la juridiction pénale » qui, en raison de sa formulation plus générale, permet d'inclure dans la notification non seulement des éléments factuels relatifs au comportement du représentant, mais aussi des informations sur la législation de l'État du for sur laquelle l'exercice de la juridiction est fondé. Enfin, la Commission a jugé opportun d'inclure dans la liste des informations de base des indications sur l'autorité compétente pour exercer la juridiction dans le cas particulier visé par la notification. Ce choix se justifie par l'intérêt que l'État du représentant peut avoir à savoir quels organes sont chargés de décider s'il y a lieu

³⁴⁸ Voir le projet d'article 4, par. 1 et 3 (immunité *ratione personae*), et le projet d'article 6, par. 2 et 3 (immunité *ratione materiae*).

³⁴⁹ Voir l'analyse qui est faite de ce problème dans le septième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi par la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/729), par. 121 à 126.

d'engager des poursuites pénales ou de prendre des mesures coercitives afin de communiquer avec eux et de faire valoir tel ou tel argument, selon qu'il convient. Compte tenu du fait que, d'un ordonnancement juridique à l'autre, les organes compétents pour exercer la juridiction pénale et examiner la question de l'immunité peuvent être différents, le terme générique « autorité compétente » a été retenu, qui peut désigner aussi bien les juges, les procureurs et les policiers que d'autres autorités de l'État du for. L'emploi de ce terme au singulier s'explique par le fait que l'autorité en question aura déjà été identifiée en ce qui concerne le cas visé par la notification, même s'il n'est pas exclu que la compétence puisse relever de plusieurs autorités.

11) Le paragraphe 3 traite des moyens de communication que l'État du for peut utiliser pour adresser la notification à l'État du représentant. Cette question n'a été abordée dans aucun des traités internationaux qui régissent une forme d'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État. Cela étant, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens définit les moyens par lesquels la signification ou la notification d'une assignation ou de toute autre pièce instituant une procédure contre un État est effectuée, disposant au paragraphe 1 de son article 22 que la signification ou notification « est effectuée : a) [c]onformément à toute convention internationale applicable liant l'État du for et l'État concerné ; b) [c]onformément à tout arrangement particulier en matière de signification ou de notification intervenu entre le demandeur et l'État concerné, si la loi de l'État du for ne s'y oppose pas ; ou c) [e]n l'absence d'une telle convention ou d'un tel arrangement particulier : i) [p]ar communication adressée par les voies diplomatiques au Ministère des affaires étrangères de l'État concerné ; ou ii) [p]ar tout autre moyen accepté par l'État concerné, si la loi de l'État du for ne s'y oppose pas ».

12) La Commission ayant jugé utile d'indiquer dans le projet d'article les moyens de communication que l'État du for peut utiliser pour adresser la notification, elle explique au paragraphe 3 que l'État peut employer « la voie diplomatique » ou « l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États ».

13) La communication par la voie diplomatique est la plus souvent utilisée lorsque la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État se pose. Cela s'explique dans une large mesure par le fait que la question – sensible – de l'application de l'immunité à tel ou tel représentant d'un autre État est une « affaire officielle » et, par conséquent, entraîne l'application du paragraphe 2 de l'article 41 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques³⁵⁰. Si la « voie diplomatique » est mentionnée en premier, c'est donc pour souligner que ce moyen de notification est le plus courant dans la pratique. L'expression « par la voie diplomatique » reprend la formulation figurant à l'alinéa c) i) du paragraphe 1 de l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui a déjà été employée par la Commission dans le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité³⁵¹. Sachant que les versions officielles de la Convention ne contiennent pas toutes la même expression, il a été décidé que, dans chaque langue, le projet d'article 9 reproduirait les termes initialement employés dans la Convention.

14) Il a été tenu compte du fait que, outre la « voie diplomatique », les États peuvent utiliser divers moyens de communication aux fins de la notification, dont certains sont mentionnés à l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. C'est pourquoi le membre de phrase « l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin » a été ajouté au paragraphe 3. Les États ont donc deux options parmi lesquelles il leur appartient de choisir dans chaque cas, cette alternative pouvant être reflétée tant dans les traités internationaux de portée générale que dans d'autres accords conclus par les États concernés. Le mode de communication entre les États pouvant être régi par des instruments traitant de questions très

³⁵⁰ Ledit article dispose que « [t]outes les affaires officielles traitées avec l'État accréditaire, confiées à la mission par l'État accréditant, doivent être traitées avec le ministère des Affaires étrangères de l'État accréditaire ou par son intermédiaire, ou avec tel autre ministère dont il aura été convenu ».

³⁵¹ Le texte du projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs figurent dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10)*, par. 44 et 45.

diverses, l'expression « à cette fin » a été insérée pour souligner que, en tout état de cause, seuls les accords pertinents pouvant trouver à s'appliquer aux questions de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État sont visés. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que les accords en question doivent expressément porter sur l'immunité ou régir la question de la notification de l'immunité. Enfin, on retiendra que le membre de phrase « acceptés [...] par les deux États » renvoie à l'obligation selon laquelle tant l'État du for que l'État du représentant doivent avoir accepté les autres moyens de communication.

15) Aux termes de la dernière phrase du paragraphe 3, les autres moyens de communication acceptés « à cette fin » par les deux États « peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables ». L'utilisation de ce moyen de communication, qui avait été suggéré par la Rapporteuse spéciale dans sa proposition initiale, a suscité de vifs débats au cours desquels ont été soulevées des questions liées à la notion même de « traité de coopération et d'entraide judiciaire internationale » et au fait que les traités de ce type ne sont pas destinés à régir la question de l'immunité et que, compte tenu du type d'autorités de l'État susceptibles d'émettre et de recevoir des notifications en vertu de ces traités, les ministères des affaires étrangères et d'autres organes chargés des relations internationales pourraient être exclus de la procédure de notification visée au projet d'article 9. Toutefois, la Commission a décidé de continuer de faire référence à ce moyen de communication entre les États, sachant qu'il a parfois été utilisé par les États et qu'il peut faciliter la notification.

16) Aux fins du projet d'article, l'expression « traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales » s'entend des instruments conclus dans le but de faciliter la coopération et l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États, instruments qui peuvent être de nature multilatérale ou bilatérale. Sans prétendre à l'exhaustivité, on citera, parmi les instruments multilatéraux, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale³⁵² et les deux protocoles additionnels y relatifs³⁵³, la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives³⁵⁴, la Convention européenne d'extradition³⁵⁵ et les quatre protocoles additionnels y relatifs³⁵⁶, la Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale³⁵⁷, la Convention interaméricaine sur l'extradition³⁵⁸, la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne³⁵⁹, la Décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales³⁶⁰, la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États

³⁵² Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Strasbourg, 20 avril 1959), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 472, n° 6841, p. 185.

³⁵³ Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Strasbourg, 17 mars 1978), *ibid.*, vol. 1496, n° 6841, p. 350 ; Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Strasbourg, 8 novembre 2001), *ibid.*, vol. 2297, n° 6841, p. 22.

³⁵⁴ Convention européenne sur la transmission des procédures répressives (Strasbourg, 15 mai 1972), *ibid.*, vol. 1137, n° 17825, p. 29.

³⁵⁵ Convention européenne d'extradition (Paris, 13 décembre 1957), *ibid.*, vol. 359, n° 5146, p. 273.

³⁵⁶ Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition (Strasbourg, 15 octobre 1975), *ibid.*, vol. 1161, n° 5146, p. 450 ; Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition (Strasbourg, 17 mars 1978), *ibid.*, vol. 1496, n° 5146, p. 328 ; Troisième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition (Strasbourg, 10 novembre 2010), *ibid.*, vol. 2838, n° 5146, p. 181 ; Quatrième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition (Vienne, 20 septembre 2012), Conseil de l'Europe, *Série des traités du Conseil de l'Europe*, n° 212.

³⁵⁷ Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale (Nassau, 23 mai 1992), Organisation des États américains, *Recueil des Traités*, n° 75.

³⁵⁸ Convention interaméricaine sur l'extradition (Caracas, 25 février 1981), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1752, n° 30597, p. 177.

³⁵⁹ Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne (Bruxelles, 29 mai 2000), *Journal officiel des Communautés européennes*, C 197, 12 juillet 2000, p. 3.

³⁶⁰ *Journal officiel de l'Union européenne*, L 328, 15 décembre 2009, p. 42.

membres de la Communauté des pays de langue portugaise³⁶¹, la Convention d'extradition entre les pays membres de la Communauté des pays de langue portugaise³⁶², la Convention de Minsk sur l'entraide judiciaire et les relations juridiques en matière civile, familiale et pénale et la Convention de Chisinau sur l'entraide judiciaire et les relations juridiques en matière civile, familiale et pénale³⁶³. En ce qui concerne les traités bilatéraux, ils sont trop nombreux pour qu'on puisse en dresser la liste dans le présent commentaire, néanmoins, on citera quelques traités types qui ont été élaborés dans le cadre de diverses organisations internationales et qui constituent le fondement de nombreux autres accords bilatéraux, notamment le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale³⁶⁴, le Traité type sur le transfert des poursuites pénales³⁶⁵ et le Traité type d'extradition³⁶⁶. Tous contiennent des dispositions relatives aux moyens de communication entre États susceptibles d'être utilisés aux fins de la notification visée au projet d'article 9.

17) Les moyens de communication prévus dans les accords de coopération et d'entraide judiciaire internationales sont définis, dans le projet d'article 9, comme une sous-catégorie des « autres moyens de communication », et leur utilisation est subordonnée à la condition qu'ils soient prévus dans les accords « applicables », c'est-à-dire les accords auxquels l'État du for et l'État du représentant sont tous deux parties et qui établissent un mécanisme susceptible d'être efficace dans les situations dans lesquelles se posent des questions relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère de l'État.

18) En tout état de cause, on retiendra que le paragraphe 3 du projet d'article 9 n'impose pas aux États d'autres exigences concernant les moyens de communication que celles déjà établies dans les traités applicables.

19) Enfin, pour ce qui est de la forme de la notification, les membres de la Commission ont exprimé des divergences de vues sur la question de savoir si la notification devait être adressée par écrit, soulignant qu'il fallait tant éviter les abus de la procédure de notification que tenir compte de la souplesse qu'exige parfois l'acte de notification lui-même. En définitive, il n'a pas été jugé nécessaire de prévoir expressément que la notification prenne une forme écrite. Si cette forme est certes jugée préférable, la Commission n'a pas souhaité exclure d'autres possibilités, compte tenu notamment du fait que la notification, en particulier lorsqu'elle a lieu par la voie diplomatique, s'effectue souvent d'abord de manière orale avant d'être écrite, quelle qu'en soit la forme (note verbale, lettre ou autre).

Article 10

Invocation de l'immunité

1. L'État peut invoquer l'immunité de son représentant lorsque l'État a connaissance que la compétence pénale d'un autre État pourrait être exercée ou est exercée à l'égard du représentant. L'immunité devrait être invoquée dans les meilleurs délais.

³⁶¹ Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise (Praia, 23 novembre 2005), *Diário da República I*, n° 177, 12 septembre 2008, p. 6635.

³⁶² Convention d'extradition entre les pays membres de la Communauté des pays de langue portugaise (Praia, 23 novembre 2005), *ibid.*, n° 178, 15 septembre 2008, p. 6664.

³⁶³ Convention sur l'entraide judiciaire et les relations juridiques en matière civile, familiale et pénale (Minsk, 22 janvier 1993), Bulletin d'information du Conseil des chefs d'État et du Conseil des chefs de gouvernement de la Communauté d'États indépendants « Sodruzhestvo », n° 1 (1993) ; Convention sur l'entraide judiciaire et les relations juridiques en matière civile, familiale et pénale (Chisinau, 7 octobre 2002), *ibid.*, n° 2 (41) (2002).

³⁶⁴ Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, résolution 45/117 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1990, annexe (modifiée ultérieurement par la résolution 53/112 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1998, annexe I).

³⁶⁵ Traité type sur le transfert des poursuites pénales, résolution 45/118 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1990, annexe.

³⁶⁶ Traité type d'extradition, résolution 45/116 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1990, annexe (modifiée ultérieurement par la résolution 52/88 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1997, annexe).

2. L'immunité est invoquée par écrit, en indiquant l'identité du représentant et le poste qu'il occupe, ainsi que les motifs pour lesquels l'immunité est invoquée.
3. L'immunité peut être invoquée par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.
4. Les autorités devant lesquelles l'immunité est invoquée informent immédiatement toute autre autorité concernée de ce fait.

Commentaire

1) Le projet d'article 10 aborde deux aspects de la question de l'invocation de l'immunité : d'une part, le droit qui est reconnu à l'État du représentant d'invoquer l'immunité ; d'autre part, la procédure applicable en ce qui concerne le moment où l'immunité peut être invoquée, les renseignements à fournir pour l'invoquer et les moyens de communication qui peuvent être utilisés à cette fin. En outre, il précise qu'il faut informer les autorités compétentes de l'État du for que l'immunité a été invoquée. Toutefois, il ne traite pas des effets de l'invocation, qui sont abordés plus loin. C'est pourquoi le texte adopté par la Commission n'inclut ni le paragraphe 6 initialement proposé par la Rapporteuse spéciale concernant l'examen d'office de la question de l'immunité³⁶⁷ ni la proposition d'un membre du Comité de rédaction concernant l'éventuel effet suspensif de l'invocation de l'immunité.

2) Le paragraphe 1 du projet d'article 10 reprend les paragraphes 1 et 2 du projet d'article initialement proposé par la Rapporteuse spéciale. Son libellé part du constat que l'État du représentant est en droit d'invoquer l'immunité de ses représentants lorsqu'un autre État cherche à exercer sa compétence pénale à leur égard. Bien que les traités qui régissent les différentes formes d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ne mentionnent pas expressément l'invocation de l'immunité ni le droit de l'État du représentant à cet égard, l'invocation de l'immunité des représentants de l'État est une pratique courante réputée couverte par le droit international. L'invocation de l'immunité sert une double fonction : d'une part, elle permet à l'État du représentant de demander le respect de l'immunité ; d'autre part, elle permet à l'État qui entend exercer sa compétence d'avoir connaissance de cette circonstance et de tenir compte des informations fournies par l'État du représentant dans le cadre de la détermination de l'immunité.

3) Le droit d'invoquer l'immunité est la prérogative de l'État du représentant. Cela se justifie aisément par le fait que l'immunité a pour but de préserver la souveraineté de l'État du représentant, raison pour laquelle elle est reconnue au bénéfice de l'État et non de la personne intéressée³⁶⁸. Il appartient par conséquent à l'État lui-même, et non à ses

³⁶⁷ Le paragraphe 6 du projet d'article 10 initialement proposé par la Rapporteuse spéciale dans son septième rapport était libellé comme suit : « En tout état de cause, les organes compétents pour apprécier l'immunité se prononcent d'office sur son application à l'égard des représentants de l'État qui bénéficient de l'immunité *ratione personae*, que l'État du représentant invoque ou non cette immunité » (A/CN.4/729, par. 69).

³⁶⁸ Cette façon d'envisager la question ne prête pas à controverse et est reflétée dans divers traités, par exemple dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, dont le quatrième alinéa du préambule dispose que « le but [des] privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentants des États ». Des formulations presque identiques figurent dans les préambules de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (cinquième alinéa), de la Convention sur les missions spéciales (septième alinéa) et de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (sixième alinéa). L'Institut de droit international a exprimé une opinion analogue dans le préambule de sa résolution sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, où il est dit qu'un traitement particulier doit être accordé au chef d'État ou de gouvernement, en tant que représentant de cet État, « non pas dans son intérêt personnel, mais parce qu'il lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et assumer ses responsabilités de manière indépendante et efficace, dans l'intérêt bien compris tant de l'État concerné que de la communauté internationale dans son ensemble » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (voir *supra* la note 338), p. 742, troisième alinéa). C'est également le cas des deux rapporteurs spéciaux qui ont

représentants, d'invoquer l'immunité et de prendre toutes les décisions qui s'imposent à cet égard. En tout état de cause, l'exercice du droit d'invoquer l'immunité a un caractère facultatif, ce qui explique l'emploi de la formulation « [l']État peut invoquer l'immunité de son représentant ».

4) C'est l'État du représentant qui a le pouvoir d'invoquer l'immunité ; toutefois, il n'a pas été jugé nécessaire de préciser quelles autorités sont compétentes pour prendre les décisions relatives à l'invocation ni quelles autorités sont compétentes pour signifier que l'immunité est invoquée. Cette détermination dépend du droit interne, étant entendu que font nécessairement partie des autorités compétentes celles qui sont chargées des relations internationales en vertu du droit international. Toutefois, il n'est pas pour autant exclu que l'immunité puisse être invoquée par une personne que l'État a expressément mandatée à cette fin, en particulier dans le cadre d'une procédure pénale.

5) L'invocation de l'immunité doit donc être comprise comme un acte officiel par lequel l'État du représentant fait savoir à l'État qui entend exercer sa compétence pénale que la personne visée est son représentant et que, selon lui, il bénéficie de l'immunité, avec les conséquences qui pourraient en découler. Partant, plus l'invocation intervient tôt, plus elle est utile, c'est pourquoi il est précisé que l'État du représentant peut invoquer l'immunité « lorsqu'['il] a connaissance que la compétence pénale d'un autre État pourrait être exercée ou est exercée à l'égard du représentant ». Les termes « un autre État » ont été jugés préférables aux termes « l'État du for », car ils ont une portée plus large et plus générale, d'autant que l'immunité peut être invoquée avant qu'une procédure pénale, au sens strict de l'expression, soit engagée. Le membre de phrase « lorsque l'État a connaissance » fait écho au libellé du projet d'article 8. En ce qui concerne comment l'État du représentant peut arriver à avoir connaissance de la situation, la Commission a tenu compte, tout d'abord, de la relation entre la notification et l'invocation. La notification vise entre autres à faire savoir à l'État du représentant que les autorités compétentes de l'État du for ont l'intention d'exercer leur compétence pénale. C'est par conséquent le meilleur moyen pour l'État du représentant d'être informé de la situation. Toutefois, l'intention n'étant pas d'exclure la possibilité que l'État du représentant soit informé autrement, que ce soit par son représentant lui-même ou par une quelconque autre source, il n'est pas précisé que la notification visée au projet d'article 9 est l'acte qui détermine quand l'immunité peut être invoquée.

6) Le paragraphe 1 prévoit la possibilité pour l'État du représentant d'invoquer l'immunité lorsqu'il a connaissance que la compétence pénale d'un autre État « pourrait être exercée ou est exercée à l'égard du représentant ». L'alternative proposée tient compte du fait que l'État du représentant peut parfois n'avoir connaissance que tardivement des poursuites engagées contre son représentant et que cela ne doit pas pour autant le priver de son droit d'invoquer l'immunité, surtout si des actes relevant de l'exercice de la compétence pénale de l'autre État et susceptibles d'avoir une incidence sur le représentant ont déjà été accomplis.

7) La dernière phrase du paragraphe 1 dispose que « [l']immunité devrait être invoquée dans les meilleurs délais ». L'expression « dans les meilleurs délais » reflète le fait que l'État du représentant a divers éléments (juridiques et politiques) à prendre en considération pour décider d'invoquer ou non l'immunité et, le cas échéant, déterminer la portée de l'invocation. Étant donné que, selon le cas, l'État du représentant peut avoir besoin de plus ou moins de temps pour prendre sa décision, cette expression a été préférée aux expressions « dès que possible » ou « dans un délai raisonnable », qui peuvent être ambiguës. En outre, l'expression « dans les meilleurs délais » appelle l'attention sur l'importance d'invoquer l'immunité rapidement.

8) Quoi qu'il en soit, il convient de rappeler que, si l'invocation de l'immunité est une garantie pour l'État du représentant, qui a donc tout intérêt à entreprendre la démarche « dans les meilleurs délais », rien n'empêche l'État en question d'invoquer l'immunité au moment

traité ce sujet au sein de la Commission (voir *Annuaire ... 2010*, vol. II, (1^{re} partie), document [A/CN.4/631](#), p. 417 et suiv., en particulier p. 424, par. 19 ; *Annuaire ... 2011*, vol. II, (1^{re} partie), document [A/CN.4/646](#), p. 231 et suiv., en particulier p. 236, par. 15 ; *Annuaire ... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document [A/CN.4/661](#), p. 39 et suiv., en particulier p. 48, par. 49).

de son choix. C'est cette souplesse que traduit l'emploi du mot « peut ». Par ailleurs, l'invocation de l'immunité sera licite, indépendamment du fait que ses effets peuvent varier.

9) Le paragraphe 2 est consacré à la forme sous laquelle l'immunité doit être invoquée et aux renseignements à fournir pour l'invoquer. Compte tenu du fait que l'invocation de l'immunité par l'État du représentant est appelée à jouer un rôle dans la détermination de l'immunité et peut empêcher l'État du for d'exercer sa compétence, la Commission a estimé que l'invocation devait se faire par écrit, peu importe la forme du document, et qu'il fallait préciser l'identité du représentant et le poste qu'il occupe, ainsi que les motifs pour lesquels l'immunité est invoquée.

10) L'expression « le poste qu'il occupe » renvoie à la qualité, au rang ou au niveau du représentant (par exemple, chef d'État, ministre des affaires étrangères ou conseiller juridique). En tout état de cause, il convient de rappeler que l'indication du poste occupé par le représentant ne saurait en aucun cas être interprétée comme excluant les représentants de rang inférieur du champ d'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère, car, comme l'a indiqué la Commission elle-même, « la notion de "représentant de l'État" est fondée uniquement sur le fait que la personne en question représente l'État ou exerce des fonctions étatiques, [de sorte que] le rang hiérarchique occupé n'est pas pertinent aux seules fins de la définition³⁶⁹ ».

11) La Commission a estimé qu'il n'était pas opportun de faire obligation à l'État du représentant d'indiquer le type d'immunité invoquée (*ratione personae* ou *ratione materiae*), sauf à lui imposer des conditions excessivement techniques. L'État du for peut s'appuyer sur les informations relatives au poste occupé par le représentant et sur les motifs pour lesquels l'immunité est invoquée pour déterminer si les règles applicables sont celles énoncées dans la deuxième ou dans la troisième partie du projet d'articles.

12) Le paragraphe 3 énumère les voies par lesquelles l'immunité peut être invoquée. Il est libellé suivant le modèle du paragraphe 3 du projet d'article 9, et on se référera au commentaire de cette disposition pour une explication du sens à lui donner. On retiendra toutefois que la Commission a apporté quelques modifications d'ordre rédactionnel au paragraphe 3 du projet d'article 10 en vue de l'adapter au contexte particulier de l'invocation de l'immunité. En particulier, elle a préféré employer la formulation « [l']immunité peut être invoquée » plutôt que les termes « est invoquée » afin de souligner qu'il n'est pas exclu que l'immunité de juridiction pénale du représentant soit invoquée par d'autres voies, notamment dans le cadre d'une procédure pénale engagée devant les tribunaux conformément au droit de l'État du for.

13) Le paragraphe 4 a vocation à garantir que l'invocation de l'immunité par l'État du représentant est portée à la connaissance des autorités de l'autre État qui sont compétentes pour envisager ou déterminer l'applicabilité de l'immunité. L'objectif est d'éviter que la démarche soit dénuée d'effet simplement parce qu'elle n'a pas été faite devant les autorités chargées d'examiner et de trancher la question de l'immunité. Ce paragraphe reflète le principe selon lequel l'obligation d'examiner et de trancher la question de l'immunité incombe à l'État, qui doit prendre les mesures nécessaires pour se conformer à cette obligation, et constitue donc une garantie procédurale tant pour l'État du représentant que pour l'État qui entend exercer sa compétence pénale. Toutefois, compte tenu de la diversité des ordres et des pratiques juridiques internes ainsi que de la nécessité de respecter le principe d'auto-organisation, il n'a pas été jugé nécessaire de préciser quelles autorités sont chargées de notifier l'invocation de l'immunité ni quelles autorités doivent être notifiées. En toute logique, il est entendu qu'il s'agit dans les deux cas d'autorités de l'État qui entend exercer ou a exercé sa compétence pénale à l'égard d'un représentant d'un autre État et que l'expression « toute autre autorité concernée » désigne les autorités compétentes pour participer à l'examen ou à la détermination de l'immunité. Dans un cas comme dans l'autre, il peut s'agir du pouvoir exécutif, du pouvoir judiciaire ou du ministère public, ou encore des services de police.

³⁶⁹ *Annuaire ... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 155, par. 14 du commentaire de l'alinéa e) du projet d'article 2.

Article 11 Renonciation à l'immunité

1. L'État peut renoncer à l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants.
2. La renonciation doit toujours être expresse et par écrit.
3. La renonciation à l'immunité peut être communiquée par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.
4. Les autorités auxquelles la renonciation à l'immunité est communiquée informent immédiatement toute autre autorité concernée de la renonciation à l'immunité.
5. La renonciation à l'immunité est irrévocable.

Commentaire

1) Dans le projet d'article 11, deux aspects de la renonciation à l'immunité sont envisagés : d'une part, le droit qui est reconnu à l'État du représentant de renoncer à l'immunité ; d'autre part, la procédure applicable en ce qui concerne la forme de la renonciation et les moyens à employer pour la communiquer. Il est en outre précisé que la renonciation doit être communiquée aux autorités compétentes de l'État du for. Bien que la structure du projet d'article 11 soit calquée sur celle du projet d'article 10, la teneur de ces deux dispositions n'est pas identique, l'invocation de l'immunité et la renonciation à celle-ci étant des mécanismes distincts qui ne sauraient être confondus.

2) Contrairement à l'invocation, la renonciation à l'immunité de juridiction a été examinée de manière approfondie par la Commission dans plusieurs projets d'article antérieurs³⁷⁰, et elle est abordée dans les traités internationaux qui, sur la base de ces projets d'article, régissent diverses formes d'immunité de juridiction pénale étrangère dont bénéficient certains représentants de l'État, en particulier la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (art. 32), la Convention de Vienne sur les relations consulaires (art. 45), la Convention sur les missions spéciales (art. 41) et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (art. 31). La question de la renonciation a également été examinée dans les projets de codification des règles relatives à l'immunité qui ont été menés dans un cadre privé, en particulier dans les résolutions adoptées par l'Institut de droit international en 2001

³⁷⁰ La Commission a examiné la question de la renonciation à l'immunité de certains représentants de l'État dans le cadre de ses travaux sur les relations diplomatiques, les relations consulaires, les missions spéciales et la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales. L'article 30 du projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques était libellé comme suit : « *Renonciation à l'immunité*. 1. L'État accréditant peut renoncer à l'immunité de juridiction de ses agents diplomatiques. 2. Au criminel, la renonciation doit toujours être expresse. » (*Annuaire ... 1958*, vol. II, document A/3859, p. 102). L'article 45 du projet d'articles relatifs aux relations consulaires disposait : « *Renonciation aux immunités*. 1. L'État d'envoi peut renoncer à l'égard d'un membre du consulat aux immunités prévues aux articles 41, 43 et 44. 2. La renonciation doit toujours être expresse. » (*Annuaire ... 1961*, vol. II, document A/4843, p. 123). L'article 41 du projet d'articles sur les missions spéciales était ainsi libellé : « *Renonciation à l'immunité*. 1. L'État d'envoi peut renoncer à l'immunité de juridiction de ses représentants dans la mission spéciale, des membres du personnel diplomatique de celle-ci et des autres personnes qui bénéficient de l'immunité conformément aux articles 36 à 40. 2. La renonciation doit toujours être expresse. » (*Annuaire ... 1967*, vol. II, document A/6709/Rev.1 et Rev.1/Corr.2, p. 402). Enfin, l'article 31 du projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales prévoyait ce qui suit : « *Renonciation à l'immunité*. 1. L'État d'envoi peut renoncer à l'immunité de juridiction du chef de mission, des membres du personnel diplomatique de la mission et des personnes qui bénéficient de l'immunité en vertu de l'article 36. 2. La renonciation doit toujours être expresse. » (*Annuaire ... 1971*, vol. II (1^{re} partie), document A/8410/Rev.1, p. 322).

et 2009³⁷¹. Quant à la renonciation à l'immunité de l'État, elle est abordée dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens³⁷² ainsi que dans des lois nationales relatives à l'immunité des États³⁷³.

3) La renonciation à l'immunité par l'État du représentant est un acte officiel par lequel l'État concerné renonce à son droit de revendiquer l'immunité, qui n'est donc plus susceptible d'empêcher les tribunaux de l'État du for d'exercer leur compétence. En cas de renonciation, rien ne sert donc d'examiner la question de l'application de l'immunité et des limites et exceptions à celle-ci. La Cour internationale de Justice l'a confirmé dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, dans lequel elle a dit que les représentants « ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction à l'étranger si l'État qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité³⁷⁴ ».

4) Le paragraphe 1 du projet d'article 11 affirme le droit de l'État du représentant de renoncer à l'immunité. Il reprend, à quelques nuances près, le libellé du paragraphe 1 de l'article 32 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, disposant que « [l']État peut renoncer à l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants ». L'accent est mis sur le titulaire du droit à la renonciation, à savoir l'État du représentant et non le représentant lui-même, conséquence logique du fait que l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est destinée à protéger les droits et intérêts de l'État du représentant. Seul l'État du représentant peut donc renoncer à l'immunité et

³⁷¹ L'article 7 de la résolution de l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international est libellé comme suit : « 1. Le chef d'État ne jouit plus de l'inviolabilité, de l'immunité de juridiction ou de l'immunité d'exécution qui lui sont accordées en vertu du droit international lorsque son État y a renoncé. Cette renonciation peut être explicite ou implicite, pourvu qu'elle soit certaine. Il appartient au droit national de l'État intéressé de déterminer l'organe compétent pour décider de cette renonciation. 2. La renonciation devrait être décidée lorsque le chef d'État est suspecté d'avoir commis des infractions particulièrement graves ou lorsque l'exercice de ses fonctions ne paraît pas compromis par les décisions que les autorités du for seraient appelées à prendre. » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (voir *supra* la note 338), p. 748). Quant à l'article 8 de cette résolution, il dispose : « 1. Les États peuvent par accord apporter à l'inviolabilité, à l'immunité de juridiction et à l'immunité d'exécution de leurs chefs d'État les dérogations qu'ils jugent opportunes. 2. Si la dérogation n'est pas explicite, il convient de présumer qu'il n'est pas dérogé à l'inviolabilité et aux immunités visées au paragraphe précédent ; l'existence et l'étendue de cette dérogation doivent être établies sans ambiguïté par toutes voies de droit. » (*ibid.*). Cette approche n'a pas changé comme suite à l'adoption, en 2009, de la résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux, qui introduit malgré tout un élément nouveau puisqu'elle dispose, au paragraphe 3 de son article II, que « [l]es États devraient envisager de lever l'immunité de leurs agents lorsque ceux-ci sont accusés de crimes internationaux ». Cette recommandation vient compléter les dispositions du paragraphe 2 de l'article II, qui dispose que « [c]onformément au droit international conventionnel et coutumier, les États ont l'obligation de prévenir et de réprimer les crimes internationaux. Les immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation que les victimes des crimes visés par la présente résolution sont en droit d'obtenir » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73-I-II (session de Naples, 2009), p. 229 ; à consulter sur le site Web de l'Institut de droit international, à l'adresse suivante : www.idi-iil.org, sous la rubrique « Résolutions »).

³⁷² Il faut cependant tenir compte du fait que, dans la Convention de 2004, la renonciation à l'immunité n'est abordée qu'indirectement, par l'énumération d'une série de cas de figure dans lesquels l'État étranger est automatiquement réputé avoir consenti à l'exercice de la compétence des tribunaux de l'État du for. Voir, à ce propos, les articles 7 et 8 de la Convention.

³⁷³ Voir États-Unis d'Amérique, loi de 1976 relative aux immunités souveraines étrangères, art. 1605, al. a) 1) ; 1610, al. a) 1), b) 1) et d) 1) ; et 1611, al. b) 1) ; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, loi de 1978 relative à l'immunité des États, art. 2 ; Singapour, loi de 1979 relative à l'immunité des États, art. 4 ; Pakistan, ordonnance de 1981 relative à l'immunité des États, art. 4 ; Afrique du Sud, loi de 1981 relative aux immunités des États étrangers, art. 3 ; Australie, loi de 1985 relative aux immunités des États étrangers, art. 10, 3 et 6 ; Canada, loi de 1985 sur l'immunité des États, art. 4, par. 2) ; Israël, loi de 2008 relative à l'immunité des États étrangers, art. 9 et 10 ; Japon, loi de 2009 établissant la compétence civile des juridictions japonaises à l'égard des États étrangers, art. 6 ; Espagne, loi organique 16/2015 du 27 octobre relative aux privilèges et immunités des États étrangers, des organisations internationales sises ou présentes en Espagne et des conférences et réunions internationales tenues en Espagne, art. 5, 6 et 8.

³⁷⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 335), p. 25, par. 61.

consentir à l'exercice de la juridiction pénale d'un autre État à l'égard de l'un de ses représentants. Le terme « peut » a été employé pour souligner que la renonciation est un droit, et non une obligation. La Commission s'est ainsi conformée à sa pratique antérieure, sachant que, dans les différents projets d'article traitant de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, elle avait estimé qu'il n'existait pas d'obligation de renoncer à l'immunité.

5) S'il est établi que le pouvoir de renoncer à l'immunité appartient à l'État du représentant, il n'a pas été jugé nécessaire de préciser quelles autorités sont compétentes pour prendre les décisions relatives à la renonciation à l'immunité ni quelles autorités sont compétentes pour communiquer la renonciation. Les conventions et les lois internes précitées ne régissent pas précisément cette question, se bornant à mentionner l'État en des termes abstraits³⁷⁵. La Commission elle-même a considéré dans des travaux antérieurs qu'il était préférable de ne pas préciser quels organes de l'État sont habilités à renoncer à l'immunité³⁷⁶. En outre, la pratique des États en la matière est rare et peu concluante³⁷⁷. La question de savoir quelles sont les autorités compétentes pour renoncer à l'immunité dépend du droit interne, étant entendu que font nécessairement partie des autorités compétentes celles qui sont chargées des relations internationales en vertu du droit international. Toutefois, il n'est pas pour autant exclu que l'immunité puisse être invoquée par une personne que l'État a expressément mandatée à cette fin, en particulier dans le cadre d'une procédure pénale.

6) Contrairement à ce qui a été décidé pour l'article 10, qui concerne l'invocation, la Commission n'a pas jugé nécessaire d'introduire un élément temporel dans ce projet d'article, la renonciation pouvant intervenir à tout moment.

³⁷⁵ Certaines lois nationales font exception et prévoient que la renonciation est communiquée par le chef de la mission. Voir Royaume-Uni, loi de 1978 relative à l'immunité des États, art. 2.7 ; Singapour, loi de 1979 relative à l'immunité des États, art. 4.7 ; Pakistan, ordonnance de 1981 relative à l'immunité des États, art. 4.6 ; Afrique du Sud, loi de 1981 relative aux immunités des États étrangers, art. 3.6 ; Israël, loi de 2008 relative à l'immunité des États étrangers, art. 9, al. c).

³⁷⁶ Dans le projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques, la Commission avait déjà jugé préférable de laisser à l'appréciation des États la question de savoir quels organes seraient compétents pour renoncer à l'immunité des agents diplomatiques. C'est ainsi que, dans le texte du projet d'article 30 adopté en seconde lecture, elle avait décidé de modifier le libellé du paragraphe 2 en supprimant le membre de phrase « et émaner du gouvernement de l'État accréditant », qui figurait à la fin de ce paragraphe tel qu'il avait été adopté en première lecture. La Commission explique cette décision de la manière suivante : « La Commission a décidé d'éliminer le membre de phrase "et émaner du gouvernement de l'État accréditant". Ces mots ont été supprimés parce qu'ils donnaient lieu à un malentendu car on pouvait comprendre que la communication relative à la renonciation devrait effectivement émaner du gouvernement de l'État accréditant. Or, comme on l'a fait observer, le chef de la mission est le représentant de son gouvernement, et, quand il communique une renonciation à l'immunité, les tribunaux de l'État accréditaire doivent l'accepter comme une déclaration du gouvernement de l'État accréditant. Dans le nouveau texte, la question du pouvoir du chef de la mission de faire la déclaration est laissée de côté. C'est une question interne qui ne concerne que l'État accréditant et le chef de la mission. ». (*Annuaire ... 1958*, vol. II, document A/3859, p. 102 et 103, paragraphe 2 du commentaire de l'article 30). Dans le même ordre d'idées, la Commission a déclaré ce qui suit au sujet du projet d'article 45 du projet d'articles relatifs aux relations consulaires : « Le texte de l'article ne répond pas à la question de savoir par quelle voie la renonciation à l'immunité doit se faire. Il est à présumer que, dans le cas où le chef de poste consulaire est visé par cette mesure, la déclaration portant la renonciation à l'immunité doit se faire par la voie diplomatique. Si la renonciation concerne un autre membre du consulat, cette déclaration peut être faite par le chef du poste consulaire dont il s'agit. » (*Annuaire ... 1961*, vol. II, document A/4843, p. 123, paragraphe 2 du commentaire de l'article 45).

³⁷⁷ Aux États-Unis, par exemple, la renonciation a été formulée par le Ministre haïtien de la justice en l'affaire *Paul v. Avril* (Tribunal de district du District sud de la Floride, jugement du 14 janvier 1993, 812 F. Supp. 207) et en Belgique par le Ministre tchadien de la justice en l'affaire *Hissène Habré*. En Suisse, dans l'affaire *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (Tribunal fédéral, arrêt du 2 novembre 1989, ATF 115 Ib 496), les tribunaux n'ont pas cherché à savoir quels ministères étaient compétents ; ils ont simplement estimé qu'il suffisait qu'il s'agisse d'organes du Gouvernement et ont donc accepté une communication transmise par la Mission diplomatique des Philippines.

7) Le paragraphe 2 traite des modalités de la renonciation, qui « doit toujours être expresse et par écrit ». Il est libellé sur le modèle du paragraphe 2 de l'article 32 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, aux termes duquel « [l]a renonciation doit toujours être expresse », et du paragraphe 2 de l'article 45 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, qui dispose que « [l]a renonciation doit toujours être expresse, sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article [demande reconventionnelle], et doit être communiquée par écrit à l'État de résidence ». La règle selon laquelle la renonciation doit être « expresse et par écrit » vient renforcer le principe de la sécurité juridique.

8) La Commission a systématiquement estimé dans ses travaux antérieurs que la renonciation devait être expresse³⁷⁸, et les traités internationaux pertinents³⁷⁹ et des lois internes³⁸⁰ partent du même principe. Elle n'a donc pas retenu le paragraphe 4 du projet d'article initialement proposé par la Rapporteuse spéciale dans son septième rapport, qui était formulé ainsi : « Par renonciation expresse, on entend une renonciation pouvant se déduire de manière claire et sans équivoque d'un traité international auquel sont parties l'État du for et l'État du représentant.³⁸¹ ». En effet, si les membres de la Commission étaient dans l'ensemble d'avis que la renonciation à l'immunité pouvait être expressément prévue dans un traité³⁸², certains ont critiqué l'emploi de la formule « pouvant se déduire », estimant qu'elle traduisait la reconnaissance d'une forme de renonciation implicite.

9) La possibilité que la renonciation à l'immunité puisse découler d'obligations mises à la charge des États par des dispositions conventionnelles a été envisagée, en particulier, dans l'affaire *Pinochet (n° 3)*³⁸³, mais la Chambre des lords n'a pas fondé sa décision sur cette considération. Elle a aussi été envisagée, quoique sous un angle différent, dans le contexte de l'interprétation des articles 27 et 98 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale³⁸⁴ et de l'obligation des États parties de coopérer avec la Cour. La Commission a toutefois estimé qu'il n'y avait pas d'éléments suffisants lui permettant de conclure que l'existence d'obligations conventionnelles pouvait être automatiquement considérée, de façon générale, comme une renonciation à l'immunité des représentants de l'État, d'autant que la Cour internationale de Justice a conclu ce qui suit dans l'arrêt rendu en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* : « C'est ainsi que, si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des États des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions.³⁸⁵ ».

³⁷⁸ Voir *supra* la note 370.

³⁷⁹ Voir la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 32, par. 2 ; la Convention de Vienne sur les relations consulaires, art. 45, par. 2 ; la Convention sur les missions spéciales, art. 41, par. 2 ; la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, art. 31, par. 2.

³⁸⁰ Ainsi, la loi organique 16/2015 du 27 octobre relative aux privilèges et immunités des États étrangers, des organisations internationales sises ou présentes en Espagne et des conférences et réunions internationales tenues en Espagne prévoit en son article 27 la renonciation expresse à l'immunité du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères.

³⁸¹ A/CN.4/729, par. 103.

³⁸² L'Institut de droit international s'était exprimé en ce sens dans sa résolution de 2001 sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, dont le paragraphe 1 de l'article 8 dispose que « [l]es États peuvent par accord apporter à l'inviolabilité, à l'immunité de juridiction et à l'immunité d'exécution de leurs chefs d'État les dérogations qu'ils jugent opportunes » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (voir *supra* la note 338), p. 748).

³⁸³ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (n° 3)*, Royaume-Uni, Chambre des lords, décision du 24 mars 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147 ; voir aussi *International Law Reports*, vol. 119 (2002), p. 135.

³⁸⁴ Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2187, n° 38544, p. 3.

³⁸⁵ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 335), p. 24 et 25, par. 59.

10) En plus d'être expresse, la renonciation à l'immunité doit être formulée par écrit. Cette règle n'a toutefois aucune incidence sur la forme sous laquelle l'acte de renonciation doit être présenté, qui dépend non seulement de la volonté de l'État du représentant, mais aussi du moyen employé pour communiquer la renonciation, voire du cadre dans lequel celle-ci est formulée. Ainsi, rien n'empêche de communiquer la renonciation par note verbale, lettre, ou autre document écrit sans caractère diplomatique adressé aux autorités de l'État du for, au moyen d'un acte ou document de procédure, ou par n'importe quel autre document exprimant de façon expresse, claire et manifeste la volonté de l'État de renoncer à l'immunité de juridiction pénale étrangère de son représentant.

11) Enfin, il convient de souligner que, contrairement à la démarche qu'elle a suivie aux fins du projet d'article 10 (par. 2), la Commission n'a pas jugé nécessaire dans le projet d'article 11 de faire expressément référence au contenu de l'acte de renonciation. Si les avis des membres étaient partagés à ce sujet, il a finalement été jugé préférable de laisser une certaine latitude à l'État du représentant. Le membre de phrase « elle doit désigner le représentant dont l'immunité est levée et, le cas échéant, les actes visés » qui figurait dans la proposition initiale de la Rapporteuse spéciale a donc été supprimé. En tout état de cause, la Commission tient à souligner que le contenu de l'acte de renonciation doit être suffisamment clair pour que l'État aux autorités duquel il a été soumis puisse en déterminer la portée sans ambiguïté³⁸⁶. Il est donc entendu que l'État du représentant doit donner le nom du représentant dont il renonce à l'immunité et, s'il y a lieu, préciser la portée qu'il entend concrètement donner à la renonciation, en particulier lorsqu'il souhaite non pas renoncer entièrement à l'immunité, mais limiter celle-ci à certains actes ou bien en exclure certains actes qu'aurait commis le représentant. Lorsque la renonciation à l'immunité a une portée limitée, l'État du représentant peut invoquer l'immunité à l'égard des actes non visés par la renonciation, c'est-à-dire à l'égard de faits qui sont distincts de ceux qui ont motivé la renonciation ou dont il a eu connaissance après celle-ci et pour lesquels les autorités de l'autre État entendent exercer ou exercent leur juridiction pénale sur le représentant.

12) Le paragraphe 3 traite des moyens par lesquels l'État du représentant peut communiquer la renonciation à l'immunité dont bénéficie son représentant. Ce paragraphe, semblable au paragraphe 3 du projet d'article 10, reprend pour l'essentiel la formulation de celui-ci, à ceci près que le verbe « communiquer » y est employé à des fins d'harmonisation avec le texte de l'article 45 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Compte

³⁸⁶ On trouvera ci-après trois exemples de déclaration claire de renonciation cités dans le memorandum du Secrétariat sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/596 et Corr.1 (à consulter sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session), par. 252 et 253). En l'affaire *Paul v. Avril*, le Ministre haïtien de la justice a déclaré : « Prosper Avril, ex-général de corps d'armée haïtien et ancien Président du Gouvernement militaire de la République d'Haïti, ne bénéficie d'absolument aucune forme d'immunité, que ce soit celle d'un souverain, d'un chef d'État, d'un ancien chef d'État, qu'elle soit diplomatique, consulaire ou testimoniale, ou que ce soit toute autre immunité, de juridiction ou de poursuite, d'exécution des décisions de justice et de comparution avant et après jugement. » (*Paul v. Avril* (voir *supra* la note 377), p. 211). En l'affaire *Ferdinand et Imelda Marcos*, la renonciation adressée par les Philippines était libellée comme suit : « [...] le gouvernement philippin renonce par la présente à toute immunité (1) d'État, (2) de chef d'État ou (3) diplomatique, dont l'ancien Président philippin Ferdinand Marcos et son épouse Imelda Marcos pourraient jouir ou dont ils pourraient avoir joui sur la base du droit américain ou du droit international [...] Cette renonciation s'étend à la poursuite de Ferdinand et Imelda Marcos dans l'affaire mentionnée ci-dessus (enquête conduite dans le district méridional de l'État de New York), ainsi qu'à tout acte criminel ou à toute autre affaire connexe dans lesquels ces personnes tenteraient de se référer à leur immunité. » (*Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (voir *supra* la note 377), p. 501 et 502). En l'affaire *Hissein Habré*, jugée à Bruxelles, le Ministère de la justice du Tchad a renoncé expressément à l'immunité en ces termes : « La Conférence nationale souveraine tenue à N'djaména du 15 janvier au 7 avril 1993 avait officiellement levé toute immunité de juridiction à Monsieur Hissein Habré. Cette position a été confortée par la loi n° 010/PR/95 du 9 juin 1995 accordant l'amnistie aux détenus et exilés politiques et aux personnes en opposition armée, à l'exclusion de "l'ex-Président de la République, Hissein Habré, ses co-auteurs et/ou complices". Dès lors, il est clair que Monsieur Hissein Habré ne peut prétendre à une quelconque immunité de la part des autorités tchadiennes et ce, depuis la fin de la Conférence nationale souveraine. » (Lettre adressée par le Ministre de la justice du Tchad au juge d'instruction de l'arrondissement de Bruxelles, 7 octobre 2002).

tenu des similitudes qui existent entre le paragraphe 3 qui fait l'objet du présent commentaire et le paragraphe 3 du projet d'article 10, on se reportera au commentaire de ce dernier pour ce qui est de savoir quelles autorités de l'État du représentant sont compétentes pour décider de la renonciation à l'immunité et pour communiquer celle-ci. En particulier, on retiendra que la forme verbale « peut » s'agissant des moyens de communication a été employée afin de laisser la possibilité de communiquer la renonciation à l'immunité directement aux tribunaux de l'État du for.

13) Le paragraphe 4 dispose que « [l]es autorités auxquelles la renonciation à l'immunité est communiquée informent immédiatement toute autre autorité concernée de la renonciation à l'immunité ». Ce paragraphe est le pendant du paragraphe 4 du projet d'article 10, auquel on a simplement apporté des modifications rédactionnelles. Étant donné que les deux paragraphes obéissent à la même logique et ont la même finalité, les commentaires du projet d'article 10 ayant trait à cette question s'appliquent également au paragraphe 4 du projet d'article 11.

14) Aux termes du paragraphe 5, « [l]a renonciation à l'immunité est irrévocable ». Cette disposition repose sur le constat que la renonciation produit des effets qui perdurent et que, une fois qu'elle intervient, l'immunité cesse de faire obstacle à l'exercice de la juridiction pénale des autorités de l'État du for. Force est donc de conclure que, compte tenu de ses effets et de sa nature, la renonciation n'est pas révoquée, car, dans le cas contraire, elle serait vidée de tout son sens. Cela étant, le paragraphe 5 du présent projet d'article a fait l'objet d'un débat entre les membres de la Commission.

15) Ce débat a porté non pas sur les motifs justifiant l'irrévocabilité de la renonciation à l'immunité, mais sur les possibles exceptions à l'irrévocabilité. On retiendra en premier lieu que, de manière générale, les membres de la Commission s'accordent à penser que le paragraphe 5, dans sa version actuelle, pose une règle générale qui est une expression du principe de la bonne foi et qui répond à la nécessité de garantir la sécurité juridique. Cela étant, certains sont d'avis que cette règle pourrait faire l'objet de certaines exceptions, notamment lorsque, ultérieurement à la renonciation, surviennent des faits nouveaux dont l'État du représentant n'avait pas connaissance ; lorsqu'il est constaté dans une affaire dans laquelle l'État du for exerce sa juridiction que les règles fondamentales relatives au droit à un procès équitable n'ont été pas respectées ; et lorsque se produisent des circonstances exceptionnelles, par exemple un changement de gouvernement ou un changement dans l'ordonnancement juridique, susceptibles de conduire à une situation dans laquelle le droit à un procès équitable n'est plus garanti dans l'État entendant exercer sa juridiction pénale.

16) Ces considérations ont donné lieu à un débat sur l'utilité et l'opportunité d'introduire le paragraphe 5 dans le projet d'article 11. Certains membres se sont dits favorables à sa suppression, d'autant que ni les traités pertinents ni le droit interne des États ne faisaient expressément référence à l'irrévocabilité de la renonciation à l'immunité, et que la pratique en la matière était peu abondante³⁸⁷. D'autres ont jugé utile de conserver le paragraphe pour

³⁸⁷ Concernant la renonciation à l'immunité et la soumission de l'État étranger à la juridiction de l'État du for, voir : États-Unis, loi de 1976 relative aux immunités souveraines étrangères, art. 1605, al. a) 1) ; 1610, al. a) 1), b) 1) et d) 1) ; et 1611, al. b) 1) ; Royaume-Uni, loi de 1978 relative à l'immunité des États, art. 2 ; Singapour, loi de 1979 relative à l'immunité des États, art. 4 ; Pakistan, ordonnance de 1981 relative à l'immunité des États, art. 4 ; Afrique du Sud, loi de 1981 relative aux immunités des États étrangers, art. 3 ; Australie, loi de 1985 relative aux immunités des États étrangers, art. 10 ; Canada, loi de 1985 sur l'immunité des États, art. 4 ; Israël, loi de 2008 relative à l'immunité des États étrangers, art. 9 et 10 ; Japon, loi de 2009 établissant la compétence civile des juridictions japonaises à l'égard des États étrangers, art. 5 et 6 ; Espagne, loi organique 16/2015 du 27 octobre relative aux privilèges et immunités des États étrangers, des organisations internationales sises ou présentes en Espagne et des conférences et réunions internationales tenues en Espagne, art. 5, 6, 7 et 8. Seules les lois australienne et espagnole prévoient l'irrévocabilité de la renonciation à l'immunité. Aux termes de la loi de 1985 relative aux immunités des États étrangers, « le consentement d'un État étranger à renoncer à l'immunité conformément aux dispositions du présent article emporte la renonciation, qui ne peut être révoquée que si l'accord le permet » (art. 10, par. 5)) [traduction non officielle]. La loi organique 16/2015, quant à elle, dispose que « le consentement de l'État étranger visé aux articles 5 et 6 ne peut être révoqué une fois l'action publique mise en mouvement » (art. 8, sur la renonciation à l'immunité) [traduction non officielle].

des raisons de sécurité juridique et parce que la Commission elle-même, faisant référence à la renonciation à l'immunité dans son projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques, avait déclaré ceci : « Il va de soi que le procès, quelle que soit l'instance où il se déroule, est considéré comme un tout et que l'exception d'immunité ne saurait être invoquée en appel s'il y a eu renonciation, expresse ou tacite, en première instance³⁸⁸ ». D'autres membres encore ont cependant fait observer qu'on ne saurait déduire de cette déclaration que la renonciation à l'immunité était irrévocable.

17) Dans le souci de tenir compte de la question des exceptions à l'irrévocabilité de la renonciation, certains membres de la Commission ont proposé d'introduire dans le paragraphe 5 des expressions de sauvegarde du type « sauf dans des circonstances exceptionnelles » ou « en principe », estimant qu'elles permettraient de reconnaître que la renonciation peut être révoquée dans des circonstances particulières telles celles mentionnées précédemment. D'autres étaient au contraire d'avis que l'introduction de ces formules compliquerait encore l'interprétation du paragraphe 5 et qu'il était donc préférable de ne pas modifier le libellé de ce paragraphe si on décidait finalement de le conserver dans le projet d'article 11. À ce sujet, d'aucuns ont exprimé l'avis que, en fin de compte, la renonciation à l'immunité était un acte unilatéral de l'État dont la portée devrait être définie à la lumière des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques adoptés par la Commission en 2006, en particulier le principe 10³⁸⁹. Enfin, d'aucuns ont souligné qu'il était difficile de définir les circonstances exceptionnelles pouvant justifier la révocation de la renonciation à l'immunité, quoi qu'il ait été réaffirmé qu'on pouvait citer, parmi celles-ci, le changement de gouvernement ou d'ordonnancement juridique de nature à porter atteinte au respect des droits de l'homme du représentant et de son droit à un procès équitable. Par ailleurs, certains ont exprimé des doutes quant à l'opportunité de considérer comme des circonstances exceptionnelles la survenance de faits nouveaux qui n'étaient pas connus au moment de la renonciation ou l'exercice de la juridiction de l'État du for à l'égard de faits autres que ceux visés par la renonciation, faisant valoir que ces cas de figure participaient non pas de circonstances exceptionnelles, mais de circonstances à l'égard desquelles l'État du représentant n'a pas formulé de renonciation et qui pourraient donc être couvertes par l'immunité en vertu des règles générales énoncées dans le projet d'articles.

18) Compte tenu du débat résumé dans les paragraphes précédents et de la pratique qu'elle suit généralement lorsque, comme c'est le cas ici, il existe des divergences d'opinions entre ses membres au stade de la première lecture du projet d'articles, la Commission a décidé de conserver le paragraphe 5 du projet d'article 11 afin que les États aient dûment connaissance des échanges qui ont eu lieu et puissent formuler des observations.

Article 12 [13]*

Demandes d'informations

1. L'État du for peut demander à l'État du représentant toute information qu'il estime pertinente aux fins de décider si l'immunité s'applique ou non.
2. L'État du représentant peut demander à l'État du for toute information qu'il estime pertinente aux fins de décider de l'invocation de, ou de la renonciation à, l'immunité.

³⁸⁸ *Annuaire... 1958*, vol. II, document A/3859, p. 103, par. 5 du commentaire de l'article 30.

³⁸⁹ Le principe 10 est libellé comme suit : « Une déclaration unilatérale qui a créé des obligations juridiques à la charge de l'État auteur ne saurait être arbitrairement rétractée. Pour apprécier si une rétractation serait arbitraire, il convient de prendre en considération : a) Les termes précis de la déclaration qui se rapporteraient à la rétractation ; b) La mesure dans laquelle les personnes auxquelles les obligations sont dues ont fait fond sur ces obligations ; c) La mesure dans laquelle il y a eu un changement fondamental des circonstances. » (*Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 169, par. 176).

* Le numéro entre crochets est celui que la Rapporteuse spéciale avait initialement attribué au projet d'article dans son rapport.

3. Les informations peuvent être demandées par la voie diplomatique ou par l'un quelconque des moyens de communication acceptés à cette fin par les deux États concernés, qui peuvent comprendre ceux qui sont prévus dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire internationales applicables.
4. L'État requis examine toute demande d'informations de bonne foi.

Commentaire

1) Le projet d'article 12 prévoit la possibilité pour l'État du for et pour l'État du représentant de s'adresser mutuellement des demandes d'informations. C'est la dernière disposition procédurale de la quatrième partie du projet d'articles avant celle consacrée à la détermination de l'immunité, qui fait l'objet du projet d'article 13 et que le Comité de rédaction n'a pas encore examinée. Le projet d'article 12 se compose de quatre paragraphes qui concernent le droit des États intéressés de demander des informations (par. 1 et 2), la procédure à suivre pour demander des informations (par. 3) et l'optique dans laquelle l'État requis « examine » les demandes d'informations (par. 4).

2) Les paragraphes 1 et 2 prévoient que tant l'État du for que l'État du représentant peuvent formuler des demandes d'informations. Si la Commission estime que les demandes d'informations de l'un et l'autre État s'inscrivent dans la même logique, elle a néanmoins jugé préférable, dans un souci de clarté, de leur consacrer des paragraphes distincts. On notera que les deux paragraphes sont construits sur le même modèle, à cette différence près que l'objectif final de la demande n'est pas le même selon que l'auteur est l'État du for ou l'État du représentant, l'objectif du premier étant de « décider si l'immunité s'applique ou non » et celui du second, de « décider de l'invocation de, ou de la renonciation à, l'immunité ».

3) Les demandes d'informations visées aux paragraphes 1 et 2 s'inscrivent dans le processus que doit suivre l'État concerné, qu'il s'agisse de l'État du for (examen et détermination de l'immunité) ou de l'État du représentant (invocation de l'immunité ou renonciation à celle-ci), pour se prononcer sur la question de l'immunité. C'est cette logique qui a présidé à l'emploi de l'expression « aux fins de décider » dans les deux paragraphes, l'idée étant de mettre en avant le fait que, dans un cas comme dans l'autre, la décision sera prise à l'issue d'un processus pouvant nécessiter l'accomplissement de divers actes et se décomposer en différentes étapes.

4) Aux fins de l'adoption du projet d'article 12, la Commission a tenu compte du fait que, pour déterminer si l'immunité s'applique ou non, l'État du for doit disposer d'informations sur le représentant (nom, qualité au sein de l'État, autorité dont il est investi, etc.) et sur le lien qui existe entre l'État du représentant et les actes du représentant qui, le cas échéant, pourraient justifier l'exercice de la juridiction pénale. Pour prendre une décision au sujet de l'immunité (en particulier dans le cas de l'immunité *ratione materiae*), l'État du for a besoin de ces informations, dont il se peut que seul l'État du représentant ait connaissance. Parallèlement, pour décider d'invoquer l'immunité ou de renoncer à celle-ci, l'État du représentant peut avoir besoin d'obtenir des informations sur la législation interne et les organes compétents de l'État du for ou l'état d'avancement de la procédure engagée par celui-ci. Le projet d'article 12 vise à faciliter l'accès à ces informations.

5) Il se peut tout à fait que l'État du for ou l'État du représentant détienne déjà les informations visées au paragraphe précédent, surtout si, préalablement à la demande d'informations, les dispositions prévues par les projets d'articles 9 (notification), 10 (invocation) et 11 (renonciation) ont été appliquées. En effet, dans le cadre de l'application de ces dispositions, l'État du for et l'État du représentant se seront certainement communiqué des informations. Toutefois, on ne saurait exclure la possibilité que, dans certains cas, les informations reçues ne suffisent pas pour atteindre les objectifs susmentionnés. Partant, et particulièrement dans ce cas de figure, les demandes d'informations sont un instrument utile, et même nécessaire, pour garantir le bon fonctionnement de l'immunité, d'autant qu'elles contribuent à renforcer la coopération entre les États intéressés et à établir un climat de confiance mutuelle. Le dispositif de demande d'informations prévu au projet d'article 12 constitue donc une garantie procédurale pour les deux États.

6) La demande d'informations peut porter sur n'importe quel élément que l'État requérant juge utile pour lui permettre de prendre une décision quant à l'immunité. Les éléments que les États peuvent prendre en considération aux fins de décider si l'immunité s'applique, ou de décider d'invoquer l'immunité ou d'y renoncer, sont à ce point divers qu'il est impossible d'en dresser une liste exhaustive. La Commission a préféré les termes « toute information qu'il estime pertinente », à la formule « l'information nécessaire », l'adjectif « nécessaire » pouvant être restrictif et catégorique, particulièrement en anglais. À l'inverse, l'emploi du mot « pertinente » permet de reconnaître à l'État requérant (qu'il s'agisse de l'État du for ou de l'État du représentant) le droit de décider au cas par cas des informations qu'il souhaite demander, conformément aux dispositions de divers instruments internationaux³⁹⁰.

7) Le paragraphe 3 traite des voies par lesquelles les informations peuvent être demandées. Il est construit sur le même modèle que le paragraphe 3 des projets d'articles 9, 10 et 11, dont le libellé est reproduit *mutatis mutandis*, de sorte que les commentaires déjà formulés au sujet de ces projets d'article s'appliquent également au paragraphe 3.

8) La Commission tient toutefois à appeler l'attention sur le fait qu'elle a décidé que, contrairement aux projets d'article 10 et 11 (par. 4,) le projet d'article 12 ne contiendrait pas de paragraphe consacré à la communication interne entre les autorités de l'État du for ou de l'État du représentant. En effet, les demandes visées au projet d'article 12 concernent en réalité des informations qui, dans bien des cas, viendront compléter ou étoffer celles que détient déjà l'État du for ou l'État du représentant et qui sont donc en principe amenées à être fournies à un stade plus avancé de la procédure. Partant, il y a tout lieu de penser que l'autorité décisionnaire de chacun des deux États est déjà connue de l'autre État, et il n'est pas nécessaire d'introduire ce type de clause de sauvegarde. En tout état de cause, si la demande d'informations intervient tôt dans l'examen de la question de l'immunité, il n'y a aucune raison que le principe de l'obligation de communication entre les autorités compétentes de l'État concerné ne s'applique pas.

9) Le paragraphe 4 remplace les paragraphes 4 et 5 initialement proposés par la Rapporteuse spéciale, qui indiquaient les motifs pouvant justifier le rejet d'une demande et les conditions auxquelles pouvaient être soumises tant les demandes d'informations que la communication d'informations, en particulier en ce qui concerne la confidentialité³⁹¹. La Commission a jugé préférable d'introduire dans le projet d'article 12 un paragraphe plus simple dans lequel est uniquement énoncé le principe en vertu duquel toute demande d'informations doit être examinée de bonne foi par l'État requis, qu'il s'agisse de l'État du for ou de l'État du représentant. Il y a plusieurs raisons à cela. Premièrement, le texte initialement proposé, qui énumérait les motifs de rejet autorisés, pouvait être interprété *a contrario* comme exprimant une obligation de communiquer les informations demandées ; or, il n'existe pas en droit international d'obligation de cette nature hormis les obligations particulières qui peuvent être énoncées dans les traités de coopération et d'entraide judiciaire ou dans d'autres instruments. Deuxièmement, le dispositif prévu risquait d'être incompatible avec les mécanismes de demande et d'échange d'informations établis par les accords de coopération et d'entraide judiciaire, qui – en tout état de cause – seraient applicables entre les États parties. Troisièmement, la règle de confidentialité instaurée pourrait aller à l'encontre des normes nationales régissant la confidentialité. Et, dernier point, mais non le moindre, le projet d'article 12 a vocation à favoriser la coopération et l'échange d'informations entre l'État du for et l'État du représentant ; or, cet objectif pourrait être

³⁹⁰ Voir, par exemple, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Strasbourg, 20 avril 1959), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 472, n° 6841, p. 185, art. 3 ; la Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale (Nassau, 23 mai 1992), Organisation des États américains, *Recueil des Traités*, n° 75, art. 7 ; la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise (Praia, 23 novembre 2005), *Diário da República I*, n° 177, 12 septembre 2008, p. 6635, art. 1, par. 1 et 2 ; le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, résolution 45/117 de l'Assemblée générale, du 14 décembre 1990, annexe (ultérieurement modifié par la résolution 53/112 de l'Assemblée générale, du 9 décembre 1998, annexe I), art. 1, par. 2.

³⁹¹ Voir le septième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/729), annexe II.

compromis ou remis en question si le projet d'article énumérait expressément des motifs de rejet et imposait l'obligation de respecter certaines conditions.

10) La Commission estime toutefois que les raisons qui précèdent ne justifient pas qu'on laisse de côté la question des critères que les États devraient appliquer aux fins de l'examen des demandes d'informations. Elle a donc retenu une formule exprimant en termes simples que l'État requis est tenu d'examiner de bonne foi toute demande qui lui est adressée. Le terme « État requis » fait partie d'une terminologie que les États connaissent bien puisque c'est celle qui est communément utilisée dans les accords de coopération et d'entraide judiciaire.

11) Au paragraphe 4, le membre de phrase « examine [...] de bonne foi » renvoie à l'obligation générale qui incombe aux États d'agir de bonne foi dans leurs relations avec des tiers. Par la force des choses, la portée de cette obligation ne peut pas être définie dans l'absolu et doit l'être au cas par cas. Ce membre de phrase doit être envisagé dans le contexte du projet d'article, c'est-à-dire dans le cadre de la définition d'un instrument de procédure propre à favoriser la coopération entre l'État du for et l'État du représentant pour que l'un et l'autre puissent se forger valablement une opinion leur permettant de prendre les décisions visées aux paragraphes 1 et 2. Par conséquent, les termes « examine [...] de bonne foi » doivent être compris comme énonçant deux prescriptions conjointes : d'une part, l'obligation d'examiner la demande et, d'autre part, le fait que l'examen doit avoir pour but d'aider l'autre État à prendre en toute connaissance de cause une décision informée sur l'applicabilité de l'immunité ou la question de savoir s'il souhaite invoquer l'immunité ou y renoncer. Ainsi, la formule « examine [...] de bonne foi » renvoie à une obligation de moyens et non à une obligation de résultat.

12) L'État requis doit prendre ces éléments comme point de départ de l'examen de toute demande d'informations, mais rien ne l'empêche de tenir compte aussi, dans sa décision, d'autres facteurs ou circonstances, notamment les considérations liées au respect de sa souveraineté, de l'ordre public, de la sécurité et des intérêts publics essentiels. Cela étant, la Commission n'a pas jugé nécessaire de mentionner expressément ces éléments dans le projet d'article 12, estimant que l'État requis avait toute latitude pour fonder sa décision sur tel motif plutôt que tel autre.

13) La Commission n'a pas jugé nécessaire de faire expressément référence, au paragraphe 4, à la possibilité de soumettre la communication des informations demandées à certaines conditions. Toutefois, rien n'empêche l'État requis d'envisager d'imposer des conditions à l'examen « de bonne foi » d'une demande d'informations, en particulier si cela facilite ou favorise la communication des informations demandées.

Chapitre VII

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État

A. Introduction

116. À sa soixante-neuvième session (2017), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État » à son programme de travail et a désigné M. Pavel Šturma Rapporteur spécial³⁹². Dans sa résolution 72/116 du 7 décembre 2017, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission.

117. À la même session, la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/708), qui exposait l'approche que celui-ci avait retenue quant à la portée et au résultat des travaux sur le sujet, et présentait une vue d'ensemble des dispositions générales relatives au sujet. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 1 à 4 figurant dans le premier rapport du Rapporteur spécial. Elle a ensuite pris note du rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction sur les projets d'articles 1 et 2 provisoirement adoptés par le Comité, qui lui avait été présenté à titre purement informatif³⁹³.

118. À sa soixante-dixième session (2018), la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/719), qui traitait de la licéité de la succession, des règles générales relatives à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, et de certaines catégories particulières de succession d'États aux obligations découlant de la responsabilité. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 5 à 11 figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial. Elle a ensuite pris note du rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction sur le paragraphe 2 du projet d'article 1 et les projets d'articles 5 et 6 provisoirement adoptés par le Comité, qui lui avait été présenté à titre purement informatif³⁹⁴.

119. À sa soixante et onzième session (2019), la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/731), qui traitait de la réparation du préjudice résultant de faits internationalement illicites commis contre l'État prédécesseur et contre les ressortissants de l'État prédécesseur, et comportait des propositions techniques se rapportant à la structure du projet d'articles. La Commission était également saisie d'une étude du secrétariat dans laquelle figuraient des informations sur les instruments qui pourraient présenter un intérêt pour la suite de ses travaux sur le sujet (A/CN.4/730). À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction le paragraphe *f*) du projet d'article 2 et les projets d'articles X, Y, 12, 13, 14 et 15, ainsi que les titres des deuxième et troisième parties, tels qu'ils figuraient dans le troisième rapport du Rapporteur spécial. Elle a ensuite examiné un premier rapport du Comité de rédaction sur le sujet³⁹⁵ et provisoirement adopté les projets d'articles 1, 2 (par. *a*) à *d*)) et 5, qui avaient été provisoirement adoptés par le Comité aux soixante-neuvième et soixante-dixième sessions, ainsi que les commentaires y relatifs³⁹⁶. Elle a en outre pris note du rapport intérimaire du

³⁹² À sa 3354^e séance, le 9 mai 2017. Le sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa soixante-huitième session (2016), sur la base de la proposition reproduite à l'annexe B du rapport de la Commission (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*).

³⁹³ Le rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction peut être consulté dans le Guide analytique des travaux de la Commission du droit international, à l'adresse suivante : http://legal.un.org/ilc/guide/3_5.shtml.

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ Voir A/CN.4/L.939 et le rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction, qui peut être consulté dans le Guide analytique des travaux de la Commission du droit international (note 393 *supra*).

³⁹⁶ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10)*.

Président du Comité de rédaction sur les projets d'articles 7, 8 et 9 provisoirement adoptés par le Comité, qui lui avait été présenté à titre purement informatif³⁹⁷.

B. Examen du sujet à la présente session

120. À la présente session, la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/743).

121. Dans son quatrième rapport, composé de trois parties, le Rapporteur spécial a donné un aperçu des travaux menés sur le sujet, dont un résumé des débats à la Sixième Commission et une explication de la méthodologie adoptée (première partie). Il a ensuite abordé des questions liées à l'incidence de la succession d'États sur les formes de responsabilité, en particulier les différentes formes de réparation (restitution, indemnisation et satisfaction), l'obligation de cessation et les assurances et garanties de non-répétition (deuxième partie). Enfin, il a présenté le programme de travail futur sur le sujet (troisième partie). Cinq nouveaux projets d'articles (les projets d'articles 7 *bis*, 16, 17, 18 et 19) ont été proposés dans le quatrième rapport³⁹⁸.

³⁹⁷ Le rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction peut être consulté dans le Guide analytique des travaux de la Commission du droit international (voir *supra* la note 393).

³⁹⁸ Le texte des projets d'articles 7 *bis*, 16, 17, 18 et 19, proposés par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport, se lit comme suit :

Projet d'article 7 *bis*

Faits composites

1. Lorsqu'un fait internationalement illicite revêt un caractère composite, la responsabilité internationale de l'État prédécesseur et/ou celle de l'État successeur est engagée si une série d'actions ou d'omissions définie dans son ensemble comme illicite se produit. Si l'action ou l'omission, prise avec l'autre action ou omission, suffit à constituer le fait illicite soit de l'État prédécesseur, soit de l'État successeur, cet État n'est responsable que des conséquences de son propre fait.
2. Toutefois, si un fait internationalement illicite ne se produit qu'après la dernière action ou omission de l'État successeur, la responsabilité internationale de cet État s'étend sur toute la période commençant avec la première des actions ou omissions et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions sont répétées et restent non conformes à l'obligation internationale.
3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de toute responsabilité encourue par l'État prédécesseur ou l'État successeur à raison d'un fait unique si, et dans la mesure où, ce fait constitue une violation d'une obligation internationale en vigueur de cet État.

Projet d'article 16

Restitution

1. En cas de succession d'États, lorsqu'un État prédécesseur continue d'exister, cet État est tenu de procéder à la restitution, dès lors et pour autant que la restitution n'est pas matériellement impossible et n'impose pas une charge disproportionnée.
2. Si, en raison de la nature de la restitution, seul un État successeur ou l'un des États successeurs est en mesure de procéder à cette restitution ou si la restitution n'est pas possible sans la participation d'un État successeur, un État lésé par un fait internationalement illicite de l'État prédécesseur peut demander cette restitution ou cette participation à cet État successeur.
3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de toute répartition ou autre accord entre l'État successeur et l'État prédécesseur ou un autre État successeur, selon le cas.
4. Un État successeur peut demander la restitution à un État qui a commis un fait internationalement illicite à l'encontre de l'État prédécesseur, si le préjudice causé par ce fait continue à affecter le territoire ou les personnes qui, après la date de la succession d'États, relèvent de sa juridiction.

Projet d'article 17

Indemnisation

1. En cas de succession d'États, lorsqu'un État prédécesseur continue d'exister, cet État est tenu de réparer le dommage causé par son fait internationalement illicite dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.

122. À sa 3528^e séance, le 21 mai 2021, la Commission a provisoirement adopté les projets d'articles 7, 8 et 9³⁹⁹, qui avaient été provisoirement adoptés par le Comité à sa soixante et onzième session (2019) (voir *infra* la section C.1).

123. À ses 3531^e à 3537^e séances, du 5 au 12 juillet 2021, la Commission a examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial. À sa 3537^e séance, le 12 juillet 2021, elle a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 7 *bis*, 16, 17, 18 et 19, tels qu'ils figuraient dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial, en tenant compte des vues exprimées pendant le débat en plénière.

124. À sa 3552^e séance, le 28 juillet 2021, le Président du Comité de rédaction a présenté un rapport intérimaire sur les projets d'articles 10, 10 *bis* et 11, provisoirement adoptés par le Comité à la présente session. Présenté à titre purement informatif, le rapport peut être consulté sur le site Web de la Commission⁴⁰⁰.

125. À ses 3560^e à 3562^e séances, les 4 et 5 août 2021, la Commission a adopté les commentaires des projets d'articles 7, 8 et 9, provisoirement adoptés à la présente session (voir *infra* la section C.2).

1. Présentation du quatrième rapport par le Rapporteur spécial

126. Le Rapporteur spécial a tout d'abord rappelé les considérations générales suivantes concernant les travaux de la Commission sur le sujet, telles qu'exposées dans la première partie du quatrième rapport : *a*) le caractère subsidiaire du projet d'articles et la priorité des accords conclus entre les États concernés ; *b*) l'importance de maintenir la cohérence avec les travaux antérieurs de la Commission, en particulier avec les articles sur la responsabilité

2. Dans certaines circonstances, un État lésé par un fait internationalement illicite peut demander réparation à un État successeur ou à l'un des États successeurs, à condition que l'État prédécesseur ait cessé d'exister ou que, après la date de la succession d'États, cet État successeur ait continué à bénéficier de ce fait.

3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de toute répartition convenue ou de tout autre accord conclu entre l'État successeur et l'État prédécesseur ou un autre État successeur, selon le cas.

4. Un État successeur peut demander réparation à un État qui a commis un fait internationalement illicite contre l'État prédécesseur, à condition que l'État prédécesseur ait cessé d'exister ou que, après la date de la succession d'États, l'État successeur ait continué à subir les conséquences préjudiciables de ce fait.

Projet d'article 18

Satisfaction

1. En cas de succession d'États, lorsqu'un État prédécesseur continue d'exister, cet État est tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par son fait internationalement illicite dans la mesure où ce préjudice ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de toute satisfaction adéquate, en particulier la poursuite de crimes relevant du droit international, que tout État successeur peut demander ou fournir.

Projet d'article 19

Assurances et garanties de non-répétition

1. En cas de succession d'États, lorsqu'un État prédécesseur continue d'exister, cet État a l'obligation d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent, même après la date de la succession d'États.

2. Sous réserve que l'obligation violée par un fait internationalement illicite reste en vigueur, après la date de la succession d'États, entre un État successeur et un autre État concerné, et si les circonstances l'exigent :

a) L'État lésé par un fait internationalement illicite de l'État prédécesseur peut demander à l'État successeur des assurances et des garanties de non-répétition appropriées ;

b) L'État successeur d'un État lésé par un fait internationalement illicite d'un autre État peut demander à cet État des assurances et des garanties de non-répétition appropriées.

³⁹⁹ Tels qu'ils figurent dans le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.939/Add.1).

⁴⁰⁰ Il peut être consulté dans le Guide analytique des travaux de la Commission du droit international (voir *supra* la note 393).

de l'État pour fait internationalement illicite⁴⁰¹ ; c) le rôle des concepts d'équité, de proportion équitable et de répartition des droits et des obligations ; d) la particularité des cas de succession d'États, dans lesquels se mêlaient inévitablement des considérations d'ordre politique et juridique ; e) le fait que ni la règle de la « table rase » ni celle de la « succession automatique » n'étaient acceptées en tant que règles générales ; f) la nécessité de combiner codification et développement progressif du droit international.

127. Le Rapporteur spécial a ensuite expliqué avoir consacré la deuxième partie du rapport à la question de l'incidence de la succession d'États sur les formes de responsabilité. Il y avait traité des formes de responsabilité et des conséquences juridiques qui pouvaient être applicables dans les situations de succession d'États, en maintenant la cohérence avec les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Dans le rapport et les projets d'article proposés, il avait tenu compte du fait que les règles générales de la responsabilité de l'État restaient applicables à l'égard d'un État prédécesseur, sous réserve de l'impossibilité matérielle pour celui-ci d'accorder une forme de réparation donnée. Les circonstances particulières qui justifiaient certaines formes de réparation par un ou plusieurs États successeurs avaient également été examinées. En outre, le Rapporteur spécial avait analysé a) les situations de succession effective d'États aux droits et obligations qui découlaient de la responsabilité de l'État, et b) les situations dans lesquelles la responsabilité de l'État était engagée à raison de ses propres actes internationalement illicites, même en cas de succession d'États.

128. S'agissant des projets d'article proposés, le Rapporteur spécial a expliqué que, dans son rapport, il avait abordé la question des faits composites pour répondre à une demande en ce sens que des membres du Comité de rédaction avaient faite à la soixante et onzième session (2019) de la Commission, au cours du débat concernant le projet d'article 7 (faits ayant un caractère continu). Il avait proposé le projet d'article 7 *bis* (faits composites) à la suite de l'analyse effectuée dans les deuxième et quatrième rapports et le jugeait utile pour clarifier la question des faits composites. Il considérait que les faits composites se distinguaient des faits ayant un caractère continu. Le projet d'article 7 *bis* ne visait pas à établir une nouvelle règle mais s'inspirait plutôt de l'application des règles générales de la responsabilité de l'État dans le contexte de la succession d'États.

129. Concernant les projets d'article sur les différentes formes de réparation, le Rapporteur spécial a expliqué que les projets d'articles 16 (restitution) et 17 (indemnisation) avaient une structure similaire. Les deux projets d'article énonçaient les obligations mises à la charge de l'État prédécesseur et de l'État successeur, respectivement en matière de restitution et d'indemnisation. Ils traitaient également de la répartition de la responsabilité ou de tout autre accord pertinent conclu entre l'État successeur et l'État prédécesseur ou un autre État successeur. Le Rapporteur spécial a expliqué en outre que le projet d'article 16 était conforme aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, et que le projet d'article 17 était fondé sur une analyse de la pratique, notamment des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Commission d'indemnisation des Nations Unies.

130. En outre, le Rapporteur spécial avait analysé la satisfaction en tant que forme de réparation d'un préjudice non matériel, comme cela était proposé au projet d'article 18. Une distinction devait être opérée entre la conception traditionnelle de la responsabilité de l'État et le droit moderne en la matière. Selon la première, la nature du préjudice moral semblait être liée aux relations bilatérales des États concernés et à leur dignité et leur personnalité. Le second faisait appel à la notion de « préjudice juridique », qui se rapportait principalement à la violation d'obligations protégeant les intérêts collectifs essentiels d'un groupe d'États ou de la communauté internationale des États. La protection des droits de l'homme ou la prévention et la répression des crimes relevant du droit international étaient ainsi prises en compte. Le quatrième rapport contenait des références aux exemples que la Commission avait mentionnés dans son commentaire de l'article 37 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, mais il portait surtout sur les enquêtes et sanctions visant les personnes responsables en tant que forme de satisfaction la

⁴⁰¹ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans l'*Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 76 et 77.

plus appropriée dans les cas de violations graves d'obligations *erga omnes*. Le Rapporteur spécial a précisé qu'il avait examiné la jurisprudence relative aux crimes de droit international commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie car ceux-ci constituaient les exemples les plus significatifs de la pratique moderne et avaient été jugés à l'échelle nationale et internationale. C'est dans ce contexte que le projet d'article 18 avait été proposé. Le paragraphe 1 du projet d'article 18 prévoyait qu'en cas de succession d'États, lorsqu'un État prédécesseur continuait d'exister, cet État était tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par son fait internationalement illicite dans la mesure où ce préjudice ne pouvait pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation. Le paragraphe 2 énonçait une clause « sans préjudice » qui visait à refléter une approche prudente et souple des formes appropriées de satisfaction, en particulier l'ouverture d'enquêtes sur les crimes relevant du droit international et la mise en mouvement de l'action publique contre les auteurs.

131. Dans son rapport, le Rapporteur spécial avait également analysé l'obligation de cessation et les assurances et garanties de non-répétition. Il avait cherché à préciser en quoi consistait l'obligation de cessation qui, selon lui, présentait un intérêt uniquement en cas de fait internationalement illicite ayant un caractère continu et s'appliquait en vertu des règles générales de la responsabilité des États. Il avait estimé que les assurances et les garanties de non-répétition remplissaient une fonction distincte des autres formes de réparation, et qu'elles devaient, de ce fait, être incluses et analysées dans le rapport. Les assurances et les garanties de non-répétition concernaient l'avenir, en ce sens qu'elles ne s'appliquaient qu'une fois le fait internationalement illicite commis. L'obligation primaire violée devait subsister et être en vigueur, ce qui avait pour effet de subordonner le transfert de toute obligation secondaire à la succession de l'obligation primaire. C'est dans ce cadre que le projet d'article 19 (assurances et garanties de non-répétition) avait été proposé. Le paragraphe 1 énonçait la règle générale fondée sur les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, à savoir que, lorsqu'un État prédécesseur continuait d'exister, cet État avait l'obligation d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées, si les circonstances l'exigeaient, même après la date de la succession d'États. Le paragraphe 2, quant à lui, visait des situations exceptionnelles et énonçait deux conditions pour être applicable, à savoir *a*) que l'obligation violée par un fait internationalement illicite soit restée en vigueur entre un État successeur et un autre État concerné, et *b*) que les circonstances l'exigent. Si ces deux conditions étaient réunies, l'État lésé pouvait alors demander à l'État successeur des assurances et des garanties de non-répétition appropriées, et l'État successeur d'un État lésé par un fait internationalement illicite d'un autre État pouvait demander à cet État des assurances et des garanties de non-répétition appropriées.

132. Le programme de travail futur était abordé dans la troisième partie du rapport. Le Rapporteur spécial y indiquait que son cinquième rapport porterait sur les questions posées en cas de pluralité d'États successeurs lésés et de pluralité d'États responsables. Ce rapport inclurait également des questions diverses et techniques, notamment la renumérotation et le plan définitif des projets d'article. Le Rapporteur spécial espérait que l'examen du sujet pourrait être achevé en première lecture, à la soixante-treizième session de la Commission.

2. Résumé des débats

a) Observations d'ordre général

133. Les membres de la Commission ont remercié le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport.

134. S'agissant des considérations générales concernant les travaux sur le sujet, les membres ont dans l'ensemble partagé l'avis du Rapporteur spécial quant au caractère subsidiaire des projets d'article et à la priorité qu'il convenait d'accorder aux accords conclus entre les États concernés. Certains ont proposé d'inclure dans les commentaires des projets d'article des exemples d'accords de succession conclus entre États et d'élaborer un certain nombre de clauses types qui serviraient de base de négociation pour des accords de succession en matière de responsabilité de l'État.

135. Divers avis ont été exprimés quant à la règle générale de non-succession, la règle de la « table rase » et celle de la succession « automatique ». Des membres de la Commission ont souscrit à l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle la pratique des États, hétérogène et dépendante du contexte, ne permettait d'étayer ni la primauté de la règle de la « table rase » ni celle de la règle de la succession automatique, tandis que d'autres ont estimé que la règle générale de non-succession pouvait comporter des exceptions. D'autres membres ont réaffirmé que la règle générale applicable au sujet à l'examen était celle de la « table rase » et ont nié l'existence d'une règle de succession automatique. Certains membres ont estimé que les projets d'article proposés semblaient pencher vers la solution de la succession automatique, mais d'autres n'étaient pas de cet avis. Il a été dit que la distinction opérée dans le quatrième rapport entre le « transfert de la responsabilité » des États et le « transfert des droits et des obligations découlant de la responsabilité » des États, n'était pas suffisamment expliquée. Des membres ont remis en question l'approche adoptée dans le rapport et la mesure dans laquelle l'analyse proposée résultait d'un parallèle avec la succession d'États en matière de dettes et s'inspirait de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, de 1983⁴⁰².

136. Plusieurs membres ont souligné la nécessité de prendre en compte des sources de pratique étatique plus diversifiées sur le plan géographique et rappelé que la rareté de la pratique étatique avait été mise en avant au cours des débats à la Sixième Commission. D'autres ont signalé que, même si la pratique étatique était limitée, la Commission devait néanmoins vérifier en quoi consistait cette pratique. D'aucuns ont suggéré de faire preuve de prudence et d'éviter de tirer des conclusions générales concernant les réparations fondées sur des accords d'indemnisation forfaitaire ou concernant la pratique étatique hétérogène, insuffisante ou dépendante du contexte. À cet égard, il a été rappelé que le mandat de la Commission ne se limitait pas à la codification, mais englobait le développement progressif du droit international. Il a également été suggéré d'expliciter dans le commentaire la relation entre la pratique étatique et chaque projet d'article, et de préciser ainsi quels projets d'article reposaient sur la pratique étatique et quels projets relevaient du développement progressif du droit international.

137. Selon un avis exprimé, dans ses travaux sur le sujet la Commission devait s'employer essentiellement à déterminer comment les règles sur la responsabilité des États s'appliquaient dans la situation factuelle propre à la succession d'États. Il a été proposé que la Commission analyse plus avant les conséquences juridiques de la succession d'États en matière de plaintes émanant de particuliers, un point qui n'avait pas été abordé dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, mais cette proposition s'est également heurtée à une certaine opposition.

138. Il a été réaffirmé qu'il importait de maintenir la cohérence avec les travaux antérieurs de la Commission, tant sur le plan terminologique que sur le fond. À cet égard, il a été proposé de compléter les projets d'article par une disposition relative à leur champ d'application temporel, en s'inspirant de l'article 7 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, de 1978⁴⁰³ et de l'article 4 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, de 1983. Il a été signalé que la Commission pouvait tirer parti des travaux de l'Institut de droit international sur la succession d'États.

b) Projet d'article 7 bis

139. Plusieurs membres trouvaient que le projet d'article 7 bis complétait utilement le projet d'article 7. On a suggéré qu'il pourrait être fondé, selon une proposition émise, sur la définition des faits composites figurant à l'article 15 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il a aussi été rappelé qu'à la Sixième Commission, des États Membres avaient exprimé des réserves quant à un débat sur les faits composites. De l'avis de certains membres, il convenait de préciser le champ d'application des paragraphes 1

⁴⁰² Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Vienne, 8 avril 1983), Nations Unies, *Annuaire juridique* 1983 (numéro de vente : F.90.V.1), p. 162.

⁴⁰³ Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Vienne, 23 août 1978), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1946, n° 33356, p. 30.

et 2, en particulier s'agissant de la responsabilité d'un État prédécesseur qui continuait d'exister. Le paragraphe 1 aussi gagnerait à énoncer plus clairement s'il excluait le transfert des droits et obligations découlant de la responsabilité de l'État, pouvant intervenir dans des circonstances différentes de celles envisagées au paragraphe 2. De surcroît, il a été fait observer que le paragraphe 2 portait davantage sur l'extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale, visée à l'article 14 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, que sur les faits composites. Certains membres ont jugé nécessaire d'examiner plus avant les questions liées à la responsabilité partagée lorsqu'un État prédécesseur continuait d'exister, et d'analyser la façon dont l'obligation de cessation s'appliquait dans le cas d'un fait composite ou d'un fait continu survenu pendant le processus de succession. Selon un point de vue, une certaine confusion entourait les faits composites et les faits continus. Les travaux de l'Institut de droit international concernant la succession et les faits continus et composites ont été mentionnés. Des propositions de rédaction ont été faites pour affiner la disposition, car sa teneur proposée semblait, en partie, déjà couverte par les règles générales sur la responsabilité des États. D'autres propositions de rédaction visaient à préciser le champ d'application des paragraphes 1 et 2.

c) Projets d'articles 16 à 19

140. Certains membres ont fait observer que le chapitre III de la deuxième partie du quatrième rapport, intitulé « Incidence de la succession d'États sur les formes de responsabilité », portait en fait sur les conséquences d'un fait internationalement illicite commis par des États, en particulier les formes de réparation (restitution, indemnisation et satisfaction, visées dans les projets d'articles 16 à 18). Il a été rappelé que l'obligation de cessation, les assurances et les garanties de non-répétition, comme d'autres formes de réparation, n'étaient pas des formes de responsabilité mais plutôt des conséquences juridiques de la responsabilité des États en vertu des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. La question du transfert d'obligations à l'État successeur pour que celui-ci répare des faits commis par l'État prédécesseur avant la date de la succession a suscité des inquiétudes, car cette notion semblait incompatible avec la condition d'imputabilité posée à l'article 2 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

141. On a insisté sur la nécessité de distinguer clairement la réparation, d'une part, et la cessation et les assurances et garanties de non-répétition, d'autre part. L'intérêt que chaque forme différente de réparation fasse l'objet d'un projet d'article qui lui soit propre a été remis en question. En conséquence, il a été proposé que les projets d'articles 16 à 19 soient simplifiés et présentés sous la forme de deux dispositions seulement : l'une portant sur la cessation et la non-répétition, et l'autre, sur la réparation. Un débat plus approfondi sur les formes de réparation au regard des différentes catégories de succession d'États a été jugé nécessaire, en particulier sur les circonstances conduisant à diverses solutions. Il a été fait observer que les projets d'articles étaient sans préjudice de tout droit à réparation que pourraient tenir des particuliers relevant de la juridiction de l'État lésé et, en conséquence, l'ajout d'un projet d'article en ce sens a été proposé. Selon un autre point de vue, la question de savoir comment s'acquitter de l'obligation de réparation intégrale du préjudice causé par un fait internationalement illicite commis par ou contre un État prédécesseur débordait le cadre du sujet.

142. Plusieurs membres ont remis en question l'utilité des projets d'articles 16 à 19 proposés dans le quatrième rapport, dans la mesure où les situations qui y étaient visées étaient déjà couvertes par les règles générales de la responsabilité des États. L'on a mis en garde contre la reformulation ou la réécriture du droit de la responsabilité des États, et le risque que ce droit soit dénaturé par le projet d'articles. Il a été toutefois signalé que les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite pouvaient ne pas couvrir tous les aspects pertinents du sujet.

143. De l'avis de certains membres, le recours à des accords d'indemnisation forfaitaire ne pouvait porter atteinte au principe de la réparation intégrale, un principe fondamental du droit de la responsabilité des États. De tels accords pouvaient d'ailleurs ne pas convenir au règlement de litiges portant sur des obligations *erga omnes*.

144. Si certains membres ont jugé que la forme verbale souple « peut demander » (*may request* en anglais), employée dans les projets d'articles 16, 17 et 19, était appropriée, d'autres ont estimé que cette formule et celle utilisée dans le projet d'article 18 (*may claim* en anglais) étaient ambiguës et peu claires. Plusieurs membres ont demandé qu'il soit précisé si les projets d'articles 16 à 19 s'appliquaient aux cas où l'État prédécesseur avait cessé d'exister. Il a aussi été demandé de préciser que tout État prédécesseur n'était pas lié par une obligation de réparation, mais seulement l'État prédécesseur responsable d'un fait illicite. En outre, il a été proposé que les projets d'articles 16 à 19 soient reformulés avec plus de précision, de sorte à s'appliquer uniquement dans la mesure où un État successeur était tenu de fournir réparation pour les faits d'un État prédécesseur, conformément à la deuxième partie du projet d'articles.

145. S'agissant de la restitution, objet du projet d'article 16, la position du Rapporteur spécial selon laquelle elle était la forme prioritaire de réparation en droit international a été approuvée par certains, mais contestée par d'autres. D'aucuns ont fait observer que la disposition ne contenait pas de définition de la restitution. Selon plusieurs membres, le projet d'article 16 était superflu, car il se contentait d'énoncer les dispositions pertinentes des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. La tentative du Rapporteur spécial de distinguer la restitution « juridique » de la restitution « matérielle » a été saluée, mais cette distinction a aussi été remise en question au motif qu'elle était insuffisamment fondée dans la pratique des États. L'argument du Rapporteur spécial selon lequel la perte ou la destruction de la chose à restituer n'était pas représentative de ce que la notion d'« impossibilité matérielle » pouvait signifier dans les situations de succession d'États a recueilli l'approbation. Concernant le paragraphe 1 du projet d'article 16, certains membres ont insisté sur la nécessité d'expliquer pourquoi l'État prédécesseur devrait procéder à la restitution, car il se pouvait que, dans certains cas, l'État prédécesseur ne soit pas responsable et le fait illicite ne puisse pas lui être attribué. Il a été dit que la formulation du paragraphe 1 pourrait être plus précise et moins subjective et qu'elle gagnerait à être totalement alignée sur l'article 35 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Concernant le paragraphe 2 du projet d'article 16, certains membres ont estimé que la situation qui y était envisagée pouvait être réglée par l'application du principe de l'enrichissement sans cause, mais d'autres ont opposé un certain scepticisme à l'application de ce principe dans le contexte du droit international. Plusieurs membres ont fait observer que, dans le contexte du paragraphe 2, l'État successeur n'était pas tenu de procéder à une restitution en lieu et place de l'État prédécesseur. D'aucuns ont exprimé l'avis que le paragraphe 2 semblait fondé sur la règle de la « succession automatique ». Certains membres ont jugé nécessaire de préciser si l'accord entre l'État successeur et l'État prédécesseur visé au paragraphe 3 était opposable aux États lésés. Il a été fait observer que le paragraphe 3 n'était pas conforme aux règles sur la responsabilité des États en matière de réparation, car les accords entre États prédécesseurs et États successeurs qui y étaient envisagés ne pouvaient produire d'effets juridiques à l'égard d'États lésés. Il a été proposé d'insérer une clause « sans préjudice » au paragraphe 4, afin de préserver les droits des personnes. Diverses propositions d'ordre rédactionnel ont alors été faites au sujet du projet d'article 16.

146. Concernant l'indemnisation, visée au projet d'article 17, l'affirmation du Rapporteur spécial, selon laquelle l'indemnisation semblait être la forme de réparation la plus courante dans les cas où la responsabilité pour faits internationalement illicites était influencée par la succession d'États, a recueilli l'approbation. Certains membres ont jugé nécessaire de préciser les principes qui sous-tendaient la disposition proposée. La Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, de 1978, ainsi que les travaux de l'Institut de droit international, ont été mentionnés car contenant un certain nombre de références au principe d'équité, lequel pourrait servir dans le calcul du montant de l'indemnisation et la répartition de l'indemnisation entre plusieurs États. Il a été fait observer que le paragraphe 1, à la différence de l'article 36 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, ne contenait pas de référence aux dommages susceptibles d'évaluation financière. Selon un avis, la situation prévue au paragraphe 2 pourrait être réglée par l'application du principe de l'interdiction de l'enrichissement sans cause. En particulier, ce principe était pertinent dans les cas où l'État prédécesseur cessait d'exister. Il a été jugé nécessaire de préciser les circonstances qui justifiaient le transfert des

obligations à l'État successeur lorsque l'État prédécesseur continuait d'exister. Selon un avis, l'idée contenue dans le paragraphe 2 figurait déjà dans le projet d'article 7. Il a été proposé d'exiger que les deux conditions énoncées au paragraphe 2 s'appliquent et non l'une ou l'autre des deux seulement. La même chose a été proposée s'agissant des deux conditions énoncées au paragraphe 4. Des éclaircissements ont été demandés sur le point de savoir si l'accord visé au paragraphe 3 était opposable aux États lésés. Il a été dit que le paragraphe 3 n'était pas conforme aux règles sur la responsabilité des États en matière de réparation, car les accords entre États prédécesseurs et États successeurs qui y étaient envisagés ne pouvaient produire d'effets juridiques à l'égard d'États lésés. Certains membres ont fait observer que la teneur du paragraphe 3 semblait déjà couverte par le paragraphe 2 du projet d'article 1. Plusieurs membres ont considéré que le lien de causalité n'apparaissait pas suffisamment dans le projet d'article 17 et ont demandé au Rapporteur spécial de le développer. Il a été proposé de faire figurer, dans le commentaire, les méthodes utilisées pour l'évaluation de l'indemnisation. En conséquence, diverses propositions d'ordre rédactionnel ont été faites pour le libellé du projet d'article 17.

147. Concernant la satisfaction, objet du projet d'article 18, le fait que le Rapporteur spécial ait choisi, dans les travaux sur le sujet, d'interpréter la satisfaction à l'aide de la notion moderne de responsabilité des États, qui repose sur la « responsabilité objective » et le « préjudice juridique » a recueilli l'approbation. Il a une nouvelle fois été dit que la disposition manquait de précision pour les cas où l'État prédécesseur cessait d'exister, mais également s'agissant du moment auquel un État successeur était en droit de demander cette forme de réparation et des conditions dans lesquelles il pouvait le faire. Au paragraphe 2, la référence aux enquêtes et poursuites concernant des crimes relevant du droit international a été saluée par certains membres. Pour d'autres, en revanche, rien ne prouvait que les enquêtes et poursuites concernant de tels crimes constituaient une forme de satisfaction, et leur pertinence en tant que forme de satisfaction a été mise en doute. Plusieurs membres ont considéré qu'il serait utile de disposer d'exemples de la pratique des États, montrant que la poursuite de crimes internationaux était effectivement considérée comme une forme de satisfaction par les États successeurs, mais aussi de déterminer s'il existait une obligation de réclamer ou de fournir une satisfaction, par la poursuite de crimes relevant du droit international. Il a été dit que l'auxiliaire « peut » n'impliquait pas une obligation de l'État successeur de donner satisfaction en poursuivant les crimes internationaux. Selon un avis, la poursuite de violations graves d'obligations *erga omnes* constituait une forme particulière de satisfaction, fournie à l'ensemble de la communauté internationale. Le projet d'article 18 a été jugé peu précis sur le point de savoir qui était en droit d'invoquer la responsabilité au sens de l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en cas de violation d'obligations *erga omnes*. Plusieurs membres ont estimé qu'en cas de violation de normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ou d'obligations *erga omnes*, toutes les formes de réparation seraient pertinentes, pas seulement la satisfaction. Il convenait d'établir une distinction entre la responsabilité des États et la responsabilité pénale individuelle. Plusieurs modifications d'ordre rédactionnel ont été proposées afin que le projet d'article 18 contienne une telle distinction.

148. Le texte du projet d'article 19, relatif aux assurances et garanties de non-répétition, a rencontré une certaine approbation, mais des membres ont proposé qu'il soit révisé pour davantage de clarté et de précision. D'aucuns ont demandé pourquoi l'obligation de cessation ne figurait pas dans le projet d'article. En particulier, il a été dit que si, effectivement, aucun projet d'article n'était consacré à la cessation, il conviendrait d'expliquer dans le commentaire en quoi consistait un dommage continu. Certains membres ont considéré que la cessation et les garanties et assurances de non-répétition jouaient un rôle égal dans les cas où la restitution n'était pas possible et où le préjudice n'était pas seulement matériel. L'emploi de l'adjectif « appropriées » dans le projet d'article a été remis en question car ne donnant pas suffisamment d'orientations aux États. Le paragraphe 1 a recueilli l'approbation mais le paragraphe 2 a suscité une certaine inquiétude car il portait à croire que les garanties et assurances de non-répétition deviendraient l'une des formes de réparation seulement pour le cas où l'État successeur avait commis un acte illicite après la date de la succession. Certains membres ont repris les commentaires, déjà faits au sujet des paragraphes 2 des projets d'articles 16, 17 et 18. L'on s'est également demandé si le paragraphe 2 s'appliquait dans les cas où l'État prédécesseur cessait d'exister. Il a été dit que

toute prétendue règle de succession en matière d'obligations internationales découlant de la responsabilité d'un État prédécesseur contredirait le paragraphe 1 du projet d'article 7, relatif aux faits ayant un caractère continu. Il a été proposé de faire figurer, dans le commentaire, une explication des « circonstances » dont il était question au paragraphe 2, ainsi qu'une liste d'exemples d'« assurances [...] appropriées » et un tableau reprenant les différentes situations de succession. Une analyse plus approfondie de la pratique de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, s'agissant des éléments faisant partie des assurances et garanties de non-répétition, a été jugée nécessaire. Certaines modifications d'ordre rédactionnel ont aussi été proposées pour le projet d'article 19.

d) Forme finale

149. Plusieurs membres se sont interrogés sur la question de savoir si un projet d'articles était la forme la plus appropriée pour le résultat des travaux sur le sujet, compte tenu des commentaires de certains États qui montraient une préférence pour un projet de directives, un projet de principes, un projet de conclusions, des clauses types ou un rapport analytique. Un certain nombre de membres ont estimé que la Commission pourrait reconsidérer la forme de ses travaux sur le sujet à sa soixante-treizième session, tandis que d'autres ont jugé que cela n'était pas nécessaire. Il a également été proposé que la décision finale sur le résultat des travaux sur le sujet soit prise une fois que la Commission aurait conclu la plupart de ses travaux de fond.

e) Programme de travail futur

150. Plusieurs membres ont approuvé le programme de travail proposé par le Rapporteur spécial, même si certains ont fait observer que la Commission devait éviter toute précipitation dans l'examen du sujet. Certains membres ont exprimé des doutes quant à la possibilité d'achever la première lecture à la soixante-treizième session.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

151. Dans son résumé des débats, le Rapporteur spécial s'est félicité des discussions de fond suscitées par son quatrième rapport. Les débats en plénière ont été riches et intéressants et témoignaient, selon lui, des subtilités et de la complexité du sujet. Le Rapporteur spécial a aussi constaté que les diverses observations formulées étaient parfois inconciliables, mais il s'est dit prêt à dialoguer avec les membres afin d'aplanir les divergences et à adopter une approche souple.

152. Concernant la nécessité de prendre en compte des sources de pratique étatique plus diversifiées sur le plan géographique, le Rapporteur spécial a affirmé qu'il y était disposé et qu'il recevrait avec plaisir les exemples de pratique que les membres pourraient avoir.

153. Concernant les accords d'indemnisation forfaitaire, le Rapporteur spécial a précisé qu'il avait adopté dans son quatrième rapport une approche prudente et nuancée. S'il n'a pas été en mesure de confirmer que ces accords relevaient du droit international coutumier, il les considérait quand même comme un aspect important du sujet en ce qu'ils reflétaient la pratique étatique. De surcroît, les États étaient libres de conclure des accords ne prévoyant pas une réparation intégrale, dans la droite ligne, en particulier, de la décision rendue par la Cour internationale de Justice en l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*⁴⁰⁴ et de la jurisprudence des tribunaux tchécoslovaques et tchèques concernant l'incidence de certains accords d'indemnisation forfaitaire conclus après la Seconde Guerre mondiale.

154. Le Rapporteur spécial a réaffirmé la pertinence du principe de l'enrichissement sans cause, qui constituait l'une des causes ou circonstances particulières justifiant le transfert exceptionnel des obligations découlant de la responsabilité de l'État à l'État ou aux États successeurs. Il a néanmoins précisé qu'il avait sciemment omis de mentionner expressément le principe dans les projets d'article proposés, car il ne le considérait pas, pour plusieurs raisons, comme l'unique motif permettant d'engager la responsabilité d'un État successeur.

⁴⁰⁴ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99.

Jugé ambigu et peu précis, le principe était souvent associé à la notion de « droits acquis », qui était considérée comme obsolète et non conforme au droit international moderne. Le Rapporteur spécial a fait savoir qu'il était disposé à traiter de cette question dans les commentaires.

155. Le Rapporteur spécial a souligné que le texte des projets d'article proposés n'impliquait pas la succession automatique. Il partageait l'avis selon lequel la pratique étatique n'étayait la primauté ni de la règle de la « table rase » ni de la règle de la succession automatique. Dans le droit de la succession d'États, tel qu'il avait été établi dans les années 1960, 1970 et 1980, la règle de la « table rase » s'appliquait aux États nouvellement indépendants. De l'avis du Rapporteur spécial, il ne convenait toutefois pas de l'élever au rang de règle générale applicable à toutes les catégories de succession.

156. Bien qu'il comprenne les interrogations portant sur l'utilité ou à la nécessité du projet d'articles, le Rapporteur spécial a rappelé que les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne couvraient pas tous les aspects du sujet et que l'on pouvait donc considérer que le projet d'articles complétait les règles existantes. Les travaux sur le sujet visaient à combler les lacunes de la codification des règles relatives à la responsabilité de l'État et de celles relatives à la succession d'États.

157. Concernant les observations sur la structure des projets d'article proposés, leur applicabilité dans les cas où l'État prédécesseur continuait ou cessait d'exister et les différentes catégories de succession, le Rapporteur spécial a expliqué que les projets d'article proposés dans son quatrième rapport devaient être lus conjointement avec ceux qu'il avait proposés dans les rapports précédents. Le quatrième rapport portait principalement sur la nature et les formes des conséquences juridiques de faits internationalement illicites. Le Rapporteur spécial a néanmoins convenu que les projets d'article proposés pourraient être réorganisés pour éviter les répétitions inutiles. Il a également convenu avec d'autres membres qu'il serait plus approprié de dire que les projets d'article portaient sur les conséquences juridiques en général et sur les formes de réparation en particulier. Il a confirmé que les conséquences de la violation d'obligations *erga omnes* ne se limitaient pas à la satisfaction et a proposé de traiter de ce point dans les commentaires ou dans un autre projet d'article. À cet égard, il a proposé de nouveaux projets d'article et des révisions à apporter aux projets d'article concernés afin de préciser et de régler les différentes questions soulevées. Il a aussi proposé de réorganiser l'ensemble des projets d'article sur la réparation, en tenant compte des suggestions faites par des membres. Quant aux observations selon lesquelles il faudrait étudier la succession d'États sous l'angle de la responsabilité à l'égard des personnes privées, il a estimé qu'il serait préférable de se pencher sur la question dans le cadre d'autres sujets que la Commission pourrait inscrire à son programme de travail, mais a accepté de rédiger une clause sans préjudice.

158. De manière générale, le Rapporteur spécial a accueilli favorablement les suggestions et propositions relatives au projet d'article 7 *bis*. Il a fait savoir qu'il allait proposer de modifier l'ordre et la numérotation des projets d'article afin de tenir compte des observations formulées par les membres.

159. Concernant les projets d'articles 16 et 17, le Rapporteur spécial a dit qu'il était disposé à examiner les propositions rédactionnelles faites par les membres. Il a souligné que l'objet du projet d'article 16 était de réaffirmer que les obligations fondées sur les règles générales de la responsabilité de l'État s'appliquaient même dans les situations de succession d'États. Selon lui, les paragraphes 3 des projets d'articles 16 et 17 n'étaient pas superflus, car ils traitaient du cas particulier des accords de répartition conclus entre l'État successeur et l'État prédécesseur. Par exemple, si un État lésé décidait de demander à l'État prédécesseur de lui restituer une chose et que l'intéressé n'était pas en mesure de le faire car la chose en question se trouvait sur le territoire de l'État successeur, celui-ci tirerait profit du fait illicite. En revanche, si l'État prédécesseur indemnisait financièrement l'État lésé au lieu de lui restituer la chose, l'accord de répartition entre les États successeur et prédécesseur pourrait faire office de compensation. Les accords de répartition, outre qu'ils permettaient aux États lésés de présenter leurs demandes, étaient destinés au règlement des réclamations entre l'État prédécesseur et l'État successeur. S'agissant des observations faites par des membres au sujet de la forme verbale « peut demander » utilisée dans les projets d'articles 16 et 17, le Rapporteur spécial a souligné que les dispositions devaient mettre en avant le caractère

exceptionnel et conditionnel de ces obligations et inclure, selon que de besoin, une référence au développement progressif. Il a accueilli favorablement la plupart des propositions rédactionnelles formulées à propos des projets d'article.

160. Le Rapporteur spécial a dit que le projet d'article 18 sur la satisfaction pourrait peut-être être simplifié et sa teneur être incluse dans un projet d'article avec les autres formes de réparation, dans le cadre de la réorganisation proposée des projets d'article. Quant à la possible inclusion, dans le paragraphe 2, d'une référence aux enquêtes et poursuites relatives à des crimes relevant du droit international, il a appelé l'attention sur les arguments avancés par les parties devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*⁴⁰⁵, dont il ressortait que la mise en mouvement de l'action publique contre les auteurs de crimes relevant du droit international pouvait être considérée comme une forme de satisfaction. Il a fait remarquer que l'on pouvait interpréter la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et de la Cour pénale internationale comme le signe qu'il était dans l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble d'enquêter sur les crimes commis en violation d'obligations *erga omnes* et d'en poursuivre les auteurs.

161. Concernant le projet d'article 19, le Rapporteur spécial a dit qu'il était disposé à inclure dans le commentaire une liste d'exemples d'assurances appropriées, ainsi que certains membres l'avaient suggéré. Quant à l'absence de projet d'article sur l'obligation de cessation, il a reconnu qu'il serait fort utile d'ajouter une nouvelle disposition sur ce point et a pris note avec intérêt des propositions rédactionnelles en ce sens.

162. À propos du résultat des travaux sur le sujet, le Rapporteur spécial était aussi d'avis que la Commission pouvait remettre sa décision sur la forme la plus appropriée à un stade ultérieur. Il s'est dit prêt à examiner d'autres formes pour le résultat final mais a précisé qu'il ne souhaitait pas revenir sur les modalités de travail de la Commission sur le sujet. Il a aussi indiqué que des consultations informelles sur les différentes questions pourraient être organisées.

163. Quant au programme de travail futur, le Rapporteur spécial a déclaré qu'en raison de l'actuelle pandémie de COVID-19 et de la modification de ses modalités de travail, la Commission ne serait peut-être pas en mesure d'achever la première lecture avant la fin du quinquennat.

C. Texte des projets d'article sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État provisoirement adoptés à ce jour par la Commission

1. Texte des projets d'article

164. Le texte des projets d'article provisoirement adoptés à ce jour par la Commission est reproduit ci-après.

Succession d'États en matière de responsabilité de l'État

Article 1

Champ d'application

1. Le présent projet d'articles s'applique aux effets de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

2. Le présent projet d'articles s'applique en l'absence d'une solution différente convenue par les États concernés.

⁴⁰⁵ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 168.

Article 2

Expressions employées

Aux fins du présent projet d'articles :

a) L'expression « succession d'États » s'entend de la substitution d'un État à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire ;

b) L'expression « État prédécesseur » s'entend de l'État auquel un autre État s'est substitué à l'occasion d'une succession d'États ;

c) L'expression « État successeur » s'entend de l'État qui s'est substitué à un autre État à l'occasion d'une succession d'États ;

d) L'expression « date de la succession d'États » s'entend de la date à laquelle l'État successeur s'est substitué à l'État prédécesseur dans la responsabilité des relations internationales du territoire auquel se rapporte la succession d'États ;

[...]

Article 5

Cas de succession d'États visés par le présent projet d'articles

Le présent projet d'articles s'applique uniquement aux effets d'une succession d'États se produisant conformément au droit international, et plus particulièrement aux principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies.

[...]

Article 7

Faits ayant un caractère continu

Lorsqu'un fait internationalement illicite d'un État successeur a un caractère continu par rapport à un fait internationalement illicite d'un État prédécesseur, la responsabilité internationale de l'État successeur s'étend uniquement aux conséquences de son propre fait après la date de la succession d'États. Si et dans la mesure où l'État successeur reconnaît et adopte comme étant sien le fait de l'État prédécesseur, la responsabilité internationale de l'État successeur s'étend également aux conséquences de ce fait.

Article 8

Attribution du comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre

1. Le comportement d'un mouvement, insurrectionnel ou autre, qui parvient à créer un nouvel État sur une partie du territoire d'un État prédécesseur ou sur un territoire administré par celui-ci est considéré comme le fait du nouvel État au regard du droit international.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à l'État prédécesseur de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu des règles de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

Article 9

Cas de succession d'États dans lesquels l'État prédécesseur continue d'exister

1. Lorsqu'un fait internationalement illicite a été commis par un État prédécesseur avant la date de la succession d'États et l'État prédécesseur continue d'exister, un État lésé reste en droit d'invoquer la responsabilité de l'État prédécesseur même après la date de la succession :

a) Dans le cas où une partie du territoire de l'État prédécesseur, ou tout territoire des relations internationales duquel l'État prédécesseur est responsable, devient partie du territoire d'un autre État ;

b) Dans le cas où une partie ou des parties du territoire de l'État prédécesseur se séparent de celui-ci pour former un État ou plusieurs États ; ou

c) Dans le cas où un État successeur est un État nouvellement indépendant dont le territoire était, immédiatement avant la date de la succession d'États, un territoire dépendant des relations internationales duquel l'État prédécesseur était responsable.

2. Dans des circonstances particulières, l'État lésé et l'État successeur s'efforcent de conclure un accord en vue de réparer le préjudice.

3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de toute répartition convenue ou de tout autre accord conclu entre l'État prédécesseur et l'État successeur lors de l'application desdits paragraphes.

2. Texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session

165. Le texte des projets d'article et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session est reproduit ci-après.

Article 7

Faits ayant un caractère continu

Lorsqu'un fait internationalement illicite d'un État successeur a un caractère continu par rapport à un fait internationalement illicite d'un État prédécesseur, la responsabilité internationale de l'État successeur s'étend uniquement aux conséquences de son propre fait après la date de la succession d'États. Si et dans la mesure où l'État successeur reconnaît et adopte comme étant sien le fait de l'État prédécesseur, la responsabilité internationale de l'État successeur s'étend également aux conséquences de ce fait.

Commentaire

1) Le projet d'article 7 porte sur la succession de l'État en matière de responsabilité de l'État à l'égard des faits à caractère continu dont la réalisation, commencée par l'État prédécesseur, est poursuivie par l'État successeur. Il a été jugé essentiel de déterminer et de définir la portée de la responsabilité de l'État prédécesseur et de l'État successeur en pareilles circonstances.

2) Le projet d'article 7, qui doit être interprété dans le contexte des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁴⁰⁶, concerne les faits ayant un caractère continu⁴⁰⁷.

3) La première phrase du projet d'article 7 énonce la règle fondamentale selon laquelle, lorsqu'un fait internationalement illicite continue de se produire après la succession d'États, la responsabilité internationale de l'État successeur s'étend uniquement aux conséquences de son propre fait après la date de la succession⁴⁰⁸. Cela signifie que l'État successeur est tenu responsable seulement lorsque le fait internationalement illicite peut lui être attribué, et non lorsqu'il est attribuable à l'État prédécesseur. Cette conclusion s'inscrit dans le droit fil des dispositions du paragraphe 2 de l'article 14 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, aux termes duquel « [l]a violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale ».

⁴⁰⁶ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *l'Annuaire de la Commission du droit international, 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 76 et 77.

⁴⁰⁷ Art. 14, *ibid.*, à la page 59, voir aussi le paragraphe 5 du commentaire de l'article 14 des articles sur la responsabilité de l'État, *ibid.*, à la page 63.

⁴⁰⁸ *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni) [Réclamations dans la zone espagnole du Maroc]* (1925), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 615 à 742, aux pages 648 et 649.

4) Après la première phrase qui énonce la règle en cas de succession, la deuxième phrase de l'article 7 concerne certaines circonstances exceptionnelles. Elle dispose que la responsabilité internationale de l'État successeur s'étend aussi au fait de l'État prédécesseur uniquement si, et dans la mesure où, l'État successeur reconnaît et adopte le fait de l'État prédécesseur comme étant sien. Cette conclusion découle des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite sur lesquels elle fait fond, en particulier l'article 11, qui dispose qu'un « comportement qui n'est pas attribuable à l'État [...] est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien⁴⁰⁹ ». Ainsi, dans l'affaire des *Phares*, le tribunal arbitral a déclaré la Grèce responsable de la rupture d'un accord de concession conclue par la Crète à une époque où celle-ci était un territoire autonome de l'Empire ottoman, en partie au motif que la rupture avait été endossée par la Grèce comme si cette infraction était régulière et finalement maintenue par elle, même après l'acquisition de la souveraineté territoriale sur l'île en question. Quand bien même la réclamation concernait la rupture d'un accord de concession, si l'État successeur, confronté à un fait illicite continu sur son territoire, endosse et maintient la situation, il peut aisément être inféré qu'il a assumé la responsabilité du fait illicite⁴¹⁰.

Article 8

Attribution du comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre

1. Le comportement d'un mouvement, insurrectionnel ou autre, qui parvient à créer un nouvel État sur une partie du territoire d'un État prédécesseur ou sur un territoire administré par celui-ci est considéré comme le fait du nouvel État au regard du droit international.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à l'État prédécesseur de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu des règles de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

Commentaire

1) Ce projet d'article porte sur le cas particulier du comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre.

2) Le paragraphe 1 rappelle la règle régissant l'attribution du comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel État, énoncée au paragraphe 2 de l'article 10 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁴¹¹. Le libellé du paragraphe 1 du projet d'article 8 reprend celui du paragraphe 2 de l'article 10 de ces articles, à cette différence près qu'il fait référence à un État « prédécesseur » et non à un État « préexistant ».

3) Le paragraphe 2 est une clause « sans préjudice » qui permet de tenir compte des cas dans lesquels un État qui était à même d'adopter des mesures de surveillance, de prévention ou de répression à l'égard du mouvement s'est abstenu de le faire. Ce paragraphe est calqué sur le paragraphe 3 de l'article 10 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, mais fait référence à l'« État prédécesseur », ce qui permet de replacer la disposition dans le contexte de la succession d'États. La formule « règles de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » doit être comprise comme renvoyant aux règles du droit international régissant l'attribution, qui sont, pour l'essentiel,

⁴⁰⁹ Voir le paragraphe 1 du commentaire de l'article 11 des articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 77, à la page 55.

⁴¹⁰ *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII (1956), p. 155, aux pages 197 et 198 ; voir aussi le paragraphe 3 du commentaire de l'article 11 des articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 77, à la page 52.

⁴¹¹ *Ibid.*, à la page 53 ; [A/CN.4/719](#) (deuxième rapport du Rapporteur spécial), par. 107 à 121.

énoncées aux articles 4 à 11 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁴¹².

Article 9

Cas de succession d'États dans lesquels l'État prédécesseur continue d'exister

1. Lorsqu'un fait internationalement illicite a été commis par un État prédécesseur avant la date de la succession d'États et l'État prédécesseur continue d'exister, un État lésé reste en droit d'invoquer la responsabilité de l'État prédécesseur même après la date de la succession :

a) Dans le cas où une partie du territoire de l'État prédécesseur, ou tout territoire des relations internationales duquel l'État prédécesseur est responsable, devient partie du territoire d'un autre État ;

b) Dans le cas où une partie ou des parties du territoire de l'État prédécesseur se séparent de celui-ci pour former un État ou plusieurs États ; ou

c) Dans le cas où un État successeur est un État nouvellement indépendant dont le territoire était, immédiatement avant la date de la succession d'États, un territoire dépendant des relations internationales duquel l'État prédécesseur était responsable.

2. Dans des circonstances particulières, l'État lésé et l'État successeur s'efforcent de conclure un accord en vue de réparer le préjudice.

3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de toute répartition convenue ou de tout autre accord conclu entre l'État prédécesseur et l'État successeur lors de l'application desdits paragraphes.

Commentaire

1) Le projet d'article 9 concerne la rétention des obligations de l'État prédécesseur qui a commis un fait internationalement illicite lorsque cet État continue d'exister après la date de la succession d'États et envisage la possibilité pour l'État successeur et l'État lésé de conclure un accord. Ce cas de figure peut se présenter en cas de séparation d'une ou de plusieurs parties d'un État, de création d'un État nouvellement indépendant ou de transfert d'une partie du territoire d'un État.

2) Le paragraphe 1 pose la règle selon laquelle, lorsqu'un fait internationalement illicite a été commis par un État prédécesseur avant la date de la succession d'États et l'État prédécesseur continue d'exister selon l'une des trois modalités susmentionnées, un État lésé reste en droit d'invoquer la responsabilité de l'État prédécesseur même après la date de la succession. Le droit de l'État lésé d'invoquer la responsabilité de l'État prédécesseur subsiste donc après la date de la succession d'États⁴¹³, dimension qui est reflétée par l'emploi des formules « continue d' » et « même après la date de la succession ».

3) Le texte fait fond sur les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite en utilisant la formule « invoquer la responsabilité », qui permet de renvoyer à l'ensemble des règles relatives à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. En outre, l'État prédécesseur peut continuer d'invoquer des circonstances excluant l'illicéité d'un fait internationalement illicite⁴¹⁴.

⁴¹² Voir le paragraphe 1 du commentaire du chapitre II des articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 77, à la page 39.

⁴¹³ Voir W. Czaplinski, « La continuité, l'identité et la succession d'États – évaluation de cas récents », *Revue belge de droit international*, vol. 26 (1993), p. 375 à 392, à la page 388 ; M. Koskenniemi, Report of the Director of the English-speaking Section of the Centre, *State Succession: Codification Tested against the Facts*, p. 71 et 119 et suiv. ; P. Pazartzis, *La succession d'États aux traités multilatéraux à la lumière des mutations territoriales récentes* (Paris, Pedone, 2002), p. 55 et 56.

⁴¹⁴ Voir les articles 20 à 27 des articles sur la responsabilité de l'État et les commentaires y relatifs, *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 77, aux paragraphes 72 à 86. Voir aussi Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 76, Session de Tallinn (2015), « La succession d'États en

4) Le paragraphe 2 traite des situations exceptionnelles dans lesquelles il existe un lien direct entre le fait ou ses conséquences et le territoire de l'État ou des États successeurs. En pareilles circonstances, l'État prédécesseur peut ne pas être en mesure de réparer seul le préjudice et avoir besoin de la coopération de l'État successeur. Le paragraphe 2 ne prévoit pas le transfert automatique d'obligations à l'État successeur ; il précise simplement qu'un accord peut être conclu entre les États en fonction de la situation et du type de réparation le plus approprié⁴¹⁵.

5) Le membre de phrase « dans des circonstances particulières » couvre les différentes situations dans lesquelles un État successeur peut être amené à réparer le préjudice causé. Ainsi, il y aurait sans doute matière à faire intervenir l'État successeur lorsqu'il y a lieu à restitution de bien pour se décharger de la responsabilité, ou lorsqu'il existe un lien entre le territoire de l'État successeur, ou un organe de l'État successeur, et le fait internationalement illicite⁴¹⁶, ou encore pour réparer le préjudice toutes les fois que l'état successeur s'enrichirait sans cause du fait illicite commis avant la date de la succession. Ce peut être le cas, par exemple, si l'État successeur conserve sur son territoire une usine expropriée appartenant à des investisseurs étrangers ou une œuvre d'art appartenant à un autre État.

6) Le paragraphe 3 traite de la notion de responsabilité partagée et de la répartition de la responsabilité entre l'État prédécesseur et l'État successeur dans le cadre d'un accord. Il est sans préjudice du contenu des paragraphes 1 et 2 et réaffirme la règle énoncée au paragraphe 2 du projet d'article 1, à savoir que « [l]e présent projet d'articles s'applique en l'absence d'une solution différente convenue par les États concernés ». Étant donné que différentes formes de réparation peuvent être opportunes selon les circonstances, le paragraphe 3 n'envisage pas uniquement la question de la répartition de la responsabilité sous l'angle financier du versement d'indemnités, et laisse à l'État prédécesseur et à l'État successeur la possibilité de s'entendre par voie d'accord sur la forme de réparation à accorder.

matière de responsabilité internationale », quatorzième Commission, Rapporteur : Marcelo Kohen, résolution, p. 703, à la page 705.

⁴¹⁵ A/CN.4/719 (deuxième rapport du Rapporteur spécial), par. 98 à 103.

⁴¹⁶ P. Dumberry, « Is a new State responsible for obligations arising from internationally wrongful acts before its independence in the context of secession? », *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international*, vol. 43 (2005), p. 419 à 454, aux pages 429 et 430.

Chapitre VIII

Principes généraux du droit

A. Introduction

166. À sa soixante-dixième session (2018), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Principes généraux du droit » à son programme de travail et a désigné M. Marcelo Vázquez-Bermúdez Rapporteur spécial. Au paragraphe 7 de sa résolution 73/265 du 22 décembre 2018, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission.

167. À sa soixante et onzième session (2019), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/732), dans lequel celui-ci exposait l'approche retenue pour la délimitation du sujet et sa conception du résultat des travaux, ainsi que les principales questions que la Commission devrait examiner dans ce cadre. À l'issue du débat en plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 1 à 3, tels qu'ils figuraient dans le premier rapport du Rapporteur spécial. Elle a ensuite pris note du rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction sur le projet de conclusion 1 provisoirement adopté par le Comité en anglais seulement, qui lui avait été présenté à titre informatif⁴¹⁷.

168. À sa soixante et onzième session également, la Commission a prié le Secrétariat de faire une étude sur la jurisprudence des tribunaux arbitraux interétatiques, la jurisprudence des juridictions pénales internationales de caractère universel et les traités susceptibles de présenter un intérêt particulier pour ses travaux futurs sur la question.

B. Examen du sujet à la présente session

169. À la présente session, la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/741 et Corr. 1). Dans ce rapport, le Rapporteur spécial examinait la détermination des principes généraux du droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et proposait six projets de conclusion. Il formulait également des suggestions concernant le programme de travail futur sur le sujet. La Commission était également saisie d'une étude qu'elle avait prié le Secrétariat de faire sur la jurisprudence des tribunaux arbitraux interétatiques, la jurisprudence des juridictions pénales internationales de caractère universel et les traités susceptibles de présenter un intérêt particulier pour ses travaux futurs sur le sujet (A/CN.4/742).

170. La Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial à ses 3536^e, 3538^e et 3539^e séances, et de sa 3541^e à sa 3546^e séances, du 12 au 21 juillet 2021.

171. À sa 3546^e séance, le 21 juillet 2021, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 4 à 9, tels qu'ils figuraient dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, en tenant compte des vues exprimées pendant le débat en plénière⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Le rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction peut être consulté dans le Guide analytique des travaux de la Commission du droit international, à l'adresse suivante :

http://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml.

⁴¹⁸ Les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport sont reproduits ci-après :

Projet de conclusion 4

Détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux

Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, il est nécessaire de rechercher :

a) s'il existe un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde ;

b) si ce principe est transposé dans le système juridique international.

172. À sa 3557^e séance, le 3 août 2021, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.955 et Add.1) sur les projets de conclusions 1 (en français et en espagnol), 2, 4 et 5, provisoirement adoptés par le Comité à la présente session⁴¹⁹. À la même séance, elle a provisoirement adopté les projets de conclusions 1, 2 et 4 (voir *infra* la section C.1) et pris note du projet de conclusion 5. À ses 3561^e et 3563^e séances, les 5 et 6 août 2021, la Commission a adopté les commentaires des projets de conclusions 1, 2 et 4 provisoirement adoptés à la présente session (voir *infra* la section C.2).

1. Présentation du deuxième rapport par le Rapporteur spécial

173. Le Rapporteur spécial a rappelé la complexité du sujet, faisant observer que les principes généraux du droit étaient l'une des trois principales sources du droit international et qu'il fallait, de ce fait, les analyser de manière rigoureuse et exhaustive. Il a indiqué que son deuxième rapport était consacré à la méthode de détermination des principes généraux du droit. Il a rappelé les débats fructueux qui s'étaient tenus au sein de la Commission et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, et en a retenu six points principaux.

Projet de conclusion 5

Détermination de l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde

1. Pour déterminer l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde, il est nécessaire de procéder à une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux.
2. L'analyse comparative doit être large et représentative ; elle doit englober différentes familles juridiques et régions du monde.
3. L'analyse comparative comprend un examen des législations et jurisprudences nationales.

Projet de conclusion 6

Constat de la transposition dans le système juridique international

Un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde est transposé dans le système juridique international :

- a) s'il est compatible avec les principes fondamentaux du droit international ;
- b) si sont réunies les conditions de sa bonne application dans le système juridique international.

Projet de conclusion 7

Détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international

Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international, il est nécessaire d'établir :

- a) que le principe est largement reconnu dans les traités et autres instruments internationaux ;
- b) que le principe est au fondement de règles générales du droit international conventionnel ou coutumier ; ou
- c) que le principe est inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international.

Projet de conclusion 8

Décisions de juridictions

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de principes généraux du droit constituent un moyen auxiliaire de détermination desdits principes.
2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de principes généraux du droit, à titre de moyen auxiliaire de détermination de tels principes.

Projet de conclusion 9

Doctrines

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des principes généraux du droit.

⁴¹⁹ La déclaration correspondante du Président du Comité de rédaction peut être consultée dans le Guide analytique des travaux de la Commission du droit international, à l'adresse suivante : http://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml.

174. Premièrement, le Rapporteur spécial a rappelé qu'il existait un consensus général quant aux limites du sujet et la forme que devait prendre le résultat final des travaux de la Commission. Les membres de la Commission et les États au sein de la Sixième Commission avaient largement convenu que les travaux sur le sujet devaient porter sur la nature juridique des principes généraux du droit comme source du droit international, sur leur portée, leurs fonctions et leurs rapports avec les autres sources du droit international, ainsi que sur la méthode permettant d'en déterminer l'existence. Il était également convenu que le texte issu des travaux de la Commission prendrait la forme de projets de conclusion assortis de commentaires.

175. Deuxièmement, le Rapporteur spécial a rappelé que, de l'avis général, le point de départ des travaux de la Commission devait être l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, analysé à la lumière de la pratique des États et de la jurisprudence.

176. Troisièmement, il a rappelé qu'il existait un large consensus sur le fait que la reconnaissance était la condition essentielle de l'existence et de la détermination des principes généraux du droit.

177. Quatrièmement, il était généralement admis tant au sein de la Commission que de la Sixième Commission que l'expression « nations civilisées », employée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour était anachronique et devait être évitée.

178. Cinquièmement, le Rapporteur spécial a rappelé que l'idée selon laquelle il existait une catégorie de principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux avait recueilli un soutien quasi unanime, tout comme l'essentiel de la méthode pour déterminer ces principes.

179. Enfin, s'agissant de la seconde catégorie de principes généraux du droit proposée dans le premier rapport, ceux formés dans le cadre du système juridique international, le Rapporteur spécial a constaté que certains membres de la Commission et certains États à la Sixième Commission étaient favorables à ce qu'on la retienne, mais que d'autres membres et certaines délégations avaient exprimé des doutes la concernant.

180. Le Rapporteur spécial a indiqué que son deuxième rapport se divisait en cinq parties : la première contenait quelques considérations générales relatives à la détermination des principes généraux du droit ; les deuxième et troisième traitaient de la méthode à suivre pour déterminer, respectivement, les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et ceux formés dans le cadre du système juridique international ; la quatrième portait sur les moyens auxiliaires de détermination des principes généraux du droit ; la cinquième présentait brièvement la suite des travaux de la Commission sur le sujet. Le rapport contenait des propositions pour six projets de conclusion.

181. Lorsqu'il a introduit la première partie, le Rapporteur spécial a insisté sur les trois observations suivantes : a) dans ses travaux, la Commission devrait se limiter à préciser la méthode par laquelle l'existence et le contenu des principes généraux du droit pouvaient être établis à tel ou tel moment ; b) tant les membres de la Commission que les États au sein de la Sixième Commission s'accordaient en général sur le fait que la reconnaissance était une condition indispensable à l'existence d'un principe général du droit ; c) l'expression « l'ensemble des nations », employée au paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁴²⁰, en référence aux principes généraux du droit, devrait remplacer la formule « nations civilisées ».

182. La deuxième partie du rapport portait sur la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Au chapitre I était succinctement exposée l'approche de base retenue à cette fin, à savoir que pour déterminer les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, il fallait procéder à une analyse en deux étapes. Les chapitres II et III étaient consacrés à une analyse détaillée de chacune de ces étapes. Le chapitre IV portait sur ce qui distinguait la méthode de détermination des principes

⁴²⁰ New York, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668, p. 186.

généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux de la méthode de détermination du droit international coutumier.

183. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'il ressortait de la pratique comme de la doctrine qu'une analyse en deux étapes était nécessaire pour déterminer les principes généraux du droit et qu'elle consistait : a) premièrement, à déterminer l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde ; b) deuxièmement, à établir que ce principe était transposé dans le système juridique international.

184. Mettant en avant les conclusions concrètes du rapport concernant la première étape, le Rapporteur spécial a souligné les points suivants : a) il fallait procéder à une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux pour montrer qu'un principe leur était commun ; b) pour s'assurer qu'un principe était effectivement reconnu par l'ensemble des nations, il convenait d'examiner le plus grand nombre possible de systèmes juridiques nationaux ; c) il n'était pas nécessaire d'examiner les systèmes juridiques de tous les États de la planète ; d) il était proposé que l'expression « principaux systèmes juridiques du monde », déjà employée dans le Statut de la Cour internationale de Justice et dans le Statut de la Commission, soit retenue pour décrire le champ de l'analyse, qui englobait les différentes familles juridiques et régions du monde ; e) le test du caractère commun ne posait pas de difficulté particulière en ce qu'il consistait à comparer les règles existant dans les systèmes juridiques nationaux pour déterminer le principe juridique qui leur était commun ; f) les éléments à prendre en considération aux fins de l'analyse étaient les sources juridiques internes des États, comme la législation et les décisions des juridictions nationales, en tenant compte des caractéristiques de chaque système juridique national ; g) il était possible de soutenir que si une organisation internationale avait reçu le pouvoir d'édicter des règles contraignantes pour ses États membres et directement applicables dans les systèmes juridiques de ceux-ci, ces règles pouvaient être prises en considération dans l'analyse comparative.

185. Concernant la deuxième étape de l'analyse, le Rapporteur spécial a fait remarquer que la transposition d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde dans l'ordre juridique international n'était pas automatique. Elle était subordonnée à la présence des deux éléments ci-après : a) le principe devait être compatible avec les principes fondamentaux du droit international ; b) les conditions de sa bonne application dans l'ordre juridique international devaient être réunies. Le Rapporteur spécial a également fait observer que la compatibilité du principe en question avec les règles du droit international conventionnel ou coutumier n'était pas une condition de sa transposition, étant donné l'absence de hiérarchie entre les sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il a aussi indiqué à cet égard qu'en cas de conflit entre normes relevant des trois sources il conviendrait de recourir à des principes comme celui de la *lex specialis*.

186. La troisième partie du rapport était consacrée à la détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Au chapitre I, le Rapporteur spécial rappelait les principaux points qui avaient été soulevés au cours des débats tenus par la Commission du droit international en 2019, à sa soixante et onzième session, et par la Sixième Commission à la soixante-quatorzième session de l'Assemblée générale, et exposait l'approche générale qu'il avait suivie. Le chapitre II portait sur la méthode retenue pour établir l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Le chapitre III traitait du point de savoir en quoi cette méthode différait de la méthode de détermination du droit international coutumier.

187. Le Rapporteur spécial a rappelé que, si des membres de la Commission et des États au sein de la Sixième Commission avaient accepté l'existence de la seconde catégorie de principes généraux du droit, et l'analyse qu'il en avait faite dans le premier rapport, des avis divergents s'étaient aussi exprimés au sein des deux instances. Il a indiqué que les principaux doutes émis tenaient au fait que la pratique était insuffisante ou non concluante dans ce domaine, à la difficulté de distinguer entre ces principes et le droit international coutumier, et au risque éventuel que les critères de détermination des principes généraux relevant de cette catégorie ne soient pas suffisamment stricts, de sorte que lesdits principes pourraient être trop facilement invoqués.

188. La quatrième partie du rapport était consacrée aux moyens auxiliaires de détermination des principes généraux du droit. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'approche retenue dans cette partie était fondée sur les conclusions auxquelles la Commission était parvenue dans ses travaux sur la détermination du droit international coutumier⁴²¹. Il a fait observer qu'en principe l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice s'appliquait de la même manière au droit international coutumier et aux principes généraux du droit. À son avis, les termes « règles de droit » figurant dans cette disposition renvoyaient manifestement aux trois sources du droit international énumérées à l'alinéa précédent.

189. Dans la cinquième partie du rapport, le Rapporteur spécial présentait brièvement son programme de travail futur. Il se proposait de traiter dans son rapport suivant des fonctions des principes généraux du droit et de leurs rapports avec d'autres sources du droit international, ajoutant que ce rapport lui fournirait aussi l'occasion d'examiner les questions susceptibles d'être soulevées au sujet de son deuxième rapport au cours des débats à la soixante-douzième session de la Commission.

190. Pour conclure, le Rapporteur spécial a réitéré sa proposition tendant à ce que la Commission fournisse à la fin de ses travaux une « bibliographie largement représentative » reprenant les principaux écrits relatifs aux principes généraux du droit et rappelé qu'à la soixante et onzième session de la Commission cette proposition avait reçu l'appui de plusieurs membres.

2. Résumé des débats

a) Observations d'ordre général

191. Dans l'ensemble, les membres de la Commission ont accueilli favorablement le deuxième rapport du Rapporteur spécial et pris note avec intérêt de l'étude du Secrétariat. Certains membres ont relevé l'importance du sujet et souligné qu'il fallait faire preuve de prudence s'agissant de l'examen de questions relatives aux sources du droit international.

192. Concernant les aspects méthodologiques du rapport, plusieurs membres ont félicité le Rapporteur spécial pour son étude de la pratique des États ainsi que de la jurisprudence et de la doctrine pertinentes. D'aucuns ont appelé à la prudence concernant l'utilisation d'opinions que des États auraient exprimées sur le sujet pendant un litige, et fait remarquer qu'en tout état de cause il convenait de peser soigneusement les différents points de vue des parties à un litige.

193. Certains membres ont réaffirmé qu'ils partageaient l'avis du Rapporteur spécial selon lequel le sujet portait sur les points suivants : la nature juridique des principes généraux du droit comme source du droit international ; la portée des principes généraux du droit, c'est-à-dire l'origine de ces principes et les catégories dans lesquelles ils s'inscrivaient ; les fonctions des principes généraux du droit et leurs rapports avec les autres sources du droit international ; et la détermination des principes généraux du droit. La proposition de présenter le résultat des travaux sous la forme d'un projet de conclusions assorti de commentaires a de nouveau recueilli l'approbation.

194. Plusieurs membres ont rappelé que les travaux de la Commission devaient prendre comme point de départ l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. D'aucuns étaient d'avis que l'intitulé du sujet devrait faire clairement et expressément référence à cette disposition. Plusieurs membres ont fait observer que les principes généraux du droit constituaient une source autonome du droit international et que, si aucune hiérarchie n'existait entre les sources énumérées dans le Statut, les principes généraux du droit jouaient un rôle auxiliaire ou complémentaire. Certains membres ont relevé que la fonction des principes généraux du droit, tels que les rédacteurs du Statut de la Cour

⁴²¹ Résolution 73/203 de l'Assemblée générale en date du 20 décembre 2018, annexe. Le texte du projet de conclusions adopté par la Commission et les commentaires y relatifs figurent dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n°10 (A/73/10)*, par. 65 et 66.

permanente de Justice internationale⁴²² les avaient conçus, était de combler les lacunes du droit international pour éviter les situations de *non liquet*. Plusieurs membres ont approuvé l'approche générale du Rapporteur spécial consistant à considérer que les critères permettant de déterminer l'existence des principes généraux du droit devaient être à la fois suffisamment stricts pour ne pas servir de raccourci facile pour déterminer les normes du droit international et suffisamment souples pour que l'entreprise de détermination n'apparaisse pas comme une tâche impossible.

195. Les membres qui ont pris la parole en plénière étaient unanimement favorables à l'abandon de l'expression « nations civilisées », employée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Si un certain nombre de membres ont souscrit à la proposition du Rapporteur spécial d'employer les termes « l'ensemble des nations », inspirés du paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, d'autres ont exprimé des doutes quant à ce choix. Certains membres ont jugé nécessaire de réfléchir au sens du mot « nations » dans le contexte du sujet à l'examen. Plusieurs membres ont argué qu'il était approprié, car il renvoyait à des traditions et des systèmes juridiques plus diverses que le mot « États ». Certains se sont dits préoccupés par le fait que le paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne contenait pas les mêmes termes dans les différentes versions linguistiques faisant foi. D'autres expressions ont été proposées, notamment « communauté internationale », « communauté internationale des États », « États » ou « communauté des nations dans son ensemble ».

196. S'agissant de la terminologie à employer en espagnol (« principios generales “de/del” derecho ») et en français (« principes généraux “de/du” droit »), il a été dit qu'il importait de ne pas s'écarter du libellé de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. D'aucuns ont souligné qu'il fallait que les termes retenus correspondent à ceux actuellement employés dans chacune des langues officielles. Cela étant, il a aussi été dit que la terminologie appropriée dépendrait en fin de compte de la portée donnée au sujet par la Commission. Pour certains, la terminologie utilisée-ci, quelle qu'elle soit, ne devait pas modifier le sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38.

197. Plusieurs membres ont convenu que la reconnaissance était une condition indispensable à la détermination de principes généraux du droit. De manière générale, les membres se sont également accordés sur le fait que le sujet couvrait les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Toutefois, si un certain nombre de membres ont expressément admis l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, d'autres ont exprimé des doutes quant à l'opportunité de les inclure dans le champ du sujet ou quant à leur existence en tant que source du droit international. Des membres ont souligné que le terme « principe » et son rapport avec le terme « règle » pourraient nécessiter des éclaircissements.

198. Plusieurs membres ont mis en garde contre l'emploi imprécis de certains termes. Il a été relevé que plusieurs termes distincts comme « droit international général », « principes généraux du droit international » et « principes fondamentaux du droit international » étaient souvent employés de façon indifférenciée dans la pratique et la doctrine. Certains membres ont dit qu'il fallait faire une différence entre « principes », « droit international général » et « principes généraux du droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 ». D'aucuns ont en outre fait observer qu'il convenait de faire la différence entre la notion de principes comme source du droit et celle de principes comme sous-catégorie des règles coutumières ou conventionnelles du droit international.

b) Projets de conclusions 4 à 6

199. S'agissant des projets de conclusion 4 (détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux), 5 (détermination de l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde) et 6 (constat de la transposition dans le système juridique international), les membres ont approuvé, dans l'ensemble, l'analyse en deux étapes proposée par le Rapporteur spécial. Certains doutaient néanmoins que cette

⁴²² Genève, 16 décembre 1920, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 6, n° 170, p. 379.

analyse en deux étapes puisse être réalisée en une seule et même opération double, comme l'avait suggéré le Rapporteur spécial.

200. Pour ce qui était de la première étape, à savoir la détermination de l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde, d'aucuns ont fait observer qu'il n'était pas nécessaire de faire référence, dans le paragraphe 1 du projet de conclusion 5, aux méthodes et techniques de droit comparé à employer aux fins de l'analyse des systèmes juridiques nationaux ; on devait par contre mettre en avant les notions fondamentales que ces systèmes pourraient avoir en commun. Certains ont d'ailleurs estimé qu'il s'agissait plutôt d'un « examen comparatif ».

201. S'agissant du paragraphe 2 du projet de conclusion 5, plusieurs membres ont dit partager l'avis du Rapporteur spécial, qui estimait que l'analyse comparative devait être large et représentative et, partant, qu'il fallait examiner autant de systèmes juridiques internes que possible. Il fallait donc s'assurer que les différents systèmes juridiques du monde étaient pris en considération, y compris, selon qu'il convenait, ceux des peuples indigènes, autochtones ou premiers. Certains ont jugé cette prescription trop stricte, et il a été observé que, dans la pratique, l'analyse comparative n'était pas toujours large et représentative. D'aucuns étaient d'avis que comme l'analyse devait être large et représentative, il en découlait nécessairement qu'elle ne devait pas être très approfondie. L'avis a été exprimé, par ailleurs, que les projets de conclusion ne traitaient pas la question de l'accessibilité des documents juridiques internes.

202. Il a été proposé de modifier le libellé du paragraphe 2 du projet de conclusion 5 en y introduisant une formule semblable à celle employée par la Commission dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, c'est-à-dire en précisant que l'analyse comparative devait être suffisamment large et représentative. Il a également été suggéré que la Commission pourrait souhaiter introduire dans le projet de conclusion 5 l'idée qu'il fallait que le principe en question soit reconnu par un grand nombre de systèmes juridiques nationaux. Il a aussi été proposé de préciser dans le texte que l'analyse devait être souple et effectuée au cas par cas.

203. Certains membres ont exprimé des doutes quant à l'opportunité d'utiliser la notion de « familles juridiques » pour délimiter la portée de l'analyse comparative. Certains ont estimé que la représentation géographique et la langue devraient également compter parmi les critères applicables. On a fait observer qu'il se pouvait qu'un principe ne soit pas partagé par les différents systèmes juridiques nationaux appartenant à une même famille. Si plusieurs membres approuvaient l'emploi de la formule « principaux systèmes juridiques du monde » proposée par le Rapporteur spécial, d'autres ont fait observer que cette expression pouvait porter à croire que c'était la reconnaissance d'un principe par les familles juridiques elles-mêmes qui pouvait être considérée comme déterminante, et non la reconnaissance du principe par les législations nationales appartenant à ces familles. On a estimé que le qualificatif « principaux » n'était pas nécessaire.

204. S'agissant de la proposition figurant au paragraphe 3 du projet de conclusion 5, à savoir que l'analyse comparative devait comprendre un examen des législations et jurisprudences nationales, certains membres l'ont jugée trop contraignante, tandis que d'autres, au contraire, étaient d'avis que le projet de conclusion ne tenait pas compte de toute la diversité des éléments utiles à la détermination des principes du droit émanant des systèmes juridiques nationaux dont le Rapporteur spécial faisait mention dans son rapport. Certains estimaient qu'il fallait également faire référence, dans le projet de conclusion, à la pratique constitutionnelle, administrative ou exécutive.

205. Plusieurs membres se sont dit favorables à ce que l'analyse tienne compte de la pratique des organisations internationales qui avaient reçu le pouvoir d'édicter des règles contraignantes pour leurs États Membres et directement applicables dans les systèmes juridiques de ces États ; d'autres ont toutefois émis des réserves à ce propos. D'aucuns ont estimé que, si elle était retenue, cette proposition devait être justifiée, car l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne disait rien des organisations internationales.

206. À l'instar du Rapporteur spécial, certains ont jugé nécessaire la seconde étape de l'analyse, à savoir le constat de la transposition dans le système juridique international, qui faisait l'objet du projet de conclusion 6, et ont approuvé les deux critères définis aux fins de

la transposition. Cela étant, il a aussi été dit que ces critères semblaient trop compliqués et que la Commission devrait se contenter de dire que la transposition était nécessaire. On a fait observer qu'aucune des affaires mentionnées par le Rapporteur spécial dans son rapport n'étayait l'hypothèse selon laquelle les deux critères devaient être réunis. De l'avis de certains membres, la transposition était non pas une condition à remplir aux fins de la reconnaissance d'un principe, mais plutôt la consécration de ce principe en tant que règle de droit applicable à un différend. On a fait observer, au surplus, que l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne faisait pas mention de la transposition, qui n'était donc pas nécessaire à la reconnaissance, comme le suggérait le Rapporteur spécial. L'idée a été émise que l'on pourrait envisager d'employer le terme « transposabilité » à la place du mot « transposition ».

207. S'agissant du premier élément nécessaire à la transposition au regard de l'alinéa a) du projet de conclusion 6, à savoir la compatibilité avec les principes fondamentaux du droit international, certains membres ont approuvé l'emploi de cette expression, tandis que plusieurs autres ont demandé que des éclaircissements soient apportés sur ce qu'elle signifiait et sur ce qu'elle recouvrait. Certains membres étaient d'avis que la compatibilité devait également être envisagée à la lumière de règles plus spécifiques et plus précises du droit international. Il a été proposé de modifier le libellé de la disposition de façon à préciser que les principes devraient être compatibles avec les « valeurs et principes fondamentaux du droit international », avec les « exigences de l'ordre juridique international » et avec les « éléments fondamentaux de l'ordre juridique international ».

208. Concernant le deuxième élément de la transposition énoncé à l'alinéa b) du projet de conclusion 6, à savoir le fait que devaient être réunies les conditions de la bonne application du principe dans le système juridique international, certains membres ont approuvé le raisonnement qui sous-tendait cette disposition, tandis que d'autres ont estimé que la difficulté d'application n'empêcherait pas la transposition.

209. On a émis l'idée que, parmi les éléments à prendre en compte dans le contexte de la transposition, il faudrait examiner plus avant la nature exacte des sujets de droit auxquels un principe donné s'appliquerait. D'aucuns ont fait observer, en outre, que l'exigence de transposition, telle qu'elle était énoncée dans le projet de conclusions, ne tenait pas compte de la volonté des États d'appliquer tel ou tel principe général du droit à leurs relations juridiques.

c) **Projet de conclusion 7**

210. Concernant le projet de conclusion 7, certains membres partageaient l'avis du Rapporteur spécial quant à l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, et s'accordaient à dire que ces principes avaient pour fondement juridique l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il a été dit que pour éviter un *non liquet*, l'on pourrait s'appuyer non seulement sur les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, mais aussi sur les principes généraux du droit qui trouvaient leur origine dans le système juridique international lui-même. D'aucuns voyaient également dans l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international le signe d'une maturité et d'une complexité croissantes du droit international, lequel devenait de moins en moins tributaire des sources du droit interne pour combler d'éventuelles lacunes. Certains membres ont dit que le texte de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 et de ses travaux préparatoires, ainsi que la jurisprudence, montraient que cette disposition ne limitait pas les principes généraux du droit à ceux découlant des systèmes juridiques nationaux, mais étayait l'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. On a fait observer que la nécessité de définir certaines caractéristiques fondamentales du système juridique international rendait évidente l'existence de la catégorie des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international et que ces principes pourraient permettre de résoudre valablement certaines situations qui ne se rencontraient pas dans les systèmes juridiques nationaux, et auxquelles aucune solution ne pourrait autrement être apportée.

211. D'autres membres ont une nouvelle fois dit douter qu'il faille traiter ces principes dans le contexte du sujet ou que le Statut de la Cour internationale de Justice étaye leur existence. D'aucuns ont dit qu'il ressortait des travaux préparatoires du Statut de la Cour que seuls les principes généraux du droit apparus *in foro domestico*, c'est-à-dire dans le droit interne, étaient visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38, et qu'aucune des affaires citées à l'appui de la théorie de la création de principes généraux au niveau du droit international ne faisait référence à cette disposition. De l'avis de certains, les principes généraux présentés dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial comme relevant de cette catégorie étaient en réalité des règles du droit conventionnel ou coutumier, et les principes généraux du droit visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 étaient exclusivement ceux découlant des systèmes juridiques nationaux. On a fait observer que, si un principe était incorporé dans une convention internationale ou dans le droit international coutumier, il deviendrait une règle de droit international dans le cadre de la source correspondante et non un principe général du droit. On a estimé que, compte tenu du rôle subsidiaire des principes généraux du droit, l'application des principes de la seconde catégorie était soumise à deux conditions préalables : a) l'apparition en droit international d'une question précise devant être tranchée ; et b) le fait qu'aucun principe général du droit découlant des systèmes juridiques nationaux n'ait été trouvé. Des éclaircissements ont été demandés au sujet de la différence entre principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international et droit international coutumier.

212. Concernant la méthode à employer pour déterminer les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, diverses préoccupations ont été exprimées quant aux critères proposés par le Rapporteur spécial dans les trois alinéas du projet de conclusion 7. S'agissant du premier critère, à savoir que le principe devait être largement reconnu dans les traités et autres instruments internationaux, plusieurs membres ont demandé si un principe ainsi établi constituait véritablement une source d'obligations indépendante des règles censées attester sa reconnaissance. De même, on a demandé si un principe ainsi établi pouvait lier des États qui n'auraient pas encore consenti à être liés par les règles conventionnelles en question. On a également fait observer qu'un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international pouvait être énoncé dans des traités et autres instruments sans pour autant y être reconnu. Certains membres ont remis en question le choix du Rapporteur spécial de considérer d'autres instruments, notamment les résolutions de l'Assemblée générale, comme d'éventuels moyens d'établir des principes de cette catégorie. D'autres ont demandé si un principe largement reconnu dans des traités et autres instruments internationaux devait présenter des caractéristiques particulières ou si n'importe quel principe pouvait ainsi devenir un principe général du droit.

213. S'agissant du deuxième critère permettant de reconnaître un principe de cette catégorie, à savoir qu'il ait été établi que le principe était au fondement de règles générales du droit international conventionnel ou coutumier, il a été dit que les termes employés manquaient de précision pour contribuer à déterminer les principes visés et que l'approche déductive proposée par le Rapporteur spécial semblait trop subjective. Il a aussi été dit que ce critère amenait à confondre le processus de détermination des règles du droit international coutumier et celui de la reconnaissance des principes généraux du droit. Certains peinaient encore à comprendre en quoi la détermination des principes qui étaient reconnus par les traités ou qui étaient au fondement de ceux-ci différait de la démarche consistant à donner une signification aux règles conventionnelles en question dans le cadre de leur application ou de leur interprétation. Des préoccupations ont également été exprimées concernant la question de savoir comment la règle de l'objecteur persistant s'appliquerait dans ce contexte.

214. S'agissant du troisième critère de reconnaissance, à savoir que le principe devait être inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international, on a souligné qu'il serait difficile de définir les « caractères essentiels et [les] présupposés fondamentaux du système juridique international » desquels le principe serait déduit. On a également fait observer que la formule semblait créer une confusion entre le processus de détermination des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et celui de la reconnaissance des principes généraux du droit. D'autres membres ont approuvé ce critère, estimant qu'il existait des principes généraux du droit inhérents au système juridique international.

215. Selon un avis exprimé, la seconde catégorie de principes généraux du droit ne devait pas être trop large et elle devait se distinguer clairement des règles existantes du droit international coutumier, afin d'éviter qu'elle ne serve de raccourci pour déterminer des règles coutumières dans les cas où une pratique générale n'existe pas encore.

d) Projets de conclusions 8 et 9

216. S'agissant du projet de conclusion 8 (décisions de juridictions), plusieurs membres ont appuyé l'idée que le rôle des moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international, traités à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, s'appliquait aux principes généraux du droit. Toutefois, l'on s'est demandé si cela équivaldrait à assimiler les « principes » à des « règles ». Plusieurs membres se sont prononcés en faveur du maintien de la cohérence avec les travaux antérieurs de la Commission et, partant, de l'utilisation d'un texte similaire à celui des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, mais d'autres ont exprimé des réserves quant au libellé du projet de conclusion 8. Il a été dit que, dans le cas des principes généraux du droit, les décisions judiciaires internes n'étaient pas des moyens auxiliaires, mais des moyens directs pour la détermination des principes en question.

217. Concernant le projet de conclusion 9 (doctrine), il a été fait observer que la doctrine avait souvent été invoquée pour prouver non pas l'existence de principes généraux du droit, mais la reconnaissance généralisée d'un principe dans les systèmes juridiques nationaux.

218. Enfin, d'aucuns ont suggéré que les résolutions des Nations Unies ou des organes internationaux d'experts pourraient également être des moyens auxiliaires de détermination des principes généraux du droit.

e) Programme de travail futur

219. Dans l'ensemble, les membres ont approuvé la proposition faite par le Rapporteur spécial de traiter les fonctions des principes généraux du droit et leurs relations avec les autres sources du droit dans son troisième rapport. Toutefois, d'aucuns ont estimé qu'il serait difficile pour la Commission de traiter ces points si elle n'examinait pas les processus par lesquels les principes généraux du droit apparaissent, évoluent ou cessent d'exister.

220. Plusieurs propositions ont été faites au Rapporteur spécial pour ses travaux futurs sur le sujet ; on lui a notamment suggéré d'examiner le rapport qu'entretiennent les principes généraux du droit : entre eux ; avec les principes fondamentaux du droit international consacrés dans la Charte des Nations Unies ; avec le droit international souple ; avec les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Il a aussi été dit qu'il conviendrait de se pencher également sur la question des principes généraux du droit à caractère régional, et de déterminer si la notion d'universalité des principes généraux était incompatible avec ces principes régionaux.

221. Certains membres ont suggéré qu'il pourrait être nécessaire d'introduire, dans le projet de conclusions, une section dans laquelle seraient définis les termes y employés. L'idée de consacrer un projet de conclusion aux définitions ou à la présentation des éléments essentiels des principes généraux du droit comme source du droit international a également recueilli un certain soutien.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

222. Lorsqu'il a résumé le débat, le Rapporteur spécial a remercié les membres de la Commission et s'est réjoui de l'intérêt que le sujet avait suscité.

223. Le Rapporteur spécial a rappelé que les membres de la Commission et les États à la Sixième Commission de l'Assemblée générale étaient d'accord que l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice était le point de départ des travaux de la Commission sur le sujet, compte tenu de la pratique des États, de la jurisprudence et de la doctrine pertinente. Selon lui, cela limitait les travaux de la Commission aux principes généraux du droit comme source du droit international, tels qu'ils étaient désignés dans l'article précité.

224. S'agissant des termes employés en espagnol et en français pour rendre l'expression anglaise « general principles of law », le Rapporteur spécial a rappelé que la formule espagnole « principios generales del derecho » et la formule française « principes généraux du droit » avaient été utilisées par la Commission, pas plus tard qu'en 2018, dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier. Il a également rappelé que l'on retrouvait dans certains traités, tels que la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre⁴²³, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁴²⁴ et les statuts d'autres juridictions pénales internationales, les formules « principios generales del derecho » et « principes généraux du droit » en espagnol et en français.

225. Le Rapporteur spécial a constaté qu'une majorité de membres étaient favorables au remplacement de l'expression « nations civilisées », qui figurait à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, par l'expression « l'ensemble des nations », employée quant à elle dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il a cependant aussi pris note des préoccupations exprimées par certains membres quant aux différences de langage observées entre les différentes versions linguistiques du Pacte qui faisaient foi. Pour répondre aux observations des membres selon qui les systèmes juridiques des peuples autochtones, indigènes ou premiers étaient importants dans le contexte de la méthode de détermination des principes généraux du droit, le Rapporteur spécial a proposé de traiter ces points dans les commentaires.

226. S'agissant des observations de certains membres selon lesquelles, dès lors qu'un principe général du droit faisait partie du droit international coutumier, il ne pouvait plus être considéré comme un principe général du droit, le Rapporteur spécial a précisé que la pratique attestait qu'un principe général du droit et des normes découlant d'autres sources de droit international pouvaient coexister.

227. Le Rapporteur spécial a également indiqué qu'une définition des principes généraux du droit serait utile pour clarifier la portée des travaux de la Commission sur le sujet et proposé que la Commission se penche sur cette définition une fois qu'elle aurait examiné les fonctions des principes généraux du droit.

228. Concernant la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, objet du projet de conclusion 4, le Rapporteur spécial a constaté qu'un consensus existait en faveur de l'analyse en deux étapes : la première consistant à établir qu'un principe était commun aux principaux systèmes juridiques du monde ; la seconde, à établir que ce principe était transposé dans le système juridique international.

229. Le Rapporteur spécial a fait remarquer que plusieurs membres avaient approuvé l'emploi de l'expression « principaux systèmes juridiques du monde » pour délimiter la portée de l'analyse comparative à laquelle il fallait procéder pour déterminer des principes généraux du droit, conformément au projet de conclusion 5. Il souscrivait à la suggestion faite en séance plénière d'ajouter, au paragraphe 2 du projet de conclusion 5, le terme « suffisamment », qui permettrait une certaine souplesse, en indiquant que l'analyse devait être « suffisamment large et représentative ».

230. Concernant les opinions divergentes exprimées sur le rôle des organisations internationales dans la détermination de l'existence d'un principe général du droit, le Rapporteur spécial a déclaré que la pratique dans ce domaine avait toujours privilégié l'analyse des systèmes juridiques des États. Il a ajouté que les règles édictées par une organisation internationale pourraient compléter les moyens existants mais non les remplacer.

231. S'agissant de la deuxième étape de l'analyse aux fins de la détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, à savoir la transposition dans le système juridique international, le Rapporteur spécial est revenu sur la proposition faite pendant le débat de remplacer « transposé » par « transposable » dans le libellé de l'article (*transposition* par *transposability*, dans le texte anglais). Il a expliqué qu'il ne s'agissait pas

⁴²³ Genève, 12 août 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, n° 973, p. 287, art. 67.

⁴²⁴ Rome, 17 juillet 1998, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38544, p. 3, art. 21, par. 1 c).

d'une simple question de terminologie, mais bien d'une question de fond. En effet, la transposabilité ne jouerait aucun rôle dans la détermination d'un principe mais désignerait plutôt les critères permettant de déterminer si un principe général du droit reconnu pouvait être appliqué dans un cas particulier. Le Rapporteur spécial a employé le terme « transposition » dans le rapport pour désigner une étape du processus visant à déterminer la teneur des principes généraux du droit dans le système juridique international. Dans certains cas, les principes établis dans les systèmes juridiques nationaux pouvaient s'appliquer dans le système juridique international, leur existence ayant été établie à l'issue de l'analyse comparative. Dans d'autres cas, certains éléments du principe établi au niveau national n'avaient pas été transposés dans le système juridique international.

232. Le Rapporteur spécial a rappelé les deux éléments nécessaires à la transposition des principes généraux du droit, énoncés dans le projet de conclusion 6. Selon le premier, les principes apparus *in foro domestico* devaient être compatibles avec les principes fondamentaux du droit international, qu'il entendait comme les principes consacrés par la Charte des Nations Unies, élaborés par la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies⁴²⁵. Selon lui, la détermination des principes généraux du droit ne devait pas être soumise à l'autorisation d'une norme conventionnelle ou coutumière du droit international, sous peine d'établir une hiérarchie des sources. Il a ajouté que les principes relatifs au conflit de normes, tels que la *lex specialis*, s'appliqueraient. Dans le même temps, le Rapporteur spécial a pris note des différents points de vue exprimés sur la question, qui pourraient être examinés plus avant au sein du Comité de rédaction.

233. S'agissant du deuxième élément nécessaire à la transposition, à savoir l'existence de bonnes conditions pour l'application du principe apparu *in foro domestico* dans le système juridique international, le Rapporteur spécial est convenu avec les membres que l'alinéa b) du projet de conclusion 6 pourrait être simplifié de sorte à signifier clairement qu'il s'agissait de s'assurer qu'un principe pouvait être appliqué sans distorsion ni abus dans le système juridique international.

234. Face à la multitude d'opinions différentes que les membres ont exprimées à propos des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, le Rapporteur spécial a dit que l'examen détaillé de leur existence éventuelle faisait partie des travaux de la Commission sur le sujet. Selon lui, ce serait là une contribution importante au droit international. Le Rapporteur spécial a également précisé que les différents points soulevés par les membres sur les alinéas du projet de conclusion 7 pourraient être examinés au sein du Comité de rédaction.

235. Le Rapporteur spécial a dit qu'il était conscient que la catégorie des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international restait controversée. Il avait pris note de la suggestion, faite par plusieurs membres, d'examiner plus avant la question afin de parvenir à un consensus au sein de la Commission et s'est dit prêt à collaborer avec les membres sur ce point.

236. Concernant les moyens auxiliaires de détermination des principes généraux du droit, le Rapporteur spécial a fait observer que, dans l'ensemble, les membres avaient approuvé l'idée, proposée dans son deuxième rapport, que le rôle des moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international, traités à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, s'appliquait aux principes généraux du droit. Il a réaffirmé que la question du rôle des juridictions internationales dans la formation des principes généraux du droit, au-delà de ce que disait l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut, devait être abordée avec la plus grande prudence.

237. S'agissant du programme de travail futur, le Rapporteur spécial a annoncé son intention de consacrer son troisième rapport aux fonctions des principes généraux du droit et à leur rapport avec les normes découlant d'autres sources du droit international. Il a toutefois fait remarquer que les résultats de l'analyse qui serait réalisée pour le prochain rapport pourraient influencer la méthode de détermination des principes généraux du droit. Il a ajouté

⁴²⁵ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970, annexe.

qu'il tiendrait compte des avis que les membres avaient exprimés au sujet de son deuxième rapport et qu'il reviendrait sur les différents points soulevés pendant le débat.

C. Texte des projets de conclusion sur les principes généraux du droit provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session

1. Texte des projets de conclusion

238. Le texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session est reproduit ci-après.

Conclusion 1 Champ d'application

Les présents projets de conclusion portent sur les principes généraux du droit comme source du droit international.

Conclusion 2 Reconnaissance

Pour qu'un principe général du droit existe, il doit être reconnu par l'ensemble des nations.

Conclusion 4 Détermination des principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux

Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit provenant des systèmes juridiques nationaux, il est nécessaire d'établir :

- a) l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde ; et
- b) la transposition de ce principe dans le système juridique international.

2. Texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session

239. Le texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-douzième session est reproduit ci-après.

Conclusion 1 Champ d'application

Les présents projets de conclusion portent sur les principes généraux du droit comme source du droit international.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 1 est introductif. Il dispose que les projets de conclusion portent sur les principes généraux du droit comme source du droit international. Le terme « principes généraux du droit » est employé dans l'ensemble du projet de conclusions pour désigner « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » mentionnés à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, analysé à la lumière de la pratique des États, de la jurisprudence des cours et tribunaux et de la doctrine⁴²⁶.

⁴²⁶ Tenant compte de la jurisprudence et de la pratique récentes des États, les versions espagnole et française du texte du projet de conclusion 1 contiennent, respectivement, les termes « principios generales del derecho » et « principes généraux du droit ». Il est entendu que l'emploi des termes

2) Le projet de conclusion 1 réaffirme que les principes généraux du droit sont l'une des sources du droit international. La nature juridique de ces principes en tant que source du droit international est confirmée par le fait qu'ils sont cités à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38, aux côtés des traités et du droit international coutumier, parmi les sources du « droit international » que la Cour applique pour régler les différends qui lui sont soumis. En 1920, le paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, prédécesseur de cette disposition, avait été longuement débattu à la Société des Nations, en particulier par le Comité consultatif de juristes, qui avait été créé par le Conseil de la Société des Nations et s'employait à codifier la pratique antérieure à l'adoption du Statut. Depuis, les principes généraux du droit ont été reconnus comme source du droit international tant dans la pratique des États, y compris les traités bilatéraux et multilatéraux, que dans la jurisprudence de différentes juridictions⁴²⁷.

3) Le terme « source du droit international » désigne les processus juridiques et les techniques par lesquels un principe général du droit voit le jour. Le projet de conclusions a vocation à préciser la portée des principes généraux du droit, les procédés permettant de déterminer ces principes, et leurs fonctions et relations avec les autres sources du droit international.

Conclusion 2

Reconnaissance

Pour qu'un principe général du droit existe, il doit être reconnu par l'ensemble des nations.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 2 réaffirme un élément fondamental de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, à savoir que, pour qu'un principe général du droit existe, il doit être « reconnu » par l'ensemble des nations.

2) Dans la pratique des États, la jurisprudence des cours et tribunaux et la doctrine, la reconnaissance apparaît souvent comme la condition essentielle de l'émergence d'un principe général du droit. Ainsi, pour déterminer si un principe général du droit existe à un moment donné, il faut examiner tous les éléments disponibles permettant d'établir que le principe est reconnu. Cette détermination se fait en fonction de critères objectifs exposés dans les projets de conclusion suivants.

3) L'expression « l'ensemble des nations » remplace la formule « les nations civilisées », qui figure à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, parce que cette formule est aujourd'hui jugée anachronique⁴²⁸. Elle est reprise du paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, instrument largement accepté puisqu'il a été ratifié par 173 États⁴²⁹. Les différentes versions linguistiques du projet de conclusion 2 reprennent les termes des versions linguistiques du Pacte qui font foi, à savoir « comunidad internacional » en espagnol et « l'ensemble des nations » en français. Ces termes soulignent que toutes les nations participent de manière égale, sans distinction aucune, à la formation des principes généraux du droit, conformément au principe de l'égalité souveraine énoncé au paragraphe 1 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies.

« del derecho » et « du droit » ne modifient pas et n'ont pas vocation à modifier la substance de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

⁴²⁷ Voir, par exemple, A/CN.4/732 (premier rapport) et A/CN.4/742 (étude du Secrétariat).

⁴²⁸ On a aussi envisagé d'utiliser les expressions « États », « communauté d'États », « la communauté internationale », « nations », « États-nations » et « nations dans leur ensemble ».

⁴²⁹ Le paragraphe 2 de l'article 15 dispose : « Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. ». Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668, p. 187. Voir Nations Unies, *État des traités multilatéraux*, chap. IV.4.

4) L'emploi de l'expression « l'ensemble des nations » ne vient pas modifier la portée ou le contenu de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ni suggérer qu'un principe général du droit doit être reconnu uniformément et collectivement ou que les principes généraux du droit ne peuvent se former que dans le contexte du système juridique international. De surcroît, il faut se garder de confondre « l'ensemble des nations » et « la communauté internationale des États dans son ensemble », formule utilisée à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁴³⁰ dans le contexte des normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

5) L'emploi de l'expression « l'ensemble des nations » n'exclut pas la possibilité que des organisations internationales contribuent, dans certaines circonstances, à la formation des principes généraux du droit.

Conclusion 4

Détermination des principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux

Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit provenant des systèmes juridiques nationaux, il est nécessaire d'établir :

- a) l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde ; et
- b) la transposition de ce principe dans le système juridique international.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 4 porte sur les conditions requises pour déterminer les principes généraux du droit dégagés des systèmes juridiques nationaux. Il dispose que, pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit, il est nécessaire d'établir : a) l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde ; b) la transposition de ce principe dans le système juridique international.

2) Largement admise dans la pratique et la doctrine, cette méthode en deux étapes a vocation à permettre de démontrer qu'un principe général du droit a été « reconnu » au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Elle est objective et doit être appliquée par tous ceux qui sont appelés à déterminer si tel ou tel principe constitue un principe général du droit à un moment donné et quel en est le contenu.

3) L'alinéa a) concerne la première condition, à savoir qu'il faut établir l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde. Il est nécessaire de procéder à cette opération, essentiellement inductive, si l'on veut démontrer qu'un principe juridique est généralement reconnu par l'ensemble des nations. La formule « différents systèmes juridiques du monde » vient souligner que le principe en question doit exister d'une manière générale dans les systèmes juridiques du monde. Elle est vaste et générale et recouvre les divers systèmes juridiques internes dans toute leur variété. Cette condition est décrite plus avant dans le projet de conclusion 5.

4) L'alinéa b) du projet de conclusion 4 concerne la deuxième condition, à savoir qu'il faut établir que le principe commun aux différents systèmes juridiques du monde est transposé dans le système juridique international. Cette condition, décrite plus en avant dans le projet de conclusion [...], doit nécessairement être remplie si l'on veut démontrer que le principe est non seulement reconnu par l'ensemble des nations dans les différents systèmes juridiques internes, mais aussi reconnu comme applicable dans le système juridique international.

⁴³⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 354.

- 5) Employé à l'alinéa b), le terme « transposition » s'entend du processus visant à déterminer si, dans quelle mesure et comment un principe commun aux différents systèmes juridiques nationaux peut s'appliquer dans le système juridique international. Il ne signifie pas qu'un acte de transposition officiel ou exprès est nécessaire.
- 6) « Transposition » a été préféré à « transposabilité », autre terme parfois employé dans ce contexte. La transposition englobe nécessairement la transposabilité, qui désigne l'applicabilité, dans le système juridique international, d'un principe déterminé au moyen de la procédure décrite à l'alinéa a), mais ne permet pas d'établir entièrement que le principe a été transposé.
- 7) Compte tenu des différences entre le système juridique international et les systèmes juridiques internes, il est possible qu'un principe ou certains éléments d'un principe déterminé au moyen du processus décrit à l'alinéa a) ne se prêtent pas à une application dans le système juridique international. La « transposition » laisse donc ouverte la possibilité que le contenu du principe général du droit déterminé au moyen de l'analyse en deux étapes et celui du principe apparu dans les divers systèmes juridiques internes ne soient pas identiques.

Chapitre IX

Élévation du niveau de la mer au regard du droit international

A. Introduction

240. À sa soixante-dixième session (2018), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Élévation du niveau de la mer au regard du droit international » à son programme de travail à long terme⁴³¹.

241. Dans sa résolution 73/265 du 22 décembre 2018, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission et, à cet égard, a demandé à la Commission de tenir compte des commentaires, des préoccupations et des observations formulés par les États au cours du débat à la Sixième Commission.

242. À sa soixante et onzième session (2019), la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail. Elle a également décidé de créer, sur ce sujet, un groupe d'étude à composition non limitée, dont la coprésidence serait assurée, à tour de rôle, par M. Bogdan Aurescu, M. Yacouba Cissé, M^{me} Patrícia Galvão Teles, M^{me} Nilüfer Oral et M. Juan José Ruda Santolaria. Elle a aussi pris note du rapport oral conjoint des Coprésidents du Groupe d'étude⁴³².

243. À cette session également, le Groupe d'étude, coprésidé par M^{mes} Patrícia Galvão Teles et Nilüfer Oral, s'est réuni le 6 juin 2019. Il a examiné un document informel sur l'organisation de ses travaux qui contenait une feuille de route pour la période 2019-2021. Les discussions ont porté sur la composition du Groupe d'étude, son projet de calendrier, son projet de programme de travail et ses méthodes de travail⁴³³.

244. Concernant le programme de travail, et sous réserve des ajustements qui pourraient être nécessaires en raison de la complexité des questions à examiner, le Groupe d'étude devrait travailler sur les trois sous-sujets définis dans le plan d'étude établi en 2018⁴³⁴, à savoir les questions relatives au droit de la mer, sous la coprésidence de M. Bogdan Aurescu et M^{me} Nilüfer Oral, et les questions liées à la condition étatique (« *Statehood* » en anglais) et celles liées à la protection des personnes touchées par l'élévation du niveau de la mer, sous la coprésidence de M^{me} Patrícia Galvão Teles et M. Juan José Ruda Santolaria.

245. S'agissant des méthodes de travail, il a été prévu que le Groupe d'étude se réunirait environ cinq fois par session. Il a été convenu qu'avant chaque session, les Coprésidents établiraient une note thématique qui serait éditée, traduite et diffusée en tant que document officiel et qui servirait de base aux discussions et à la contribution annuelle des membres du Groupe d'étude. Cette note servirait également de base aux rapports que le Groupe d'étude élaborerait ensuite sur chaque sous-sujet. Les membres du Groupe d'étude seraient ensuite invités à soumettre des contributions écrites dans lesquelles ils pourraient commenter ou compléter la note thématique établie par les Coprésidents (en abordant, par exemple, la pratique régionale, la jurisprudence ou tout autre aspect du sous-sujet concerné). Des recommandations seraient formulées par la suite concernant la forme du résultat des travaux du Groupe d'étude.

246. Il a aussi été convenu qu'à la fin de chaque session de la Commission, les travaux du Groupe d'étude seraient exposés dans un rapport qui tiendrait dûment compte de la note thématique établie par les Coprésidents, ainsi que des contributions écrites s'y rapportant reçues des membres, et qui contiendrait un résumé des discussions du Groupe d'étude. Une

⁴³¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10), par. 369.

⁴³² Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10), par. 265 à 273.

⁴³³ Ibid., par. 269.

⁴³⁴ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10), annexe B.

fois le rapport approuvé par le Groupe d'étude, les Coprésidents le présenteraient à la Commission qui pourrait ainsi en faire figurer un résumé dans son rapport annuel.

B. Examen du sujet à la présente session

247. À la présente session, la Commission a reconstitué le Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international, présidé par M. Bogdan Aurescu et M^{me} Nilüfer Oral, les deux Coprésidents chargés des questions relatives au droit de la mer.

248. Conformément au programme et aux méthodes de travail convenus, le Groupe d'étude était saisi de la première note thématique sur le sujet (A/CN.4/740 et Corr.1), établie par M. Aurescu et M^{me} Oral et accompagnée d'une bibliographie préliminaire (A/CN.4/740/Add.1).

249. En raison de l'apparition de la pandémie de COVID-19 et du report de la soixante-douzième session de la Commission qui s'en est suivi, les Coprésidents ont invité les membres de la Commission à leur adresser directement leurs commentaires écrits sur la première note thématique. Après l'achèvement de la note, Antigua-et-Barbuda et la Fédération de Russie ont soumis des informations, qui ont été publiées sur le site Web de la Commission avec les informations précédemment reçues des gouvernements⁴³⁵ en réponse à la demande formulée par la Commission au chapitre III de son rapport annuel de 2019⁴³⁶. Les commentaires du Forum des îles du Pacifique relatifs à la note ont été distribués à tous les membres du Groupe d'étude le 31 mai 2021.

250. Le Groupe d'étude a tenu huit réunions, du 1^{er} au 4 juin et les 6, 7, 8 et 19 juillet 2021⁴³⁷.

251. À sa 3550^e séance, le 27 juillet 2021, la Commission a pris note du rapport oral conjoint des Coprésidents du Groupe d'étude⁴³⁸.

Discussions tenues au sein du Groupe d'étude

252. À la première réunion du Groupe d'étude, qui s'est tenue le 1^{er} juin 2021, la Coprésidente (M^{me} Oral) a indiqué que l'objectif des quatre premières réunions qui se tiendraient pendant la première partie de la session était de permettre un échange de fond, comme dans les séances plénières, sur la première note thématique et sur toutes les questions pertinentes que les membres pourraient souhaiter aborder. Un résumé de cet échange, sous la forme d'un rapport intermédiaire, fonderait les débats du Groupe d'étude aux réunions prévues pendant la seconde partie de la session. Après ces débats, le rapport serait complété, approuvé par le Groupe d'étude puis présenté par les Coprésidents à la Commission pour qu'il figure dans le rapport annuel de celle-ci. Cette procédure, convenue par le Groupe d'étude, est basée sur le rapport de la Commission de 2019.

253. Concernant le fond du sujet, il a été rappelé, ainsi qu'il était indiqué dans le plan d'étude établi en 2018, que les conséquences factuelles de l'élévation du niveau de la mer soulevaient un certain nombre d'importantes questions ressortissant au droit international. Pour autant qu'elles aient un lien avec le droit de la mer, ces questions portaient notamment sur les conséquences juridiques de l'inondation des régions côtières de faible élévation et des îles sur les lignes de base et les espaces maritimes qu'elles déterminent, et sur la délimitation de ces espaces, que ce soit par voie d'accord ou au plan contentieux. Le plan d'étude de 2018 prévoyait de surcroît que pour répondre à ces questions, il convenait d'analyser de manière approfondie le droit international en vigueur, y compris le droit international conventionnel et coutumier, conformément au mandat de la Commission, à savoir le développement

⁴³⁵ Croatie, États fédérés de Micronésie, États-Unis d'Amérique, Maldives, Pays-Bas, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Singapour. Des informations ont également été reçues du Forum des îles du Pacifique. Les informations soumises sont disponibles à l'adresse suivante : https://legal.un.org/ilc/guide/8_9.shtml.

⁴³⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10)*, par. 31 à 33.

⁴³⁷ Voir *supra* le chapitre I pour la composition du Groupe d'étude.

⁴³⁸ Voir A/CN.4/SR.3550.

progressif du droit international et sa codification⁴³⁹. Cette analyse pourrait contribuer aux efforts déployés par la communauté internationale pour déterminer la mesure dans laquelle le droit international actuel est en mesure de répondre aux questions suscitées par l'élévation du niveau de la mer et s'il y a lieu pour les États d'élaborer des solutions pratiques à leur égard.

a) Première note thématique

254. À la première réunion du Groupe d'étude, les Coprésidents (M. Aurescu et M^{me} Oral) ont présenté la première note thématique et résumé les points principaux et les observations préliminaires.

255. Le Coprésident (M. Aurescu) a présenté l'introduction et les première et deuxième parties de la première note thématique. Il a notamment rappelé que l'introduction de la note contenait un récapitulatif des opinions exprimées par les États Membres à la Sixième Commission et a appelé l'attention du Groupe d'étude sur les observations formulées par les délégations à la Sixième Commission, lors de la soixante-quinzième session de l'Assemblée générale (2020), après la publication de la note. Plusieurs délégations s'étaient félicitées de la note thématique⁴⁴⁰, tandis que d'autres y avaient simplement fait référence⁴⁴¹. Le Coprésident a aussi rappelé le champ d'application et le résultat proposé des travaux sur le sujet, les limites qui encadraient les travaux du Groupe d'étude, telles qu'elles avaient été convenues par la Commission, et le fait que l'accent avait été mis sur la pratique des États et des organisations régionales et internationales.

256. Le Coprésident (M. Aurescu) a présenté la partie de la première note thématique consacrée à l'analyse des conséquences juridiques éventuelles de l'élévation du niveau de la mer sur les lignes de base et les limites extérieures des espaces maritimes qu'elles servent à mesurer, ainsi qu'à l'analyse des conséquences de la mobilité de la ligne de base induite par l'élévation du niveau de la mer. Il a ensuite présenté la partie portant sur l'analyse des conséquences juridiques éventuelles de l'élévation du niveau de la mer sur les délimitations maritimes et sur la question de savoir si l'élévation du niveau de la mer constituait un changement fondamental de circonstances au sens du paragraphe 2 de l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969⁴⁴². Enfin, il a exposé les principales observations préliminaires de l'analyse des Coprésidents, présentées aux paragraphes 104 et 141 de la note, concernant d'une part les conséquences juridiques éventuelles de l'élévation du niveau de la mer sur les lignes de base et les limites extérieures des espaces maritimes qu'elles servent à mesurer, et d'autre part les délimitations maritimes, que celles-ci aient été effectuées par voie d'accord ou par la voie juridictionnelle.

⁴³⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, annexe B, par. 5. Le paragraphe 14 du plan d'étude de 2018 dispose notamment : « Le sujet est limité aux conséquences juridiques de l'élévation du niveau de la mer. Sont exclus la protection de l'environnement, les changements climatiques en soi, ainsi que la recherche de la responsabilité de ces phénomènes. Il ne s'agit pas de dresser un inventaire complet et exhaustif de l'application du droit international aux questions soulevées par l'élévation du niveau de la mer, mais plutôt de définir certaines questions principales. Les trois domaines à examiner devraient être analysés dans le contexte de l'élévation du niveau de la mer indépendamment d'autres facteurs susceptibles d'entraîner des conséquences semblables. Il y a lieu, dans la mesure du possible, de s'employer à bien distinguer les conséquences liées à l'élévation du niveau de la mer des autres facteurs. Il n'est pas question de proposer des modifications au droit international en vigueur, notamment à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. D'autres questions pourraient se poser ultérieurement qui exigeraient un travail d'analyse. ».

⁴⁴⁰ Des 25 délégations qui ont fait des déclarations sur les travaux de la Commission, 11 se sont félicitées de la première note thématique (le Belize, au nom de l'Alliance des petits États insulaires, les États fédérés de Micronésie, les Fidji, au nom des petits États insulaires en développement du Pacifique, les Maldives, la Nouvelle-Zélande, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, le Portugal, les Îles Salomon, les Tonga, la Turquie et les Tuvalu, au nom des États du Forum des îles du Pacifique).

⁴⁴¹ Les trois délégations ci-après ont fait référence à la première note thématique : États-Unis d'Amérique, République de Corée et Sierra Leone.

⁴⁴² Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.

257. La Coprésidente (M^{me} Oral) a ensuite présenté la structure et le contenu des troisième et quatrième parties de la première note thématique, en insistant notamment sur les deux questions centrales qui y étaient traitées, à savoir les conséquences juridiques éventuelles du déplacement vers la terre de la ligne de base, nouvellement tracée en raison de l'élévation du niveau de la mer, et les effets de cette élévation sur le statut juridique des îles, des rochers et des hauts-fonds découvrants. Elle a ensuite donné un aperçu des conséquences éventuelles, sur les droits et la juridiction de l'État côtier et des États tiers dans les espaces maritimes établis, d'un déplacement des zones, à savoir lorsqu'une partie des eaux intérieures passe dans les eaux territoriales, une partie des eaux territoriales dans la zone contiguë ou la zone économique exclusive et une partie de la zone économique exclusive dans la haute mer. Elle a ensuite abordé le cas des États archipels dans lesquels l'inondation de petites îles ou de récifs découvrants pourrait modifier les lignes de base archipélagiques et, potentiellement, leur faire perdre leur statut.

258. La Coprésidente (M^{me} Oral) s'est ensuite penchée sur le statut des îles et rochers au sens de l'article 121 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer⁴⁴³ et sur les conséquences non négligeables que pourrait avoir, pour une île, la reclassification en rocher en raison de l'élévation du niveau de la mer, voire en rocher « qui ne se prête pas à l'habitation humaine ou à la vie économique » au sens du paragraphe 3 de l'article 121 de la Convention. Elle a conclu son intervention en mettant l'accent sur plusieurs des observations préliminaires formulées dans la première note thématique (voir les paragraphes 190 et 218 de la note).

b) Pratique des États africains en matière de délimitation maritime

259. Le Coprésident (M. Cissé) a fait un exposé sur la pratique des États africains en matière de délimitation maritime. La délimitation des frontières maritimes étant un processus récent en Afrique, aux enjeux considérables pour les États côtiers, il s'était penché sur la pratique législative, constitutionnelle et conventionnelle de 38 États côtiers africains, ainsi que sur les décisions judiciaires pertinentes rendues par les tribunaux internationaux⁴⁴⁴, afin de déterminer si ces États étaient favorables à des limites maritimes mouvantes ou fixes.

260. Il était ressorti de ces recherches que les éléments existants de pratique législative et constitutionnelle africaine en matière de lignes de base et de frontières maritimes étaient hétérogènes. On ne pouvait donc pas en déduire l'existence d'une *opinio juris* en faveur du caractère soit permanent soit mouvant des lignes de base ou des frontières maritimes. Il n'y avait pas de pratique africaine généralisée car la géographie des côtes était variée, de sorte que l'utilisation des lignes de base, de la marée (haute ou basse) ou de lignes mouvantes ou permanentes pour délimiter les frontières maritimes pouvait se justifier en fonction de la configuration générale des côtes.

261. Néanmoins, de l'avis du Coprésident, l'application des principes du droit international public dans le contexte africain pourrait faire pencher la balance en faveur des lignes de base fixes ou des frontières maritimes permanentes, pour les raisons suivantes :

a) Compte tenu du principe de l'intangibilité des frontières héritées de l'époque coloniale, conformément au principe de l'*uti possidetis juris*, on pouvait supposer qu'une

⁴⁴³ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982), *ibid.*, vol. 1833, n° 31363, p. 3.

⁴⁴⁴ *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 18 ; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 13 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau, sentence du 14 février 1985*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, partie IV, p. 149 à 196 (en français – la version en anglais est disponible dans *International Law Materials*, vol. 25 (1986), p. 251 à 306) ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal, sentence du 31 juillet 1989*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, partie II, p. 119 à 213 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 303 ; *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, TIDM Recueil 2017, p. 4 ; *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2017*, p. 3.

frontière maritime tracée par les anciennes puissances coloniales continuait à s'appliquer aux États nouvellement indépendants sans possibilité de modification ;

b) La limite imposée à l'application du principe *rebus sic stantibus*, à savoir, comme le dispose le paragraphe 2 de l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qu'un changement fondamental de circonstances ne peut avoir d'effet sur un traité établissant une frontière, semblait également applicable aux frontières maritimes puisqu'il était établi dans la jurisprudence qu'il n'y avait pas lieu de faire la distinction entre les frontières terrestres et les frontières maritimes. L'élévation du niveau de la mer ne devrait donc pas, en principe, avoir de conséquences juridiques sur le plan du maintien des frontières déjà délimitées ou des lignes de base ou points de base déjà définis. Le gel des lignes de base pourrait répondre à cette préoccupation ;

c) Compte tenu de l'obligation qu'ont les États de coopérer lorsqu'ils sont dans une impasse ou qu'ils peinent à conclure un accord sur la délimitation de leurs frontières maritimes (recours au paragraphe 3 de l'article 83 ou au paragraphe 3 de l'article 74 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer), la question du règlement des litiges frontaliers pourrait être mise de côté au profit d'autres solutions, telles que l'établissement de zones communes de développement.

c) Résumé de l'échange de vues général qui s'est tenu pendant la première partie de la session

i) Observations d'ordre général

262. Pendant la première partie de la session, des membres du Groupe d'étude ont présenté, oralement ou par écrit, des observations sur la première note thématique.

263. L'importance du sujet et la légitimité des préoccupations exprimées par les États touchés par l'élévation du niveau de la mer, ainsi que la nécessité d'avoir pleinement conscience du caractère urgent du sujet, ont été soulignées. Si certains membres ont insisté sur le fait que l'élévation du niveau de la mer était un phénomène récent survenu au cours des dernières décennies et dont on prévoyait qu'il aurait des conséquences importantes – comme il était signalé dans la première note thématique – d'autres ont estimé que le phénomène n'était ni nouveau, ni soudain. On a avancé qu'il convenait de déterminer l'existence et les effets de deux types d'élévation du niveau de la mer – naturelle et anthropique – et que la hausse et la baisse naturelles du niveau de la mer ou les valeurs extrêmes du niveau de la mer, dues aux tremblements de terre, aux tsunamis ou à d'autres catastrophes naturelles, pouvaient entraîner la modification des côtes. S'agissant de la section III de l'introduction de la note, qui porte sur les conclusions scientifiques, les perspectives sur l'élévation du niveau de la mer et leur relation avec le sujet, d'aucuns se sont dits favorables à ce que l'élévation du niveau de la mer soit traitée comme un fait scientifiquement prouvé dont la Commission pourrait prendre note aux seules fins de ses travaux sur le sujet précis des conséquences juridiques internationales de l'élévation du niveau de la mer. On a aussi fait remarquer que des raisons autres que l'élévation du niveau de la mer pouvaient, au fil du temps, entraîner le déplacement des côtes, comme cela s'était déjà produit par le passé ; toute nouvelle règle justifiée par l'élévation du niveau de la mer devait tenir compte de la pratique dans de tels cas et il serait peut-être nécessaire qu'elle définisse le mécanisme permettant de distinguer un cas d'un autre. En outre, certains ont dit que l'hypothèse posée pour le traitement du sujet était que l'élévation du niveau de la mer résultait des changements climatiques et était donc (principalement) anthropique, tout en rappelant que conformément au plan d'étude de 2018, la marge de manœuvre du Groupe d'étude était limitée, notamment parce que « la recherche de la responsabilité » ne relevait pas du sujet. Par conséquent, le Groupe d'étude devrait examiner le sujet en partant du principe que l'élévation du niveau de la mer causée par les changements climatiques est un fait scientifiquement prouvé.

264. De surcroît, certains ont souligné l'immense défi que constituait la nécessité de comprendre et de chercher à résoudre des questions juridiques et techniques complexes sans perdre de vue leur dimension humaine, ainsi que la difficulté qu'il y avait à évaluer l'ampleur du phénomène et de ses conséquences, y compris au regard du droit de la mer. Néanmoins, les membres ont dans l'ensemble estimé que le sujet revêtait un intérêt particulier et qu'il

soulevait des questions importantes sur lesquelles la Commission pourrait apporter des éclaircissements.

ii) *Observations d'ordre général sur la première note thématique*

265. Certains se sont inquiétés du fait que la première note thématique avait été vue comme reflétant l'opinion de la Commission et que, en raison du report de la soixante-douzième session, elle avait fait l'objet de débats nourris en dehors de la Commission avant que celle-ci ait eu l'occasion de l'étudier. On a fait observer que cette situation était aussi due au fait que, étant donné l'urgence qu'il y avait à examiner ce sujet ô combien important, le Groupe d'étude avait adopté une procédure différente de celle des groupes d'étude précédents. D'aucuns ont toutefois fait remarquer qu'elle n'était pas propre au sujet et qu'il était malheureusement fréquent que les rapports de rapporteurs spéciaux soient considérés comme émanant de la Commission.

266. Certains membres ont souscrit à l'analyse figurant dans la première note thématique, y compris aux observations préliminaires, tandis que d'autres ont fait part de leurs doutes concernant ces observations. Certains sont convenus de la nécessité de préserver la stabilité, la sécurité, la certitude et la prévisibilité, ainsi que l'équilibre des droits et obligations entre les États côtiers et les autres États, mais n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si les observations préliminaires traduisaient bien cette nécessité. Qui plus est, certains membres ont dit que les déclarations des États en faveur de la stabilité, de la certitude et de la prévisibilité pouvaient donner lieu à différentes interprétations et ont remis en question le fait que la note s'appuyait à plusieurs reprises sur les « préoccupations des États Membres ». On a exprimé l'avis que le souci de « stabilité » exprimé par les États n'était pas nécessairement le signe d'une *opinio juris*, comme la note le laissait entendre, dans la mesure où la préférence pour la stabilité pouvait difficilement être considérée comme reflétant l'existence « d'une obligation juridique ou d'un droit » au sens du projet de conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier⁴⁴⁵. D'aucuns ont fait observer que dans la jurisprudence, les termes « stabilité », « certitude » et « prévisibilité » étaient employés dans le contexte de la délimitation des frontières terrestres et non dans celui des délimitations maritimes, pour lequel les considérations étaient différentes. On a aussi avancé que ces termes ne constituaient pas un principe en tant que tel, mais servaient à décrire un phénomène. Le Groupe d'étude a accueilli favorablement la proposition visant à expliciter le sens de « stabilité juridique » dans le contexte du sujet à l'examen, notamment en posant des questions précises aux États Membres, mais a fait remarquer qu'il semblait que, dans leurs interventions à la Sixième Commission, les délégations des États touchés par l'élévation du niveau de la mer entendaient par « stabilité juridique » la nécessité de préserver les lignes de base et les limites extérieures des zones maritimes.

iii) *Examen des vues exprimées à la Sixième Commission et de la pratique des États*

267. Les membres ont constaté que les États qui avaient fait des déclarations sur le sujet à la Sixième Commission s'étaient montrés largement favorables à l'inscription de celui-ci au programme de travail de la Commission. Il a été observé que, de manière générale, les États semblaient s'accorder à dire que le résultat des travaux de la Commission sur le sujet ne devrait pas compromettre la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, ni le modifier. Il a aussi été relevé que les principes de certitude, de sécurité et de prévisibilité et la préservation de l'équilibre des droits et obligations entre les États côtiers et les États sans littoral avaient occupé une place prépondérante dans les déclarations formulées à la Sixième Commission en 2019.

268. La rareté de la pratique étatique, notamment dans certaines régions du monde, a été soulignée. D'aucuns ont soulevé la question de savoir si les déclarations des États et leurs observations sur la pratique étatique devaient être interprétées comme donnant le jour à des *règles émergentes*, ou pouvaient être considérées comme une pratique ultérieure aux fins de l'interprétation des dispositions pertinentes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Certains membres se sont demandé si les déclarations des États en réaction à la

⁴⁴⁵ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10), chap. V, sect. E, conclusion 9.

première note thématique pouvaient suffire à démontrer qu'il existait une pratique étatique en faveur des lignes de base fixes. Il a également été dit qu'eu égard à l'insuffisance de la pratique étatique, les interventions des États à la Sixième Commission revêtaient une importance et une pertinence certaines. Il a été proposé en outre qu'afin de compléter les renseignements qu'elle sollicite des États, la Commission mène des recherches et, notamment, analyse la législation de chacun d'entre eux, ainsi que les notifications de zone maritime transmises par le Secrétaire général dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

iv) *Travaux de l'Association de droit international*

269. Certains membres, appelant l'attention sur les travaux du comité de l'Association de droit international chargé de la question des lignes de base en droit international de la mer et sur ceux du comité sur le droit international et l'élévation du niveau de la mer, ont suggéré que le Groupe d'étude en offre une explication plus détaillée et qu'il en fasse le point de départ de son analyse. Ces membres ont fait observer qu'en 2012, le premier de ces comités avait conclu que la ligne de base normale était mouvante, et que le droit en vigueur n'offrait pas de solution adéquate en cas de perte totale de territoire résultant, par exemple, de l'élévation du niveau de la mer. Il a également été rappelé que le comité sur le droit international et l'élévation du niveau de la mer, créé par la suite, avait recommandé à l'Association l'adoption d'une résolution contenant des propositions *de lege ferenda*, notamment celle selon laquelle les « lignes de base et limites ne devraient pas être [remises en question] si l'élévation du niveau de la mer modifie la réalité physique de la côte ». Cette proposition a été approuvée dans la résolution 5/2018 adoptée par l'Association de droit international à sa soixante-dix-huitième Conférence tenue à Sydney⁴⁴⁶. Il a été en outre suggéré que le Groupe d'étude procède à une analyse des avantages et inconvénients des différentes options possibles, comme l'Association de droit international l'avait fait dans le rapport adopté à sa conférence de Sydney de 2018 sur le droit international et l'élévation du niveau de la mer. En outre, il a été relevé qu'en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, les lignes de base devaient être conformes à la réalité. Il a été fait observer de surcroît que le comité chargé de la question des lignes de base en droit international de la mer n'avait pas considéré ses conclusions de 2012 comme définitives en ce qui concerne les effets de l'élévation du niveau de la mer et avait estimé que l'examen de ces effets devait être poursuivi par le comité sur le droit international et l'élévation du niveau de la mer, lequel a formulé en 2018 la proposition selon laquelle, dans la mesure où elles ont été correctement déterminées en accord avec la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, les lignes de base et les limites extérieures des zones maritimes d'un État côtier ou archipélagique ne devraient pas être recalculées si l'élévation du niveau de la mer modifie la réalité physique de la côte. Il a aussi été souligné que la méthodologie employée par la Commission du droit international, qui travaille en relation étroite avec la Sixième Commission, est différente de celle de l'Association de droit international.

v) *Interprétation de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer : caractère mouvant ou fixe des lignes de base*

270. Certains membres ont fait valoir que la ligne de base normale, telle qu'elle était définie à l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, était la ligne de basse mer, qu'ils considéraient comme mouvante par nature. D'autres membres ont fait observer que la Convention était muette sur le point de savoir si les lignes de base étaient mouvantes ou si leur position devait être régulièrement mise à jour. Les membres ont convenu qu'il importait, voire qu'il était indispensable, de procéder à une évaluation de la pratique étatique concernant le gel des lignes de base et la mise à jour éventuelle des cartes marines. Certains ont exprimé l'opinion selon laquelle les lignes de base n'étaient pas établies par des cartes marines ou des listes, mais par les règles détaillées énoncées dans la Convention et d'autres sources pertinentes, et que les cartes marines et listes mentionnées à l'article 16 de la Convention visaient exclusivement les lignes de base droites ou les lignes de délimitation (et non les lignes de base normales), car le texte de cet article mentionnait expressément le fait

⁴⁴⁶ *International Law and Sea Level Rise: Report of the International Law Association Committee on International Law and Sea Level Rise*, D. Vidas, et al. (dir. publ.), Brill, Leiden, 2019, p. 66 et 67.

que lesdites cartes marines et listes devaient être produites conformément aux dispositions des articles 7, 9 et 10 de la Convention. Il a également été souligné qu'il importait de distinguer entre les points de base (qui sont pertinents pour les délimitations maritimes en tant qu'ils sont choisis comme points de référence sur les côtes pertinentes) et les lignes de base (utilisées pour établir les limites extérieures des espaces maritimes), car l'élévation du niveau de la mer avait des conséquences différentes pour ces deux éléments, de sorte qu'il n'était pas exclu qu'ils requièrent des solutions juridiques différentes.

271. Si certains membres ont considéré que l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer réglait sans ambiguïté la question du caractère mouvant des lignes de base normales, d'autres ont jugé que cette disposition pouvait recevoir une interprétation différente. Il a été rappelé qu'il n'était pas question de l'élévation du niveau de la mer dans les travaux préparatoires de la Convention. Certains membres ont affirmé que la Convention était du reste complètement muette sur cette question, y compris s'agissant des lignes de base et de la mise à jour des cartes marines. D'autres ont estimé que, même si l'élévation du niveau de la mer n'était pas abordée, la question de la modification de l'emplacement des lignes de base était mentionnée, notamment en lien avec leur détermination dans des contextes particuliers (comme ceux des deltas). Il a toutefois été dit aussi qu'il ne fallait pas accorder trop d'importance au silence de la Convention, qui pouvait être interprété de façons diverses. Selon un point de vue, on pouvait cependant en déduire que la Convention ne tranchait pas la question de savoir si les lignes de base étaient ou non mouvantes. Il a toutefois été relevé que, même si l'élévation du niveau de la mer n'était pas expressément mentionnée, la Convention prévoyait la modification des lignes de base du fait de changements affectant la côte.

372. En réponse aux divers points de vue exprimés par les membres quant à l'existence de systèmes de lignes de base mouvantes, fixes ou permanentes, il a été suggéré que la Commission étudie plus avant la question de savoir s'il existait un principe de stabilité en droit international général, et qu'elle réalise notamment une étude du droit de la délimitation fluviale. Il a aussi été jugé important d'examiner soigneusement l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire de la *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)*⁴⁴⁷ dans lequel la Cour a utilisé une ligne mobile de délimitation maritime.

273. Certains membres ont souligné que, si l'on retenait la thèse du caractère mouvant des lignes de base, le déplacement de celles-ci vers l'intérieur des terres pourrait entraîner des pertes considérables pour les États côtiers en termes de droits souverains et de juridiction. Il pourrait aussi donner lieu à d'importantes pertes de ressources et à la perte de zones maritimes protégées, ce qui aurait pour effet de compromettre la conservation de la biodiversité dans les zones ne relevant plus de la juridiction d'aucun État. Ces membres ont ajouté que l'incertitude juridique qui en résulterait quant à la délimitation des frontières maritimes serait probablement une source de conflits et d'instabilité pour les États côtiers voisins. Il a également été observé que, dans cette hypothèse, les États devraient consacrer d'importantes ressources à la mise à jour régulière des cartes maritimes ou des données géographiques. Certains membres ont souscrit à l'opinion des Coprésidents selon laquelle l'idée que les lignes de base avaient un caractère généralement mouvant ne permettait pas de répondre aux préoccupations des États qui subissaient les effets de l'élévation du niveau de la mer. D'aucuns ont donc suggéré que le maintien des lignes de base et des limites maritimes existantes était une solution optimale qui permettait de préserver les intérêts des États eu égard aux effets de l'élévation du niveau de la mer.

274. D'autres membres ont dit ne pas être convaincus que le déplacement des zones sur lesquelles les États possédaient des droits maritimes entraînait nécessairement la perte totale de ces droits, estimant que ce déplacement ne faisait que modifier les lieux auxquels se rapportaient lesdits droits. Il a aussi été signalé que des lignes de base fixes ne seraient pas opportunes dans tous les cas (par exemple, lorsque le mouvement des plaques tectoniques entraînait l'agrandissement du territoire terrestre d'un État). Il a été dit en outre que si les

⁴⁴⁷ *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua) et Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, C.I.J. Recueil 2018, p. 139.*

lignes de base étaient fixes, les États susceptibles de connaître une extension de leur territoire terrestre, dans l'éventualité où un tel phénomène se produirait à l'avenir, ne pourraient pas déplacer leurs lignes de base vers le large pour faire valoir leurs droits sur des zones plus vastes. Ont été également mentionnées les situations particulières dans lesquelles des États auraient érigé des ouvrages de renforcement côtiers face à la menace de l'élévation du niveau de la mer et pourraient souhaiter que ceux-ci soient pris comme lignes de base fixes. En ce qui concerne les situations d'agrandissement du territoire terrestre liées à des facteurs autres que l'élévation du niveau de la mer, il a été souligné que cet aspect de la question ne relevait pas du mandat du Groupe d'étude, qui visait exclusivement les conséquences de l'élévation du niveau de la mer. Il a aussi été rappelé que, conformément à la délimitation du mandat confié au Groupe d'étude dont il avait été convenu, le résultat final des travaux de celui-ci devait être clairement limité à l'élévation du niveau de la mer liée aux changements climatiques.

275. Certains membres ont fait valoir qu'il existait sans doute tout un éventail de possibilités intermédiaires entre les deux options envisagées dans la première note thématique – mutabilité ou permanence des lignes de base – et que ces possibilités méritaient d'être étudiées de manière approfondie et exhaustive. Étant donné que le débat en était encore au stade préliminaire, une analyse plus poussée devait avoir lieu avant que le Groupe d'étude puisse se positionner sur un sujet aussi complexe.

276. La question des cartes marines a également été soulevée, certains étant d'avis qu'il était important de les mettre à jour par souci de sécurité, alors que d'autres maintenaient que les dangers potentiels pour la navigation pourraient être vraiment exceptionnels étant donné que les côtes se déplaçaient vers l'intérieur des terres en cas d'élévation du niveau de la mer, et que la technologie satellitaire était plus accessible que jamais. La proposition faite ensuite par les Coprésidents selon laquelle la question des cartes marines pouvait faire l'objet d'une étude supplémentaire a été accueillie favorablement. Par exemple, cette étude pourrait porter sur les différentes fonctions des cartes marines, prévues par les règlements de l'Organisation hydrographique internationale, et sur celles des cartes déposées auprès du Secrétaire général des Nations Unies aux fins de l'enregistrement des zones maritimes.

277. Des membres ont proposé que le Groupe d'étude envisage le cas possible où, en raison de l'élévation du niveau de la mer et du recul du rivage vers l'intérieur des terres, les zones de chevauchement délimitées par des accords bilatéraux dans les zones économiques exclusives de deux États dont les côtes se faisaient face ne se chevaucheraient plus car un tel cas de figure créerait une fiction juridique absurde pour certains États. Des membres se sont dits favorables à l'examen de cette hypothèse, notamment sous l'angle de concepts issus du droit des traités, comme la désuétude ou la survenance d'une situation rendant impossible l'exécution d'un traité. D'autres membres ont estimé que le maintien des lignes de base existantes, lorsque les lignes de base naturelles s'étaient sensiblement déplacées, pourrait créer des zones maritimes anormalement vastes – excédant la surface autorisée au regard de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer – ce qui pourrait profiter aux États côtiers au détriment des droits des autres États ou de la communauté internationale. Il a également été convenu d'examiner plus en détail la perte ou le gain éventuels d'avantages pour les États tiers, mais il a été noté qu'aucun État ayant à ce stade fait des commentaires sur le sujet n'avait demandé un tel examen ou abordé la question. Certains membres ont relevé que, si l'on retenait la thèse des lignes de base fixes, l'élévation du niveau de la mer pourrait créer de vastes étendues d'eaux intérieures qui, normalement, seraient des eaux territoriales (ou même des zones de haute mer), dans lesquelles n'existerait aucun droit de passage inoffensif. De même, la solution des lignes de base fixes pourrait aboutir au maintien d'un régime de détroits dans un chenal qui normalement ne serait pas un détroit.

vi) *Autres sources du droit international*

278. Des membres ont estimé que, si la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer était certes une source essentielle pour les États parties à cet instrument, d'autres sources devaient faire l'objet d'une analyse plus approfondie. Il a également été rappelé que, selon le préambule de la Convention, les questions qui n'étaient pas réglementées par la Convention continueraient d'être régies par les règles et principes du droit international général. Puisque les problèmes juridiques résultant de l'élévation du niveau de la mer ne pouvaient être

pleinement réglés par le régime de la Convention, d'aucuns ont émis l'idée que l'on devait examiner d'autres règles pertinentes du droit international général. D'autres membres ont fait remarquer que la question était couverte par l'article 5 de la Convention. Parmi ces autres sources, on pouvait citer, notamment, le droit international coutumier, les Conventions de Genève de 1958⁴⁴⁸ et d'autres instruments bilatéraux et multilatéraux, portant sur tout un éventail d'aspects du droit de la mer et concernant différentes zones susceptibles d'être touchées par l'élévation du niveau de la mer. Des membres ont également suggéré que l'on examine plus avant d'autres règles et principes, notamment le principe en vertu duquel la terre domine la mer et le principe de la liberté de la mer, ainsi que l'importance du principe de l'équité, la bonne foi, les droits et titres historiques, l'obligation de régler pacifiquement les différends, le maintien de la paix et de la sécurité internationales, la protection des droits des États côtiers et non côtiers et le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Le Groupe d'étude a en conséquence l'intention de donner suite à ces propositions dans ses travaux futurs sur le sujet.

vii) *Permanence de la zone économique exclusive et du plateau continental*

279. Certains membres ont soulevé des questions précises concernant la relation entre la proposition de la permanence du plateau continental et la zone économique exclusive au regard de la référence faite dans la première note thématique à la divergence qui pourrait résulter entre les limites extérieures permanentes du plateau continental et les limites extérieures éventuellement mouvantes de la zone économique exclusive. Il a été estimé que certaines déclarations relatives à la permanence du plateau continental figurant dans la note étaient incorrectes.

280. Selon cette opinion, il n'existe aucune permanence : l'argument avancé dans la note repose sur une délimitation du plateau continental fondée sur des critères géographiques ; or, jusqu'à 200 milles marins, seul le critère de distance s'applique, tandis que, d'après l'opinion exprimée, les limites extérieures du plateau continental et de la zone économique exclusive sont fonction de l'emplacement des lignes de base. Ainsi, il a été soutenu que l'on ne saurait affirmer que les lignes de base ont un caractère permanent en tirant argument du fait que le plateau continental est le prolongement naturel du territoire terrestre.

viii) *Élévation du niveau de la mer et article 62 (par. 2) de la Convention de Vienne sur le droit des traités*

281. Des membres ont fait remarquer que les traités maritimes et les frontières ayant fait l'objet d'une détermination judiciaire devraient être définitifs, mais qu'il fallait poursuivre l'examen de la question. On a relevé la pertinence du principe *pacta sunt servanda*. Plusieurs membres ont fait des observations sur l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et demandé si l'élévation du niveau de la mer constituerait un changement de circonstances imprévu. Plusieurs membres ont relevé qu'on ne devrait pas faire de distinction, à cet égard, entre les frontières terrestres et maritimes, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence internationale citée dans la première note thématique. D'autres se sont montrés plus réservés, estimant qu'il fallait procéder à un examen plus poussé de la question, notamment à une analyse des aspects positifs et négatifs de chaque point de vue. D'aucuns ont soutenu cette proposition, et il a été rappelé que, à cet égard, la doctrine et les conclusions formulées en 2018 par le comité de l'Association de droit international tendaient à établir que les changements de frontières terrestres et maritimes ne devraient pas donner lieu à un changement de circonstances imprévu. Des membres ont fait remarquer que les frontières terrestres étaient parfois mouvantes en fonction de l'emplacement de la rive d'un fleuve ou d'un lac, du point médian d'un fleuve ou d'un lac, ou du thalweg d'un fleuve, mais d'autres ont estimé que la pratique des États s'inscrivait dans une tendance différente, à savoir qu'en cas de modification du cours d'un fleuve, la frontière fluviale convenue conservait son

⁴⁴⁸ Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë (Genève, 29 avril 1958), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 516, n° 7477, p. 206 ; Convention sur la haute mer (Genève, 29 avril 1958), *ibid.*, vol. 450, n° 6465, p. 11 ; Convention sur le plateau continental (Genève, 29 avril 1958), *ibid.*, vol. 499, n° 7302, p. 312 ; Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer (Genève, 29 avril 1958), *ibid.*, vol. 559, n° 8164, p. 286.

caractère permanent. Selon un point de vue, la question de savoir si les traités de délimitation maritime étaient couverts par l'article 62 relevait de l'interprétation des traités et devait être tranchée par les juridictions internationales et non par la Commission car elle sortait du cadre du mandat de celle-ci. Il a également été relevé que les accords bilatéraux de délimitation des frontières maritimes n'étaient pas contraignants pour les États tiers, qui n'étaient donc pas tenus de reconnaître la validité d'un accord établissant ou fixant des frontières maritimes. Selon un autre avis, les accords établissant et fixant des frontières maritimes étaient des traités conclus conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités et étaient contraignants pour tous les États. Cela est sans préjudice de l'obligation faite aux parties à ces traités de tenir dûment compte des droits légitimes des États tiers quant à leurs espaces maritimes, conformément à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Il a été noté que la question devait être examinée plus avant, notamment sous l'angle des régimes objectifs qui existent en droit international. Il a également été proposé que le Groupe d'étude examine la question des répercussions qu'aurait sur une frontière maritime le fait que le point extrême d'une frontière terrestre convenue se retrouvât situé en haute mer du fait de l'élévation du niveau de la mer.

ix) *Îles, îles artificielles et rochers*

282. Certains membres ont préconisé de traiter avec prudence le sujet des îles au regard de l'article 121 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. D'autres membres ont estimé qu'il aurait fallu s'intéresser de plus près à la sentence arbitrale rendue en l'affaire *South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*⁴⁴⁹ sur la question du statut des îles au regard de l'article 121 et aux raisons pour lesquelles des espaces maritimes leur avaient été accordés, mais il a été également dit que cette sentence devait faire l'objet d'une analyse critique. Des membres ont estimé qu'une île naturelle ne devenait pas artificielle du fait de l'existence d'ouvrages de renforcement artificiels visant exclusivement à la préserver de l'élévation du niveau de la mer. Cela étant, il a été considéré qu'il fallait élaborer des directives plus claires permettant de faire la distinction entre les travaux de construction d'îles artificielles engagés à des fins de préservation et ceux qui avaient pour but d'instaurer des droits artificiels. Des membres ont estimé qu'il ne fallait pas faire un usage abusif des ouvrages de renforcement des côtes pour obtenir des droits maritimes étendus. On a posé la question de savoir si les observations formulées dans la première note thématique concernaient exclusivement l'élévation du niveau de la mer ou si elles étaient d'application plus générale. Il a également été demandé si les « rochers » qui seraient submergés devraient continuer à bénéficier de droits maritimes. Il a été dit que figer le statut d'une île ne devait pas être une règle générale, étant donné qu'une île pouvait être inondée pour des raisons n'ayant aucun lien avec l'élévation du niveau de la mer. Le Groupe d'étude a estimé que des recherches supplémentaires pourraient être menées dans ce domaine afin de déterminer si une telle distinction pouvait être opérée sur le plan scientifique et en quoi un facteur particulier était important dans le cadre de ses travaux. On a également appelé l'attention sur le coût élevé de la préservation artificielle des lignes de base et des zones côtières.

d) **Observations finales formulées à la fin de la première partie de la session**

283. Les membres ont formulé plusieurs propositions concernant les travaux futurs et les méthodes de travail du Groupe d'étude.

284. Des suggestions ont été émises concernant l'intitulé du sujet⁴⁵⁰ et la structure de la première note thématique. Le Groupe d'étude a estimé que la question de l'intitulé du sujet pourrait être examinée à un stade ultérieur. Il a également accueilli favorablement les suggestions concernant la structure de la note, ainsi que celles relatives à la bibliographie. L'idée de mener une étude sur la législation des États relative aux lignes de base, avec l'appui du Secrétariat, a également été approuvée par le Groupe d'étude. Il a également été

⁴⁴⁹ *South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, sentence, tribunal arbitral, Cour permanente d'arbitrage, 12 juillet 2016, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXIII, p. 166.

⁴⁵⁰ Parmi les suggestions formulées, on peut citer la proposition visant à modifier le titre du sujet comme suit : « Élévation du niveau de la mer et droit international ».

proposé de publier la note dans la première partie du volume II de l'*Annuaire de la Commission du droit international*.

285. Rappelant que le Groupe d'étude avait pour mandat de recenser les questions juridiques soulevées par l'élévation du niveau de la mer, ce qui pourrait nécessiter un suivi mais ne donnerait pas lieu à l'élaboration de directives ou d'articles spécifiques, des membres ont fait valoir que, pour préserver sa crédibilité, le Groupe d'étude – et la Commission – devait, dès le début, faire preuve de clarté et de transparence en différenciant la *lex lata*, la *lex ferenda* et les choix de politique publique. Il a également été considéré que la Commission devrait être strictement guidée par ses propres travaux antérieurs en lien avec le sujet, notamment ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier et ses conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Il a été souligné que la note avait un caractère préliminaire et qu'il était nécessaire de respecter le mandat du Groupe d'étude, qui consistait à « recenser les questions juridiques soulevées par l'élévation du niveau de la mer et les questions connexes », et il a également été mis en avant que ce n'était qu'à un stade ultérieur, lorsque le Groupe d'étude aurait approfondi son analyse et pris en compte les opinions de ses membres, que des conclusions pourraient être tirées.

286. À l'inverse, certains ont estimé que, compte tenu de l'importance de la question, le sujet devait être examiné par un rapporteur spécial et non par un groupe d'étude, le but étant d'assurer la transparence et de permettre à la Commission de prendre position sur des projets de texte, plutôt que de réaliser des études thématiques. À cet égard, il a également été suggéré que des corapporteurs spéciaux soient désignés en vue d'élaborer un ensemble de projets d'article qui pourraient être proposés aux États aux fins de la négociation d'une convention-cadre de caractère universel sur les conséquences juridiques de l'élévation du niveau de la mer, conformément à l'article 23 du Statut de la Commission.

287. L'approche méthodologique retenue par le Groupe d'étude aurait également des conséquences importantes sur le résultat des travaux sur le sujet, sachant que l'approche que l'on adopterait pourrait permettre à la Commission de faire preuve de plus de créativité dans la définition des solutions qu'elle proposerait aux États sur un sujet amené à prendre une importance croissante pour la paix, la sécurité et la stabilité de la communauté internationale. Ainsi, certains ont estimé que des conclusions dans lesquelles la Commission expliciterait les règles en vigueur et proposerait de nouvelles règles pour combler les lacunes existantes permettraient aux États, en particulier à ceux d'entre eux qui étaient particulièrement touchés par l'élévation du niveau de la mer, de disposer de solutions juridiques pratiques pour pouvoir protéger leurs droits en vertu du droit de la mer. Il appartiendrait ensuite aux États et à la communauté internationale dans son ensemble de décider d'adopter ou non ces règles, par la pratique, les négociations ou l'adoption de résolutions internationales ou d'accords sur l'application des instruments juridiques pertinents.

288. Certains membres ont recommandé de faire preuve de prudence pour éviter de tirer des conclusions hâtives. Concernant le chapitre consacré aux conclusions scientifiques, d'aucuns se sont dits favorables à ce que l'élévation du niveau de la mer soit traitée comme un fait scientifiquement prouvé dont la Commission pourrait prendre note aux seules fins de ses travaux sur le sujet précis des conséquences juridiques internationales de l'élévation du niveau de la mer. À cet égard, il a été rappelé que le mandat du Groupe d'étude excluait la recherche de responsabilité, le principe des travaux sur le sujet étant que l'élévation du niveau de la mer due aux changements climatiques devait être considérée comme un fait scientifiquement prouvé. Cependant, le Groupe d'étude pourrait, au besoin, envisager d'inviter des experts scientifiques à ses futures réunions.

e) Résultat du débat interactif qui s'est tenu au cours de la seconde partie de la session

289. À la première réunion du Groupe d'étude qui s'est tenue le 6 juillet 2021 pendant la seconde partie de la session, les Coprésidents ont répondu aux observations formulées par les membres du Groupe au cours de la première partie et présenté un projet de rapport intermédiaire, dont une version en anglais avait été distribuée à tous les membres le 2 juillet 2021, les autres versions linguistiques ayant été communiquées le 5 juillet 2021.

290. Au cours du débat interactif qui a suivi, les membres ont discuté des méthodes de travail du Groupe d'étude. Des membres se sont dits préoccupés par le fait que la première note thématique établie par les Coprésidents (A/CN.4/740 et Corr.1 et Add.1) ait pu être interprétée comme étant celle du Groupe d'étude dans son ensemble. Les délais auxquels le Groupe d'étude était soumis, ainsi que la nécessité d'adopter une démarche collective et consultative, ont également été soulignés. Des membres ont en outre fait valoir que, compte tenu de l'importance du sujet, il serait peut-être préférable que la Commission envisage de suivre sa procédure habituelle et nomme un ou plusieurs rapporteurs spéciaux sur le sujet, afin d'assurer une plus grande transparence tout en étant en mesure de tenir compte de la position des États dans le cadre d'une première puis d'une seconde lecture de projets de texte. Des questions ont en outre été posées quant au résultat escompté des travaux du Groupe d'étude.

291. À cet égard, les Coprésidents ont estimé qu'ils avaient procédé conformément aux méthodes de travail dont la Commission était convenue en 2019⁴⁵¹. Selon eux, ces méthodes avaient été délibérément conçues pour être plus formelles que celles suivies par les groupes d'étude précédents, et se situaient à mi-chemin entre celles suivies par un rapporteur spécial et celles appliquées par des groupes d'étude traditionnels. Ils ont salué les contributions des membres et souligné la nécessité d'aboutir à un produit collectif. Il a été noté que le débat de l'année en cours consistait en un « recensement » mené sur la base de la première note thématique et des observations préliminaires qui y figuraient, et que le Groupe d'étude devait effectuer des recherches approfondies supplémentaires pour mener à bien l'examen des aspects du droit de la mer en lien avec le sujet. Les membres ont donc été invités par les Coprésidents à prendre les devants concernant les différentes questions que le Groupe d'étude examinerait collectivement, dont certaines avaient déjà été proposées au cours de l'échange de vues qui avait eu lieu durant la première partie de la session.

292. Les résultats escomptés des travaux du Groupe d'étude, tels qu'énoncés durant la première partie de la session, ont également été rappelés⁴⁵². Il a en outre été suggéré qu'en parallèle le Groupe d'étude continue de progresser sur les aspects liés au droit de la mer.

293. En concluant leurs échanges sur les méthodes de travail du Groupe d'étude, les membres sont convenus qu'une fois finalisé et approuvé par le Groupe d'étude, le rapport intermédiaire résumant les principaux points du débat tenu pendant la session serait présenté à la Commission par les Coprésidents afin de constituer un chapitre du rapport annuel de la Commission.

294. Le Groupe d'étude a ensuite décidé d'engager une discussion de fond sur le sujet à partir des questions préparées par les Coprésidents comme suite au débat tenu au cours de la première partie de la session⁴⁵³. À l'issue de cette discussion, il a conclu que les points

⁴⁵¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10), par. 265 à 273. Voir aussi *supra* les paragraphes 245 et 246.

⁴⁵² Voir aussi *infra* le paragraphe 296.

⁴⁵³ Les Coprésidents ont proposé que les questions suivantes servent de fil conducteur à la discussion : 1) Quelles autres sources du droit le Groupe d'étude devrait-il examiner dans le contexte du sujet ? Il a été avancé, par exemple, qu'en plus de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, on devrait examiner d'autres traités, bilatéraux et multilatéraux, portant sur tout un éventail d'aspects du droit de la mer et concernant différentes zones susceptibles d'être touchées par l'élévation du niveau de la mer. Ces traités devaient être interprétés, notamment, à la lumière de la pratique ultérieure. Outre les Conventions de Genève de 1958, il fallait déterminer quels étaient ces traités. Il a également été proposé que le Groupe d'étude s'attache à déterminer quelles autres règles du droit international général pourraient être pertinentes dans le nouveau contexte. Il s'agit en effet d'une question qu'il serait important d'examiner. Les Coprésidents apprécieraient de savoir quelles pourraient être ces autres règles. On a également émis l'idée que le Groupe d'étude devrait examiner des normes du droit international coutumier qui ne sont pas incorporées dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ; il serait donc très utile que l'on précise de quelles normes il est question ; 2) Quels aspects particuliers de la question des cartes et des cartes marines devraient être examinés et de quelle manière ? ; 3) Le Groupe d'étude a-t-il besoin de disposer de davantage de données scientifiques aux fins de ses travaux ? Comment concilier l'examen des différentes causes de l'élévation du niveau de la mer et de leurs effets avec le mandat du Groupe d'étude, qui ne porte pas sur « la recherche de la responsabilité de ces phénomènes », et quels aspects examiner ? ; 4) Faudrait-il réaliser d'autres

ci-après devraient faire l'objet d'une analyse plus approfondie, qu'il s'attacherait à réaliser en priorité à brève échéance. Les points en question seraient examinés sur la base du volontariat par les membres du Groupe d'étude :

a) *Sources du droit* : outre la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer⁴⁵⁴ (en particulier, sa genèse et l'interprétation de son article 5), les Conventions de Genève de 1958⁴⁵⁵ (et leurs travaux préparatoires) ainsi que les sources du droit international coutumier de portée régionale ou universelle, le Groupe d'étude examinerait d'autres sources du droit – les traités applicables, bilatéraux, régionaux et multilatéraux, ou autres instruments portant notamment sur la gestion des pêcheries ou la haute mer qui définissent les zones maritimes, ou le Traité de 1959 sur l'Antarctique⁴⁵⁶ et son Protocole de 1991 relatif à la protection de l'environnement⁴⁵⁷, les traités de l'Organisation maritime internationale qui

études techniques des conséquences de l'élévation du niveau de la mer pour les lignes de base, les limites extérieures des zones maritimes mesurées à partir de celles-ci et les formations situées au large des côtes ? Dans l'affirmative, comment faudrait-il procéder ? Le Groupe d'étude devrait-il examiner différents cas de figure d'un point de vue purement technique ? ; 5) Le Groupe d'étude devrait-il procéder à une analyse de l'élévation du niveau de la mer, ainsi que l'a suggéré un membre qui a estimé qu'il serait intéressant de débattre des intérêts des États qui sont susceptibles de bénéficier de l'élévation du niveau de la mer en raison de la perte par d'autres États de leurs droits actuels et de l'augmentation de la superficie des zones de haute mer ? ; 6) Pour ce qui est de la stabilité et de la prévisibilité juridiques, on a soulevé le point de savoir si cette question méritait de faire l'objet d'un débat plus approfondi. Il faudrait déterminer quels aspects de cette question devraient être examinés et de quelle manière ; 7) Plusieurs membres ont invoqué le principe de l'équité, question également soulevée par un grand nombre d'États. L'équité devrait-elle être un facteur important que le Groupe d'étude devrait prendre en considération dans le cadre de son analyse des conséquences de l'élévation du niveau de la mer et aux fins de la recherche de solutions ? Qu'entend le Groupe d'étude par « équité » ? Quelles autres considérations de principe pourraient aller dans le sens de la thèse des lignes de base fixes plutôt que mouvantes ou vice versa (questions soulevées par deux membres) ? ; 8) L'idée a été émise qu'il pourrait y avoir tout un éventail de possibilités entre ces deux options (système mouvant ou système fixe) et que toutes ces possibilités devraient être étudiées. Les Coprésidents apprécieraient de savoir quelles pourraient être ces possibilités ; 9) Le Groupe d'étude devrait-il s'attacher à déterminer comment distinguer les travaux de construction d'îles artificielles engagés à des fins de préservation de ceux ayant pour but d'instaurer artificiellement des droits, ainsi que l'a suggéré un membre ? ; 10) Plusieurs membres ont estimé qu'il fallait examiner plus avant l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (*rebus sic stantibus*) et la question de savoir si cet article s'appliquerait aux frontières maritimes délimitées par un traité. Outre les effets de l'élévation du niveau de la mer sur les accords de délimitation des frontières maritimes en vigueur, le Groupe d'étude pourrait aussi examiner, dans l'hypothèse d'un système de lignes de base mouvantes, les effets qu'aurait l'élévation du niveau de la mer sur les affaires de délimitation des frontières maritimes qui ont été jugées par la Cour internationale de Justice, le Tribunal international du droit de la mer ou des tribunaux d'arbitrage. Le principe de l'autorité de la chose jugée s'appliquerait-il aux décisions rendues dans ces affaires ? D'autres principes pourraient-ils s'appliquer ? Ou bien existerait-il une obligation de rouvrir des affaires réglées ? Quelle incidence cela aurait-il sur la stabilité, la sécurité et la prévisibilité ? ; 11) Comment envisager la question des effets de l'élévation du niveau de la mer sur les revendications existantes concernant les droits sur les espaces maritimes en cas de délimitations maritimes futures (voir l'alinéa f) du paragraphe 141 de la première note thématique) ? ; 12) Quel intérêt y aurait-il à réaliser une étude du droit de la délimitation fluviale, comme l'a suggéré un membre ? ; 13) Le Groupe d'étude devrait-il établir une liste des questions à examiner en priorité ? ; 14) Questions au Coprésident qui a examiné la pratique et la législation des États d'Afrique en vue d'un examen plus approfondi ; 15) Nécessité d'examiner la pratique d'autres régions (Asie, Europe, Amérique latine). Les Coprésidents apprécieraient que les membres s'acquittent de cette tâche (comme deux d'entre eux l'ont déjà fait).

⁴⁵⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, n° 31363, p. 3.

⁴⁵⁵ Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë (Genève, 29 avril 1958), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 516, n° 7477, p. 205 ; Convention sur la haute mer (Genève, 29 avril 1958), *ibid.*, vol. 450, n° 6465, p. 11 ; Convention sur le plateau continental (Genève, 29 avril 1958), *ibid.*, vol. 499, n° 7302, p. 311 ; Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer (Genève, 29 avril 1958), *ibid.*, vol. 559, n° 8164, p. 285.

⁴⁵⁶ Traité sur l'Antarctique (Washington, 1^{er} décembre 1959), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 402, n° 5778, p. 71.

⁴⁵⁷ Protocole au traité sur l'Antarctique, relatif à la protection de l'environnement (Madrid, 4 octobre 1991), *ibid.*, vol. 2941, p. 3.

définissent la pollution ou les zones de recherche et de sauvetage, ou la Convention de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique⁴⁵⁸, les principes généraux du droit et les règlements des organisations internationales compétentes telles que l'Organisation hydrographique internationale. Cette démarche viserait à déterminer la *lex lata* relative aux lignes de base et aux zones maritimes sans préjudice de l'examen de la *lex ferenda* ou des choix de politique publique. Elle viserait également à déterminer si ces instruments autorisent ou obligent (ou non) à réajuster les lignes de base dans certaines circonstances, et si une modification des lignes de base supposerait une modification des zones maritimes ;

b) *Principles et règles du droit international* : le Groupe d'étude examinerait plus avant divers principes et règles du droit international, notamment le principe en vertu duquel la terre domine la mer, le principe de l'intangibilité des frontières, le principe de l'*uti possidetis juris*, le principe *rebus sic stantibus*, ou le principe de la liberté de navigation, ainsi que l'importance du principe de l'équité, le principe de la bonne foi, les droits et titres historiques, l'obligation de régler pacifiquement les différends, le maintien de la paix et de la sécurité internationales, la protection des droits des États côtiers et non côtiers, et le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles ;

c) *Pratique et opinio juris* : le Groupe d'étude s'attacherait à étendre son étude de la pratique des États et de l'*opinio juris* à des régions pour lesquelles on ne disposait, au mieux, que de peu d'informations, notamment l'Asie, l'Europe et l'Amérique latine (un membre du Groupe d'étude avait déjà procédé à cette analyse pour cette région), et poursuivrait ses travaux sur l'Afrique. Ce faisant, il examinerait la corrélation entre la pratique des États et les sources du droit en se penchant sur la question de savoir si la pratique des États intéresse le droit international coutumier ou si elle est pertinente aux fins de l'interprétation des traités. Le Groupe d'étude examinerait également les notifications de zone maritime déposées auprès du Secrétaire général des Nations Unies et la législation nationale accessibles sur le site Web de la Division des affaires maritimes et du droit de la mer du Bureau des affaires juridiques pour déterminer si les États mettent à jour ou non ces notifications et leur législation ;

d) *Cartes marines* : comme suite à l'étude mentionnée au paragraphe 37, le Groupe d'étude envisagerait aussi des solutions tenant compte des considérations opérationnelles et des circonstances, ainsi que des pratiques des États pour ce qui est de la mise à jour des cartes marines.

295. Les membres du Groupe d'étude sont également convenus que le Groupe d'étude pourrait demander à des scientifiques et à des experts techniques de l'aider dans sa mission, étant entendu que cela serait fait de façon sélective, constructive et limitée.

f) Travaux futurs du Groupe d'étude

296. Concernant le programme de travail futur, le Groupe d'étude examinerait les questions liées à la condition étatique (« *Statehood* » en anglais) et à la protection des personnes touchées par l'élévation du niveau de la mer, sous la coprésidence de M^{me} Patrícia Galvão Teles et de M. Juan José Ruda Santolaria, qui établiraient une deuxième note thématique, laquelle servirait de point de départ aux débats que le Groupe d'étude tiendrait à la soixante-treizième session. Le Groupe d'étude s'attacherait ensuite à établir la version définitive d'un rapport de fond sur le sujet, pendant les deux premières années du quinquennat suivant, en compilant les résultats des travaux menés au cours des soixante-douzième et soixante-treizième sessions de la Commission.

⁴⁵⁸ Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique (Paris, 12 novembre 2001), *ibid.*, vol. 2562, 1^{re} partie, n° 45694, p. 3.

Chapitre X

Autres décisions et conclusions de la Commission

A. Réunions commémoratives spéciales

297. Le 3 septembre 2020, les membres de la Commission se sont réunis virtuellement et informellement en mémoire du juge Alexander Yankov, ancien Président de la Commission et Rapporteur spécial pour le sujet « Statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique ».

298. À sa 3547^e séance, le 22 juillet 2021, la Commission a rendu hommage à feu le juge James Crawford, qui avait été Rapporteur spécial pour le sujet « Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ».

B. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

299. Le 29 avril 2021, le Groupe de planification a été constitué aux fins de la présente session.

300. Le Groupe de planification s'est réuni cinq fois, les 29 avril, 25 mai et 9, 23 et 27 juillet 2021. Il était saisi des résumés thématiques des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à ses soixante-quatorzième (A/CN.4/734) et soixante-quinzième (A/CN.4/734/Add.1) sessions, établis par le Secrétariat ; des résolutions de l'Assemblée générale 74/186, du 18 décembre 2019, et 75/135, du 15 décembre 2020, sur les travaux de la Commission ; et des résolutions de l'Assemblée générale 74/191, du 18 décembre 2019, et 75/141, du 15 décembre 2020, sur l'état de droit aux niveaux national et international.

1. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme

301. À sa 1^{re} séance, le 29 avril 2021, le Groupe de planification a décidé de convoquer de nouveau le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme et de le placer sous la présidence de M. Mahmoud D. Hmoud. À la 5^e séance du Groupe de planification, le 27 juillet 2021, le Président du Groupe de travail a présenté un rapport oral sur les travaux menés par le Groupe de travail au cours de la présente session. Le Groupe de planification a pris note de ce rapport.

302. À la présente session, la Commission, sur la recommandation du Groupe de travail, a décidé de recommander l'inscription du sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international ». Dans son choix, elle s'est appuyée sur la recommandation qu'elle avait formulée à sa cinquantième session (1998) à propos des critères de sélection des sujets, à savoir que : a) le sujet devrait correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international ; b) le sujet devrait être suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à un développement progressif et à une codification ; c) le sujet devrait être concret et suffisamment facile à traiter à ces fins. Elle est de surcroît convenue qu'elle n'était pas tenue de se limiter aux sujets classiques et pouvait aussi envisager ceux ayant trait aux nouvelles questions de droit international et aux préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale⁴⁵⁹. Elle a estimé que l'étude du sujet contribuerait utilement au développement progressif et à la codification du droit international. Le plan d'étude du sujet retenu est reproduit à l'annexe du présent rapport.

2. Groupe de travail sur les méthodes de travail de la Commission

303. À sa 1^{re} séance, le 29 avril 2021, le Groupe de planification a décidé de convoquer de nouveau le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme et de le placer sous la

⁴⁵⁹ *Annuaire ... 1998*, vol. 2 (2^e partie), par. 553.

présidence de M. Hussein A. Hassouna. À la 4^e séance du Groupe de planification, le 23 juillet 2021, le Président du Groupe de travail a présenté un rapport oral sur les travaux menés par le Groupe de travail au cours de la présente session. Le Groupe de planification a pris note du rapport.

3. Examen des résolutions de l'Assemblée générale 74/191 du 18 décembre 2019 et 75/141 du 15 décembre 2020 sur l'état de droit aux niveaux national et international

304. Dans ses résolutions 74/191 du 18 décembre 2019 et 75/141 du 15 décembre 2020, sur l'état de droit aux niveaux national et international, l'Assemblée générale a de nouveau invité la Commission à lui rendre compte, dans ses rapports, de ce qu'elle fait pour promouvoir l'état de droit. Depuis sa soixantième session (2008), la Commission fait chaque année des observations sur sa contribution à cet égard. Elle signale que les observations formulées aux paragraphes 341 à 346 de son rapport de 2008⁴⁶⁰ sont toujours pertinentes, et réitère celles qu'elle a faites à ses précédentes sessions⁴⁶¹.

305. La Commission rappelle que la promotion de l'état de droit est au cœur même de ses travaux. Ainsi qu'il ressort de l'article premier de son statut, son but est de promouvoir le développement progressif et la codification du droit international.

306. Ayant égard au principe de l'état de droit dans l'ensemble de ses travaux, la Commission sait parfaitement à quel point il importe que le droit international soit appliqué au niveau des États et s'emploie à promouvoir la primauté du droit au niveau international.

307. Dans le cadre de son mandat de promotion du développement progressif et de la codification du droit international et dans le droit fil du Préambule et de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies et de la déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, la Commission continuera de tenir compte, selon qu'il convient, du respect de l'état de droit en tant que principe de gouvernance, ainsi que du respect des droits de l'homme, qui est fondamental si l'on veut garantir la primauté du droit⁴⁶².

308. Dans ses travaux actuels, la Commission tient compte des « liens entre l'état de droit et la triple vocation de l'Organisation des Nations Unies : paix et sécurité, promotion des droits de l'homme, développement »⁴⁶³, sans privilégier l'un au détriment de l'autre. Dans ce contexte, elle garde à l'esprit que le Programme de développement durable à l'horizon 2030 affirme la nécessité d'instaurer un véritable état de droit et la bonne gouvernance à tous les niveaux⁴⁶⁴.

309. Du fait des activités qu'elle mène dans le cadre de son mandat de promotion du développement progressif et de la codification du droit international, la Commission est consciente que la réalisation de l'état de droit se heurte à des obstacles. Rappelant que l'Assemblée générale a souligné qu'il fallait encourager la mise en commun des meilleures

⁴⁶⁰ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10).

⁴⁶¹ Ibid., soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10), par. 231 ; ibid., soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10), par. 390 à 393 ; ibid., soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10), par. 392 à 398 ; ibid., soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10), par. 274 à 279 ; ibid., soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10), par. 171 à 179 ; ibid., soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10), par. 273 à 280 ; ibid., soixante-dixième session, Supplément n° 10 (A/70/10), par. 288 à 295 ; ibid., soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10), par. 314 à 322 ; ibid., soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10), par. 269 à 278 ; ibid., soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10), par. 372 à 380 ; ibid., soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10), par. 293 à 301.

⁴⁶² Résolution 67/1 de l'Assemblée générale en date du 30 novembre 2012, sur la déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, par. 41.

⁴⁶³ Rapport du Secrétaire général sur l'évaluation de l'efficacité de la contribution du système des Nations Unies à l'instauration de l'état de droit en période et au lendemain de conflit (S/2013/341), 11 juin 2013, par. 70.

⁴⁶⁴ Résolution 70/1 de l'Assemblée générale, en date du 21 octobre 2015, par. 35.

pratiques des États en ce qui concerne l'état de droit⁴⁶⁵, elle tient à souligner de nouveau qu'une grande part de son travail consiste à recenser et à examiner ces pratiques dans le but de déterminer si elles pourraient contribuer au développement progressif et à la codification du droit international.

310. Sachant le rôle que jouent les processus d'établissement des traités multilatéraux dans la promotion de l'état de droit⁴⁶⁶, la Commission rappelle que les travaux qu'elle a menés sur différents sujets ont déclenché plusieurs processus de ce type et débouché sur l'adoption d'un certain nombre de traités multilatéraux⁴⁶⁷.

311. À la présente session, qui se tient après que la session de 2020 a été reportée en raison de la pandémie de COVID-19, la Commission a continué d'œuvrer à promouvoir l'état de droit, notamment dans le cadre des travaux qu'elle a menés sur les sujets actuellement inscrits à son programme de travail, à savoir « Protection de l'atmosphère » (projet de texte adopté en seconde lecture à la présente session), « Application à titre provisoire des traités » (projet de texte adopté en seconde lecture à la présente session), « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », « L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international », « Succession d'États en matière de responsabilité de l'État » et « Principes généraux du droit ».

312. La Commission réaffirme sa détermination à promouvoir l'état de droit dans l'ensemble de ses travaux.

4. Caractère hybride de la présente session de la Commission

313. La Commission remercie les bureaux de ses soixante et onzième et soixante-douzième sessions, ainsi que le secrétariat, d'avoir mis en place le dispositif hybride qui lui a permis de tenir sa soixante-douzième session, en 2021. Grâce à ce dispositif, les membres ont pu participer aux séances soit en personne, au Palais des Nations, soit en ligne, via la plateforme Zoom, et bénéficier de services d'interprétation simultanée à distance dans toutes les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. La Commission remercie également le Gouvernement suisse, son hôte, d'avoir pris les mesures nécessaires pour que la session puisse avoir lieu et que les membres qui souhaitaient assister aux séances en personne, ainsi que le personnel du secrétariat, puissent se rendre à Genève. Elle constate que le dispositif hybride mis en place, et notamment les fonctionnalités de la plateforme en ligne utilisée (Zoom), ont joué un rôle primordial dans le succès de la session. Celle-ci n'aurait pas pu se tenir sans la présence à Genève de certains des membres de la Commission et du secrétariat. Si les intéressés n'avaient pas été sur place, le bon déroulement des travaux n'aurait peut-être pas été garanti.

314. La Commission constate que la session s'est déroulée dans le respect des règles sanitaires et des autres mesures de limitation de la propagation de la COVID-19 adoptées par l'Office des Nations Unies à Genève. Par exemple, le personnel du secrétariat n'a pas été autorisé à distribuer des copies papier de la documentation. Les documents à consulter pendant les séances étaient téléchargés par le secrétariat sur un lecteur réservé à cet effet, et les participants pouvaient aussi y accéder par d'autres moyens électroniques.

315. La Commission est consciente que des efforts extraordinaires ont été déployés aux fins du bon déroulement des délibérations et lui ont ainsi permis de mener à bien la session. Cela étant, elle tient à faire observer que, malgré tous ces efforts, elle n'a pas pu travailler normalement. Diverses difficultés ont été rencontrées, en particulier au cours de la première partie de la session, à savoir notamment que : a) comme les membres se trouvaient dans des fuseaux horaires différents, ils ont eu moins de temps pour travailler ensemble, surtout pour prendre des décisions et mener des négociations; le dispositif spécial mis en place prévoyait que les services d'interprétation seraient assurés pour une durée inférieure aux trois heures habituelles, en conséquence de quoi la Commission n'a pas pu se réunir pendant six heures

⁴⁶⁵ Résolution 75/141 de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, en date du 15 décembre 2020, par. 2 et 19.

⁴⁶⁶ Ibid., par. 8.

⁴⁶⁷ Voir, plus particulièrement, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 10 (A/70/10)*, par. 294.

par jour comme elle le fait habituellement ; de surcroît, la Commission n'a pas pu s'organiser avec toute la flexibilité voulue, le temps de réunion non utilisé pour les plénières n'ayant pas pu être utilisé par le Comité de rédaction comme cela aurait normalement été le cas, même si les membres en ont profité pour tenir des consultations informelles ; b) le fait que les membres aient été dans des fuseaux horaires différents a chamboulé leurs horaires de travail et donc été source de fatigue et de stress, en particulier chez ceux qui étaient toujours en ligne très tôt le matin ou très tard le soir ; c) étant donné que la Commission est un organe collégial, malgré les mesures prises pour que les membres soient sur un pied d'égalité, la situation a eu des conséquences flagrantes sur son fonctionnement, particulièrement sur le Comité de rédaction, qui n'a pas pu travailler comme il le fait d'habitude, notamment avoir des contacts et des échanges de vue informels ; d) rédiger des projets détaillés dans un contexte virtuel n'a pas été chose facile, surtout compte tenu du fait que les documents n'étaient pas distribués au format papier ; e) il est arrivé qu'il y ait des problèmes d'accès à Internet et que le son soit de mauvaise qualité à cause du matériel utilisé, et donc que les interventions soient difficiles à comprendre et impossibles à interpréter ; f) bien que de plus en plus de supports soient accessibles sous forme électronique et que la Bibliothèque de l'Office des Nations Unies à Genève ait mis un dossier bibliographique à la disposition des membres, ceux qui ont participé aux séances en ligne ont eu du mal à accéder aux ressources de la Bibliothèque ; g) les membres présents au Palais des Nations n'ont pas pu s'appuyer sur leurs assistants autant qu'ils l'auraient voulu car les intéressés n'étaient pas au Palais, ni même à Genève, ce qui a nui aux uns et aux autres ; h) pour la deuxième année consécutive, le Séminaire de droit international n'a pas pu avoir lieu, alors qu'il est l'occasion d'échanges précieux entre les membres de la Commission et les autres participants, qui sont généralement de jeunes juristes et professeurs spécialisés en droit international ou des fonctionnaires poursuivant une carrière universitaire ou diplomatique dans la fonction publique de leur pays. Certaines de ces difficultés ont été en partie surmontées au cours de la deuxième partie de la session. On retiendra par exemple que des horaires de travail flexibles ont été adoptés, que davantage de membres ont assisté aux séances en personne et que des assistants ont aussi pu être présents sur place.

316. De manière générale, l'efficacité de la Commission a été moindre et, surtout, la négociation détaillée des textes a été rendue difficile. La Commission constate néanmoins que l'organisation de la session a permis de tirer des enseignements qui pourraient être utiles aux fins de l'adaptation de ses méthodes de travail.

5. Honoraires

317. La Commission réaffirme les vues qu'elle a déjà exprimées dans ses précédents rapports au sujet de la question des honoraires de ses membres telle qu'elle a été tranchée dans la résolution 56/272 de l'Assemblée générale en date du 27 mars 2002⁴⁶⁸. Elle souligne que l'adoption de cette résolution est particulièrement lourde de conséquences pour les rapporteurs spéciaux en ce qu'elle compromet la réalisation de leurs travaux de recherche.

⁴⁶⁸ Voir *ibid.*, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10), par. 525 à 531 ; *ibid.*, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10), par. 447 ; *ibid.*, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10), par. 369 ; *ibid.*, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10), par. 501 ; *ibid.*, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10), par. 269 ; *ibid.*, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10), par. 379 ; *ibid.*, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10), par. 358 ; *ibid.*, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10), par. 240 ; *ibid.*, soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10), par. 396 ; *ibid.*, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10), par. 399 ; *ibid.*, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10), par. 280 ; *ibid.*, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10), par. 181 ; *ibid.*, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10), par. 281 ; *ibid.*, soixante-dixième session, Supplément n° 10 (A/70/10), par. 299 ; *ibid.*, soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10), par. 333 ; *ibid.*, soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10), par. 282 ; *ibid.*, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10), par. 382 ; *ibid.*, soixante-quatorzième session, Supplément n° 10 (A/74/10), par. 302.

6. Documentation et publications

318. La Commission a de nouveau souligné qu'elle employait une méthode qui lui est propre aux fins du développement progressif et de la codification du droit international en ce qu'elle attache une importance particulière à la pratique des États et aux décisions des juridictions nationales et internationales dans sa manière de traiter les questions de droit international. Elle a réaffirmé combien il importait que lui soient communiqués tous les éléments relatifs à la pratique des États et à d'autres sources de droit international susceptibles de lui être utiles dans l'accomplissement de son mandat. Les rapports de ses rapporteurs spéciaux doivent en effet comporter des informations sur les précédents et autres sources pertinentes, y compris les traités, les décisions de justice et la doctrine, ainsi qu'une analyse approfondie des questions à l'examen. La Commission souligne qu'elle est pleinement consciente, comme le sont ses rapporteurs spéciaux, de la nécessité de réduire autant que possible le volume global de la documentation, et qu'elle continuera de garder cette considération à l'esprit. Toutefois, si elle reconnaît l'intérêt qu'il y a à être aussi concis que possible, elle se dit de nouveau fermement convaincue qu'on ne peut pas limiter a priori la longueur de ses documents et travaux de recherche. Il s'ensuit qu'on ne saurait demander aux rapporteurs spéciaux d'écourter tel ou tel rapport déjà reçu par le secrétariat, et ce, indépendamment de toute estimation préalablement fournie par celui-ci. Comme l'Assemblée générale l'a rappelé à maintes reprises, les limites du nombre de mots pour les documents ne s'appliquent pas aux travaux de la Commission⁴⁶⁹. La Commission souligne par ailleurs qu'il est important que les rapporteurs spéciaux établissent leurs rapports en temps voulu et les transmettent au secrétariat suffisamment à l'avance pour qu'il puisse les traiter et les lui soumettre dans toutes les langues officielles idéalement quatre semaines avant le début de la partie pertinente de la session. À cet égard, la Commission a de nouveau demandé : a) que les rapporteurs spéciaux soumettent leurs rapports dans les délais fixés par le secrétariat ; b) que celui-ci continue de faire en sorte que ses documents officiels soient publiés en temps voulu dans les six langues officielles de l'ONU.

319. La Commission a rappelé qu'elle était fermement convaincue que la longueur des comptes rendus analytiques de ses séances, qui font partie des travaux préparatoires essentiels au développement progressif et à la codification du droit international, ne pouvait pas être arbitrairement limitée. Elle a de nouveau constaté avec satisfaction que les mesures prises à sa soixante-cinquième session (en 2013) pour rationaliser le traitement de ces documents avaient permis de transmettre plus rapidement les comptes rendus en anglais à ses membres afin qu'ils soient rapidement corrigés et publiés. La Commission a demandé au secrétariat de revenir à la rédaction des comptes rendus analytiques à la fois en anglais et en français et de continuer d'appliquer les mesures adoptées afin que les comptes rendus provisoires soient rapidement communiqués à ses membres. Par ailleurs, elle a remarqué que la nouvelle pratique consistant à soumettre les comptes rendus provisoires par voie électronique pour que les changements soient apportés en suivi des modifications fonctionnait bien. Elle s'est félicitée de ce que ces méthodes de travail avaient permis une utilisation plus rationnelle des ressources et a demandé au secrétariat de continuer de faciliter l'établissement, dans toutes les langues officielles, de comptes rendus définitifs respectueux de l'intégrité des débats.

320. La Commission a remercié tous les services intervenant dans le traitement de la documentation, à Genève et à New York, d'avoir fait preuve de toute la diligence voulue malgré des délais souvent serrés, jouant ainsi un rôle essentiel dans le bon déroulement de ses travaux. Elle a déclaré que le travail effectué par tous les services avait été particulièrement apprécié compte tenu des circonstances.

321. La Commission a réaffirmé son attachement au multilinguisme et rappelle qu'il est primordial de garantir l'égalité des six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies dans ses travaux, dans le droit fil des résolutions de l'Assemblée générale [69/324](#) du 11 septembre 2015 et [73/346](#) du 16 septembre 2019.

⁴⁶⁹ En ce qui concerne la limitation du nombre de pages des rapports des rapporteurs spéciaux, voir, par exemple, *Annuaire ... 1977*, vol. II (2^e partie), p. 132, et *Annuaire ... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 129 et 130. Voir aussi les résolutions de l'Assemblée générale [32/151](#), en date du 9 décembre 1977, par. 10, et [37/111](#), en date du 16 décembre 1982, par. 5, ainsi que ses résolutions ultérieures sur les rapports annuels que la Commission a présentés à l'Assemblée.

322. La Commission a de nouveau remercié la Bibliothèque de l'Office des Nations Unies à Genève de l'efficacité et de la compétence dont elle avait fait preuve dans l'aide qu'elle avait continué d'apporter à ses membres. Elle s'est félicitée du dossier bibliographique que la Bibliothèque avait établi à son intention. De surcroît, elle a fait observer que la Bibliothèque avait continué de lui fournir des services précieux à la présente session malgré les restrictions imposées par la pandémie de COVID-19.

7. *Annuaire de la Commission du droit international*

323. La Commission a réaffirmé que l'*Annuaire* de la Commission du droit international jouait un rôle déterminant dans la bonne compréhension des travaux qu'elle menait dans les domaines du développement progressif et de la codification du droit international et du renforcement de l'état de droit dans les relations internationales. Elle a noté que, dans ses résolutions 74/186 et 75/135, l'Assemblée générale avait exprimé sa reconnaissance aux gouvernements qui avaient versé des contributions volontaires au fonds d'affectation spéciale destiné à résorber l'arriéré de publication de l'*Annuaire* et avait encouragé le versement d'autres contributions à ce fonds.

324. La Commission recommande que, comme elle l'a fait dans ses résolutions 74/186 et 75/135, l'Assemblée générale se déclare satisfaite des progrès remarquables accomplis ces dernières années dans la résorption de l'arriéré de publication de l'*Annuaire* dans les six langues, salue les efforts déployés par la Division de la gestion des conférences de l'Office des Nations Unies à Genève, en particulier la Section de l'édition, pour résorber cet arriéré comme suite à ses résolutions, et encourage la Division de la gestion des conférences à continuer de fournir à la Section de l'édition tout l'appui dont elle a besoin pour faire avancer les travaux sur l'*Annuaire*.

8. Aide de la Division de la codification

325. La Commission a remercié la Division de la codification du Secrétariat de l'aide inestimable qu'elle lui avait apportée en lui fournissant un appui fonctionnel, en prêtant un soutien constant aux rapporteurs spéciaux et en menant des recherches approfondies sur différents aspects des sujets à l'examen. Elle a tout particulièrement remercié le Secrétariat des efforts qu'il avait déployés en 2020 et 2021, grâce auxquels elle avait pu tenir des réunions formelles et informelles même dans le contexte de la pandémie de COVID-19.

9. Sites Web

326. La Commission a vivement remercié le Secrétariat d'avoir maintenu le site Web consacré à ses travaux, se félicitant qu'il soit prévu de continuer de l'actualiser et de l'améliorer⁴⁷⁰. Elle a réaffirmé que ce site et les autres sites Web maintenus par la Division de la codification⁴⁷¹ étaient une ressource très précieuse pour elle et pour l'ensemble des chercheurs s'intéressant à ses travaux et contribuaient de ce fait à renforcer l'enseignement, l'étude, la diffusion et la compréhension du droit international. Elle a constaté avec satisfaction que le site Web consacré à ses travaux contenait des informations sur l'état d'avancement de l'examen des sujets inscrits à son ordre du jour et que l'on pouvait y trouver des liens vers les versions préliminaires éditées des comptes rendus analytiques et les enregistrements audio et vidéo des séances plénières de la Commission.

10. Médiathèque de droit international des Nations Unies

327. La Commission a une fois de plus constaté avec satisfaction que la Médiathèque de droit international des Nations Unies⁴⁷² contribuait grandement à faire mieux connaître le droit international et les travaux menés par l'Organisation des Nations Unies dans ce domaine, notamment les siens.

⁴⁷⁰ <http://legal.un.org/ilc>.

⁴⁷¹ À consulter à l'adresse suivante : <http://legal.un.org/cod/>.

⁴⁷² http://legal.un.org/avl/intro/welcome_avl.html.

C. Dates et lieu de la tenue de la soixante-treizième session de la Commission

328. La Commission a décidé que sa soixante-treizième session se tiendrait à Genève du 18 avril au 3 juin et du 4 juillet au 5 août 2022.

D. Ressources budgétaires nécessaires à la tenue des futures sessions de la Commission du droit international

329. La Commission souligne qu'il importe de prévoir les crédits nécessaires pour que tous ses membres et tous les membres du secrétariat qui sont essentiels au bon déroulement de ses travaux puissent assister à sa session annuelle. Elle est préoccupée par le fait que, ces dernières années, les contraintes budgétaires l'ont empêchée de se voir accorder toutes les ressources voulues. Compte tenu du rôle qu'elle joue dans le développement progressif et la codification du droit international, elle estime qu'il est indispensable que tous ses membres puissent assister aux séances, car c'est ainsi qu'elle peut garantir en son sein la représentation des principales formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde. Par ailleurs, elle a à de nombreuses reprises exprimé ses vues sur la question des honoraires ainsi que sur la mesure dans laquelle le manque de ressources nuit aux travaux de recherche des rapporteurs spéciaux. Elle insiste sur le fait qu'il faut lui allouer les crédits nécessaires à son bon fonctionnement et au bon fonctionnement de son secrétariat et que les rapporteurs spéciaux (en particulier ceux qui viennent de régions en développement) doivent obtenir toute l'aide dont ils ont besoin pour faire les recherches préalables à l'établissement de leurs rapports. La Commission se félicite de tout ce qui a été fait dans le cadre du budget-programme pertinent pour répondre à ces préoccupations. Elle propose que soit envisagée la création d'un fonds d'affectation spéciale destiné à soutenir les rapporteurs spéciaux et à pallier toute insuffisance budgétaire susceptible d'empêcher la pleine participation de son secrétariat.

E. Coopération avec d'autres organes

330. À la 3548^e séance, le 22 juillet 2021, la juge Joan E. Donoghue, Présidente de la Cour internationale de Justice, a pris la parole devant la Commission, qu'elle a informée de l'activité judiciaire récente de la Cour⁴⁷³. Un échange de vues s'est ensuivi.

331. Étant donné les contraintes liées à la pandémie de COVID-19, la Commission n'a malheureusement pas pu avoir d'échanges de vues avec la Commission de l'Union africaine sur le droit international, l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique, le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe et le Comité juridique interaméricain. Cela étant, elle continue d'attacher une grande importance à sa coopération avec ces organes et espère pouvoir de nouveau dialoguer avec eux à ses prochaines sessions.

332. Le 15 juillet 2021, des membres de la Commission et des représentants du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) ont eu un échange de vues informel sur des sujets d'intérêt commun. L'allocation de bienvenue a été prononcée par M. Gilles Carbonnier, Vice-Président du CICR, et le discours d'ouverture par M^{me} Cordula Droege, juriste principale et Cheffe de la Division juridique du CICR, et M. Dire D. Tladi, Premier Vice-Président de la Commission. M. Neil Davison, conseiller scientifique et politique au CICR, a présenté un exposé sur la position du CICR sur les systèmes d'armes autonomes, et M^{mes} Patrícia Galvão Teles et Nilüfer Oral, Coprésidentes du groupe d'étude de la Commission chargé d'examiner le sujet, ont fait une présentation sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international. M^{me} Helen Durham, Directrice du Département du droit international et des politiques humanitaires du CICR, a animé un débat entre M^{me} Marja Lehto, Rapporteuse spéciale pour le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés », et M^{me} Helen Obregón Gieseken, conseillère juridique au CICR, qui ont

⁴⁷³ La déclaration est reproduite dans le compte rendu analytique de la séance en question.

discuté de la protection de l'environnement en temps de conflit armé. M^{me} Durham a aussi prononcé le discours de conclusion.

F. Représentation à la soixante-seizième session de l'Assemblée générale

333. La Commission a décidé que, à la soixante-seizième session de l'Assemblée générale, elle serait représentée par son président, M. Mahmoud D. Hmoud.

G. Séminaire de droit international

334. La Commission souligne l'importance qu'elle attache au Séminaire, qui donne à de jeunes juristes, en particulier des juristes originaires de pays en développement, la possibilité de se familiariser avec ses travaux et avec les activités des nombreuses organisations internationales établies à Genève. En raison de la pandémie de COVID-19, le Séminaire n'a pas eu lieu en 2020 ni en 2021. La Commission espère toutefois qu'il sera de nouveau organisé en 2022.

335. La Commission sait gré aux États qui ont continué à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international et recommande à l'Assemblée générale d'inviter de nouveau les États à contribuer volontairement au Fonds afin que le Séminaire puisse se tenir en 2022 avec une participation aussi large que possible et une représentation géographique adéquate.

Annexe

Les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international

Par Charles C. Jalloh

I. Introduction

1. La Cour internationale de Justice (« la CIJ »/« la Cour »), dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis par les États, est tenue d'appliquer à cet effet le paragraphe 1 de l'Article 38 de son statut. Même si, formellement, elle est édictée à l'intention des seuls juges de la CIJ, cette disposition est communément considérée comme l'un des exposés faisant le plus autorité, sinon le plus autorisé des sources du droit international. Il résulte ainsi du paragraphe 1 de l'Article 38 que, pour régler les différends qui lui sont soumis, la Cour applique :

- a) Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;
- b) La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;
- c) Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
- d) Sous réserve de la disposition de l'Article 59, *les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit*⁴⁷⁴. [Non souligné dans l'original.]

2. Étant donné la place centrale des sources dans le système juridique international, on ne s'étonnera pas que la Commission du droit international (« la Commission ») ait consacré beaucoup de temps à étudier les sources énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ, à savoir, notamment, les conventions internationales et, plus récemment, la coutume internationale ainsi que les principes généraux du droit. De fait, à ce jour, la contribution la plus importante de la Commission réside sans doute dans ses travaux sur le droit des traités dont la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969⁴⁷⁵ constitue l'aboutissement, travaux qu'elle poursuivra dans l'avenir⁴⁷⁶. Cette œuvre initiale sur le droit des traités la conduira en effet à approfondir sa réflexion sur le sujet sous divers angles. La Commission s'est ainsi intéressée aux questions des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales⁴⁷⁷, des

⁴⁷⁴ Statut de la Cour internationale de Justice, Art. 38, par. 1, Charte des Nations Unies (1945), annexe I, p. 21 à 30.

⁴⁷⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331 ; Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, 23 août 1978, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1946, p. 3 ; et Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, 21 mars 1986, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

⁴⁷⁶ Voir, de manière générale, sur le site de la CDI, l'onglet *About the Commission*, disponible à l'adresse <https://legal.un.org/ilc/> (consulté le 27 juillet 2021) (On peut notamment citer dans ce domaine les travaux de la Commission sur : le droit des traités (1949-1966) ; les réserves aux traités multilatéraux (1951) ; la succession d'États en matière de traités (1968-1974) ; les traités entre États et organisations internationales (1970-1982) ; les réserves aux traités (1993-2011) ; les effets des conflits armés sur les traités (2004-2011) ; les actes unilatéraux des États (1996-2006) ; les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, précédemment intitulé les traités dans le temps (2008-2018) ; l'application à titre provisoire des traités (2012-2021) ; le *jus cogens*, désormais intitulé les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) (2015 à ce jour)).

⁴⁷⁷ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-quatrième session* (1982), A/37/10, par. 12 à 63.

réerves aux traités⁴⁷⁸, des effets des conflits armés sur les traités⁴⁷⁹, des actes unilatéraux des États⁴⁸⁰, des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités⁴⁸¹, de l'application à titre provisoire des traités⁴⁸² et des normes impératives du droit international général (*jus cogens*)⁴⁸³.

3. En ce qui concerne l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ, sur la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, la Commission a inscrit à son programme de travail, à sa soixante-quatrième session (2012), le sujet intitulé « Formation et identification du droit international coutumier », avant de le renommer « Détermination du droit international coutumier » à sa soixante-cinquième session (2013)⁴⁸⁴. À sa soixante-dixième session (2018), elle a adopté en seconde lecture un projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier et des commentaires y relatifs, transmettant le tout à l'Assemblée générale accompagné d'une recommandation finale, conformément à l'article 23 de son statut⁴⁸⁵. À sa soixante-treizième session (2018), l'Assemblée générale s'est félicitée de l'achèvement des travaux de la Commission sur le sujet et a pris note du texte des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier annexé à sa résolution⁴⁸⁶. Le recommandant aux États, elle a encouragé sa plus large diffusion possible.

4. Continuant d'entreprendre de mettre en évidence les sources fondatrices du droit international, la Commission décidera à sa soixante-dixième session (2018) d'ajouter à son programme de travail l'examen du sujet des « Principes généraux du droit » et nommera un rapporteur spécial pour ce sujet⁴⁸⁷. Les principes généraux du droit suscitent plusieurs questions dans la pratique et sont bien entendu également une source du droit mentionnée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ⁴⁸⁸. Le Rapporteur spécial pour ce sujet a présenté son premier rapport à la soixante et onzième session de la Commission, en 2019, puis son deuxième rapport en 2020⁴⁸⁹. La session de 2020 ayant cependant été exceptionnellement reportée d'un an du fait de la pandémie mondiale de COVID-19, le débat sur ce dernier rapport n'a pu avoir lieu qu'à la soixante-douzième session tenue en 2021⁴⁹⁰.

5. L'entreprise menée par la Commission pour mettre en évidence les sources du droit international a, semble-t-il, été bien accueillie par les États et la communauté juridique internationale. La Commission a déjà mené à bien l'examen de différents sujets, le but en

⁴⁷⁸ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (2011), A/66/10, p. 23.

⁴⁷⁹ Ibid., par. 106.

⁴⁸⁰ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session (2006), A/61/10, par. 160 à 177.

⁴⁸¹ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session (2018), A/73/10, p. 11.

⁴⁸² Ibid., p. 215.

⁴⁸³ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante et onzième session (2019), A/74/10, p. 149.

⁴⁸⁴ Commission du droit international, *Compte rendu analytique provisoire de la 3132^e séance (22 mai 2012)*, A/CN.4/SR.3132, p. 23.

⁴⁸⁵ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session (2018), A/73/10, p. 128.

⁴⁸⁶ Voir la résolution 73/203 de l'Assemblée générale, en date du 20 décembre 2018, p. 2, par. 4.

⁴⁸⁷ Commission du droit international, *Compte rendu analytique provisoire de la 3433^e séance (19 juillet 2018)*, A/CN.4/SR.3433, p. 3.

⁴⁸⁸ Statut de la CIJ, Art. 38, par. 1, al. c), Charte des Nations Unies (1945), annexe I, p. 21 à 30.

⁴⁸⁹ Marcelo Vázquez-Bermúdez (Rapporteur spécial pour le sujet des principes généraux du droit), *Premier rapport sur les principes généraux du droit*, A/CN.4/732 (5 avril 2019) ; Marcelo Vázquez-Bermúdez (Rapporteur spécial pour le sujet des principes généraux du droit), *Deuxième rapport sur les principes généraux du droit*, A/CN.4/741 (9 avril 2020) ; voir aussi Principes généraux du droit, *Étude du Secrétariat de la Commission du droit international*, A/CN.4/742 (12 mai 2020).

⁴⁹⁰ Voir Commission du droit international, *Daily Bulletin Seventy-second Session (2021)*, disponible à l'adresse suivante : <https://legal.un.org/ilc/sessions/72/bulletin.shtml> (consulté le 30 juillet 2021) (Le débat en séance plénière sur le sujet des principes généraux du droit a débuté par la présentation de son rapport par le Rapporteur spécial le 12 juillet 2021 à la 3536^e séance de la Commission et s'est achevé sur un renvoi au Comité de rédaction le 21 juillet 2021 à la 3546^e séance).

étant de préciser le droit des traités et le droit coutumier. Son examen des principes généraux du droit, qui sont une source parfois négligée ou mal comprise du droit international, est en bonne voie. Pour l'heure, elle a entrepris de procéder à l'examen systématique des trois premiers alinéas du paragraphe 1 de l'Article 38, mais le dernier alinéa du paragraphe, concernant les « moyens auxiliaires » de détermination des règles de droit international, n'a guère retenu son attention.

6. Le sujet a bien entendu été évoqué au fil des ans à l'occasion des travaux de la Commission. Il en a ainsi été question, par exemple, au cours du débat en séance plénière tenu à la soixante et onzième session au sujet du premier rapport sur les principes généraux du droit, qui venait constater le défaut de clarté de la question des moyens auxiliaires. Toutefois, ce sujet n'a pas été envisagé séparément en considération de l'intérêt propre qu'il pourrait présenter, même s'il est vrai que, selon le texte même de l'alinéa d), il ne s'agit là que d'un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Quoiqu'il en soit, certains aspects de ces moyens auxiliaires et de leurs interactions et relations avec les sources du droit international sont flous, sources de confusion, voire encore indéterminés. En conséquence, étant donné le souci de clarté, de prévisibilité et d'uniformité du droit international, la Commission devrait envisager d'élargir l'examen systématique du paragraphe 1 de l'Article 38 à la question des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international visés à l'alinéa d) dudit paragraphe, à savoir *les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations*.

7. « [L]es décisions judiciaires » comme « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » ont joué un rôle crucial dans le développement du droit international, ce constat valant pour l'ère de la formation du droit international, sans toutefois y être limité. Le poids des décisions judiciaires et de la doctrine varie selon les juridictions et les branches du droit international considérées. Étant donné ses travaux antérieurs ou plus récents sur les sources du droit international et son mandat d'organe d'experts en matière de droit international général, la Commission paraît spécialement bien placée pour éclaircir plusieurs aspects des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, à savoir notamment leur nature, leur champ d'application et leurs fonctions au regard des sources du droit international.

8. Comme pour d'autres sujets intéressant les sources examinés récemment par la Commission, et sans préjudice de toute autre solution que son examen dicterait, le résultat des travaux de la Commission sur le sujet des moyens auxiliaires pourrait prendre la forme d'un projet de conclusions accompagné de commentaires. Le choix d'un projet de conclusions rejoindrait la solution retenue par la Commission pour les sujets « Détermination du droit international coutumier »⁴⁹¹ et « Principes généraux du droit »⁴⁹². À ce jour, aucune définition unique de l'expression « projet de conclusions » ne ressort de la pratique de la Commission. Selon l'acception qui en est retenue ici, le résultat des travaux sur le sujet proposé représenterait l'aboutissement d'un processus de délibération réfléchi et l'exposé des règles et pratiques recensées concernant les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international. Conformément au Statut et à la pratique établie de la Commission, la teneur du projet de conclusions pourrait ainsi être considérée comme opérant à la fois codification et développement progressif du droit international.

II. Le sujet satisfait aux critères de la Commission retenus pour tous nouveaux sujets

9. Le sujet satisfait aux critères que la Commission a arrêtés en 1996, puis réaffirmés en 1998 s'agissant du choix de nouveaux sujets⁴⁹³, tout nouveau sujet devant ainsi : a) correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la

⁴⁹¹ Voir A/73/10 : *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session (2018)*, p. 123 à 128.

⁴⁹² Voir A/74/10 : *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante et onzième session (2019)*, p. 351.

⁴⁹³ *Annuaire ... 1997*, vol. II (2^e partie), p. 72 et 73, par. 238, A/CN.4/SER.A/1997/Add.1 ; *Annuaire ... 1998*, vol. II (2^e partie), p. 114, par. 553, A/CN.4/SER.A/1998/Add.1.

codification du droit international ; b) être suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à une codification et à un développement progressif ; c) être concret et suffisamment facile à traiter à ces fins⁴⁹⁴. En outre, et même si cette considération ne joue pas ici puisqu'il s'agirait d'un sujet classique du droit international général, la Commission a également décidé que, loin de se cantonner dans l'étude de sujets classiques, elle envisagerait aussi ceux qui dessinent des tendances nouvelles du droit international et inspirent des préoccupations pressantes de la communauté internationale⁴⁹⁵.

10. En l'occurrence, le sujet satisfait aux critères susmentionnés. Il est important pour les États en ce qu'il viendrait leur permettre de mieux appréhender les *décisions judiciaires* et la *doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations* dans leurs différents aspects, ainsi que les solutions pratiques et théoriques qu'elles ont inspirées aux juridictions internes et internationales. Une abondance de jurisprudence interne et internationale et de doctrine invoque les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes à l'occasion de l'opération de détermination des règles applicables de droit international, sans toujours les qualifier expressément de moyens auxiliaires⁴⁹⁶. En analysant les différentes solutions et les divergences de vues suscitées par le recours aux moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38, la Commission pourrait ainsi se donner un guide méthodologique faisant autorité et de nature à l'aider à définir le poids à accorder à ces moyens s'agissant de déterminer l'existence des règles de droit international visées aux alinéas a) à c) dudit paragraphe.

11. Le sujet est en outre suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à une codification et à un développement progressif, à en juger par l'abondante jurisprudence interne et internationale sur la matière, par la prolifération des juridictions internationales ces cinquante dernières années et par le grand volume d'écrits universitaires et autres commentaires de doctrine consacrés à la question des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit.

12. Le sujet est aussi à la fois concret et suffisamment facile à traiter, puisqu'il est axé sur l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 et puisque, rapproché de ses travaux antérieurs, il viendrait offrir à la Commission l'occasion d'achever de clarifier le rôle des moyens subsidiaires dans la détermination des sources du droit international. Ainsi, son examen viendrait sans doute compléter utilement les travaux en cours sur l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38, consacré aux principes généraux du droit et, selon le moment où elle s'y attellerait, permettre à la Commission de s'arrêter sur toutes synergies qui existeraient entre cet alinéa et l'alinéa d).

III. Bref aperçu du paragraphe 1 de l'Article 38 et interrogations suscitées par les moyens subsidiaires

13. La place faite aux décisions judiciaires et à la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations dans le paragraphe 1 de l'Article 38 demeure très controversée au sein de la doctrine. Il semblerait même que les auteurs divergent quant à savoir si cette disposition établit une ou deux listes de sources. Certains, partisans d'une première thèse, voient dans les décisions judiciaires visées à l'alinéa d) une source de droit au même titre que les autres sources de droit énumérées aux alinéas a) à c), estimant que les termes de l'Article 38 sont « [...] déterminants en principe, [et ne voyant] guère de mal à considérer un moyen auxiliaire

⁴⁹⁴ Ibid. ; voir aussi A/55/10 : *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (2000)*, p. 131, par. 728.

⁴⁹⁵ *Annuaire ... 1998*, vol. II (2^e partie), p. 114, par. 553, A/CN.4/SER.A/1998/Add.1 (« La Commission a convenu également qu'elle ne devrait pas s'en tenir aux sujets classiques, mais pourrait aussi envisager ceux qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale. »).

⁴⁹⁶ Voir Sandesh Sivakumaran, *The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law*, Int'l & Comp. L. Q.(2017), vol. 66, p. 1 ; voir aussi Sondre T. Helmersen, *Scholarly Judicial Dialogue in International Law*, L. & Pract. of Int'l Cts. & Trib. (2017), vol. 16, p. 464. Pour une nouvelle monographie approfondie sur la doctrine, voir Sondre T. Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge University Press, 2021).

de détermination des règles de droit comme une source de droit, non par simple analogie mais de façon directe⁴⁹⁷ » [traduction non officielle]. Selon les tenants de la seconde thèse, sans doute dominante, l'Article 38 établirait deux listes de sources. Il énumérerait en ses alinéas a) à c) les « sources formelles dont peuvent naître des règles de droit international juridiquement valides⁴⁹⁸ » [traduction non officielle], tandis qu'il proposerait en son alinéa d) des moyens alternatifs ou supplémentaires grâce auxquels les « règles de droit [existantes] peuvent être déterminées⁴⁹⁹ » [traduction non officielle]. Autrement dit, les moyens auxiliaires seraient de simples outils permettant de déterminer ou de constater l'existence ou le contenu des sources, sans être en soi des sources à proprement parler. L'examen du sujet proposé pourrait être pour la Commission l'occasion de clarifier l'état du droit positif en se fondant sur la pratique et de proposer des orientations touchant la place et l'utilisation des moyens auxiliaires dans différents domaines du droit international.

14. En outre, dans le contexte des débats portant sur la vaste catégorie des « décisions judiciaires », la place des décisions des juridictions *internes* par rapport à celles des juridictions *internationales* suscite diverses interrogations⁵⁰⁰. Si, en elles-mêmes, les décisions judiciaires ne peuvent constituer des sources de droit, les organes judiciaires peuvent, à l'occasion des conclusions qu'ils dégagent en interprétant et en appliquant de tels traités, la coutume et les principes généraux du droit pour déterminer les règles de droit international positif, dégager des obligations juridiques contraignantes pour les États, les organisations internationales et d'autres instances.

15. S'agissant de la relation entre les moyens auxiliaires et les différentes sources du droit international, les décisions judiciaires semblent jouer des rôles divers, venant parfois préciser les règles conventionnelles générales ou les interpréter à la lumière de leur objet pour les appliquer à des situations nouvelles, qui peuvent ne pas avoir été envisagées⁵⁰¹. À cet égard, la CIJ, organe judiciaire principal des Nations Unies, a, par ses arrêts, grandement contribué à l'évolution de nombreuses branches du droit international, notamment le droit de l'emploi de la force, le droit de la mer, la délimitation des frontières maritimes, la responsabilité des États, le droit des traités, les relations consulaires, l'asile, le droit international de l'environnement, la décolonisation, l'autodétermination, etc. Faisant souvent application des règles de fond qu'elle a précédemment dégagées, elle fait ainsi appel à sa jurisprudence venant clarifier les règles du droit international pour contribuer aussi à l'affermissement sinon au développement de ce droit⁵⁰².

⁴⁹⁷ Robert Y. Jennings, *International Lawyers and the Progressive Development of International Law*, in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, J. Makarczyk (dir. publ.), 1996, p. 413 à 424.

⁴⁹⁸ Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, Eur. J. Int'l L. (2013), vol. 24, p. 649, à la page 652 ; O. J. Lissitzyn, *Reviewed Work: International Law. vol. 1 (3^e éd.): International Law as Applied by International Courts and Tribunals by Georg Schwarzenberger*, Am. J. Int'l L. (1959), vol. 53, p. 197.

⁴⁹⁹ Ibid., p. 653 (qui cite Schwarzenberger).

⁵⁰⁰ Voir Sienho Yee, *Article 38 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases*, J. Int. Disp. Settlement (2016), vol. 7, p. 472

⁵⁰¹ Voir Cour internationale de Justice, Manuel, p. 98 à 100, Numéro de vente : 1055 (2016), disponible à l'adresse suivante : <https://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-fr.pdf> (consulté le 27 juillet 2021) (De fait, dès 1949, la CIJ a reconnu l'existence d'une « nouvelle situation » au regard de la Charte dans son avis consultatif sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*) (« La Cour se trouve ici en présence d'une situation nouvelle. On ne peut répondre à la question qui naît de cette situation qu'en déterminant de quelle manière elle est réglée par les dispositions de la Charte interprétées à la lumière des principes du droit international. ») (Depuis lors, la Cour a reconnu expressément dans de nombreuses décisions l'évolution du droit international. Elle a souligné l'importance de cette évolution pour la détermination du droit applicable à l'affaire en cause.)

⁵⁰² Voir Cour internationale de Justice, Manuel, p. 77, disponible à l'adresse suivante : <https://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-fr.pdf> (consulté le 27 juillet 2021) (Où il est dit qu'« un arrêt de la CIJ ne se borne pas à régler un différend donné ; il contribue inévitablement au développement du droit international. La CIJ, qui en est hautement consciente, ne manque pas de tenir compte de ces deux objectifs dans la conception et la rédaction de ses arrêts. »).

16. En ce qui concerne le droit international coutumier, comme il ressort de l'étude consacrée par le secrétariat de la Commission sur le sujet « Détermination du droit international coutumier », « les décisions des juridictions nationales ont deux fonctions générales dans la détermination du droit international coutumier⁵⁰³ ». L'une consiste à servir de preuve de la pratique étatique. L'autre est d'aider à déterminer les règles de droit. Cette dualité de fonctions a été reconnue par la Commission dans ses conclusions finales sur ce sujet⁵⁰⁴. En conséquence, à l'occasion de l'étude envisagée, la Commission pourrait sans doute, en faisant fond sur ces travaux antérieurs ainsi que sur les travaux en cours relatifs aux principes généraux du droit, examiner utilement le rôle joué par les décisions judiciaires des juridictions internes et internationales dans l'interprétation et l'application des règles de droit international découlant des traités, de la coutume et des principes généraux du droit tels qu'envisagés à l'Article 38.

17. Bien entendu, l'Article 38 du Statut de la CIJ n'a pas surgi du néant. Évoquant la situation antérieure à la rédaction de cette disposition, Oppenheim écrivait ce qui suit en 1908 :

« Mis à part la Cour internationale des prises dont la création a été décidée lors de la deuxième Conférence internationale de la paix de La Haye mais qui n'a pas encore vu le jour, il n'existe aucune juridiction internationale pouvant définir ces règles coutumières et les appliquer avec autorité à des affaires ayant vocation à acquérir valeur de précédents liant les juridictions inférieures. Les auteurs, et en particulier les auteurs de traités de droit international, doivent d'une certaine manière prendre la place des juges pour dire s'il existe quelque coutume établie, si l'on est en présence uniquement de quelque usage par opposition à une coutume, ou encore si tel usage a acquis valeur de coutume ainsi que pour trancher d'autres questions du même ordre [...] C'est pourquoi la doctrine du droit international est beaucoup plus importante pour l'application de ce droit que la doctrine d'autres branches du droit.⁵⁰⁵ » [traduction non officielle].

18. Le texte actuel de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 est fondé sur celui du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (« la CPJI »). Le Comité consultatif de juristes de 1920, et plus précisément son président, le baron Descamps, avait initialement proposé le texte suivant : la jurisprudence internationale, comme organe d'application et de développement du droit⁵⁰⁶. Cette proposition avait soulevé une certaine opposition. Au cours des débats qui suivront, le baron Descamps déclarera que, selon lui « la doctrine et la jurisprudence ne créent pas de règles, sans doute, mais elles concourent à la détermination des règles qui existent. Le juge devra recourir au double trésor de l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale, mais ces trésors conservent un caractère élucidateur⁵⁰⁷ » [traduction non officielle]. Sa proposition initiale ne sera pas adoptée. Au cours des discussions, MM. Root et Phillimore soumettront un autre projet de texte⁵⁰⁸. « L'opposition suscitée par sa position n'ayant pas désarmé, le baron Descamps [...] proposera en définitive [...] le libellé suivant : “la Cour tient compte des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations comme moyens auxiliaires de la détermination des règles de droit”⁵⁰⁹ » [traduction non officielle], suggérant lui-même de

⁵⁰³ *Détermination du droit international coutumier : Le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier*, Étude du Secrétariat de la Commission du droit international, A/CN.4/691 (9 février 2016).

⁵⁰⁴ Voir, par exemple, A/73/10 : *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session (2018)*, p. 126 à 128 (conclusions 6, 10, 13 et 14) (Visant dans certains cas à la fois les décisions judiciaires des tribunaux internes et la doctrine des publicistes.).

⁵⁰⁵ Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, Eur. J. Int'l L. (2013), vol. 24, p. 649, à la page 659 ; voir aussi L. F. L. Oppenheim, *The Science of International Law: Its Task and Method*, Am. J. Int'l L. (1908), vol. 2, p. 313.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 651.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 652.

⁵⁰⁸ Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, Eur. J. Int'l L. (2013), vol. 24, p. 649, à la page 652.

⁵⁰⁹ *Ibid.*

retenir les mots « comme moyens auxiliaires de la détermination des règles de droit ». La formule sera adoptée telle qu'elle⁵¹⁰. On gagnerait sans doute ainsi à interroger de près, à l'occasion de l'examen envisagé, les travaux préparatoires de la disposition en question, le but étant d'éclaircir le rôle que l'on a entendu attribuer aux moyens auxiliaires et leur place actuelle dans la détermination des règles de droit international.

IV. Décisions judiciaires

19. Il résulte du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ que les « décisions judiciaires » sont un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit⁵¹¹ ». Cela dit, comme l'a fait remarquer un commentateur, « cette formule sous-estime le rôle des décisions des juridictions internationales dans le processus de création des normes. Des jugements bien argumentés ont souvent une influence essentielle sur le processus normatif, même si en théorie les tribunaux appliquent le droit existant et ne créent pas de nouvelles règles⁵¹² » [traduction non officielle]. En principe, bien sûr, les décisions de la CIJ n'ont pas de force obligatoire excepté entre les parties au litige et, même entre celles-ci, cette force obligatoire se limite au cas qui a été décidé (Art. 59 du Statut de la CIJ)⁵¹³. Toutefois, sans être liée par quelque règle du précédent similaire à celle connue des systèmes de *common law* en vertu de laquelle la jurisprudence des juridictions supérieures s'impose aux juridictions inférieures, la CIJ s'appuie en pratique sur sa propre jurisprudence. Gage de prévisibilité et de cohérence dans l'application du droit international, cette approche est aussi source de sécurité juridique accrue en faveur des États et des organisations internationales, la Cour ne s'écartant de ses précédents que pour des motifs sérieux et, s'en expliquant souvent, toutes les fois qu'elle est conduite à le faire.

20. Il est parfois malaisé de dire s'il faut interpréter restrictivement ou largement le paragraphe 1 de l'Article 38. La Cour s'appuie aussi naturellement sur les travaux de la CPJI, sa devancière, comme le font les parties qui plaident devant elle. Les parties au litige ou les parties intervenantes invoquent en outre abondamment la jurisprudence comme la doctrine. De fait, et on ne s'en étonnera sans doute pas, la Cour invoque aussi couramment la jurisprudence d'autres juridictions internationales ou de juridictions internes. Et si, dans ses arrêts, elle ne vise guère de travaux de juristes, la Cour semble accorder une place de choix aux travaux d'organes d'experts lorsqu'elle tranche un différend ou rend un avis consultatif.

21. La CIJ invoque maintenant de plus en plus fréquemment la jurisprudence d'autres juridictions, cette tendance semblant devoir s'accroître à mesure que le droit international se spécialise. Ainsi a-t-elle notamment cité le Tribunal international du droit de la mer⁵¹⁴, la Cour centraméricaine de justice⁵¹⁵, la Cour de justice des communautés européennes⁵¹⁶ (aujourd'hui la Cour de justice de l'Union européenne), certaines sentences arbitrales⁵¹⁷ et des organes chargés des droits de l'homme à vocation régionale, comme la Cour

⁵¹⁰ Ibid.

⁵¹¹ Statut de la CIJ, Art. 38, par. 1, al. d), Charte des Nations Unies (1945), annexe I, p. 21 à 30.

⁵¹² Rudolf Bernhardt, *Custom and Treaty in the Law of the Sea*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 205, 1987, p. 247 à 330.

⁵¹³ Statut de la CIJ, Art. 59, Charte des Nations Unies (1945), annexe I, p. 21 à 30.

⁵¹⁴ Voir *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 624, à la page 666, par. 114 (novembre 2019).

⁵¹⁵ Voir *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*, arrêt, C.I.J. 1992, p. 351, à la page 599, par. 401 (septembre 2011) (où il est fait référence à l'arrêt rendu par la Cour centraméricaine de justice en l'affaire *El Salvador c. Nicaragua*, C.A.C.J., arrêt du 9 mars 1917, Am. J. Int'l L., vol. 11, p. 674).

⁵¹⁶ Voir *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, arrêt du 5 décembre 2011, C.I.J. Recueil 2011, p. 644, aux pages 678 et 679, par. 109.

⁵¹⁷ Voir *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 659, à la page 701, par. 133 (8 octobre) (où il est renvoyé à la sentence arbitrale rendue le 24 mars 1922 par le Conseil fédéral suisse en l'affaire des *Frontières colombo-vénézuéliennes*, R.S.A., vol. I, p. 223) (Dans la même affaire, au paragraphe suivant, la Cour renvoie également à la sentence arbitrale rendue le 23 janvier 1933 par le tribunal spécial de délimitation dans l'affaire de la *Frontière hondurienne (Guatemala c. Honduras)*, R.S.A., vol. II, p. 1325 (1949)).

interaméricaine des droits de l'homme⁵¹⁸, la Cour européenne des droits de l'homme⁵¹⁹ et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples⁵²⁰, dont elle a invoqué l'interprétation du paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dans son arrêt de 2010 en l'affaire *Diallo*⁵²¹, dans lequel elle a déclaré que :

« Lorsqu'[elle] est appelée [...] à faire application d'un instrument régional de protection des droits de l'homme, [la Cour] doit tenir dûment compte de l'interprétation dudit instrument adoptée par les organes indépendants qui ont été spécialement créés, si tel a été le cas, en vue de contrôler la bonne application du traité en cause.⁵²² ».

22. En outre, la CIJ fait fréquemment référence aux travaux de tribunaux spécialisés, dont le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie⁵²³ (« TPIY ») et le Tribunal pénal international pour le Rwanda⁵²⁴ (« TPIR ») sur des questions concernant le droit pénal international et le droit international humanitaire, s'inclinant dans une certaine mesure à l'occasion, comme dans les cas mentionnés au paragraphe précédent, devant les décisions des dites juridictions spécialisées. De même, chaque branche du droit international s'inscrivant dans un système juridique international plus vaste, ces juridictions sollicitent aussi souvent l'avis autorisé de la CIJ sur l'état du droit international concernant des questions essentielles, pour compléter toutes orientations résultant des sources mentionnées à l'Article 38.

23. Il pourrait également être intéressant d'examiner la pratique des tribunaux spécialisés et des tribunaux internes consistant à suivre les décisions de la CIJ sur des questions de droit international général en vertu de ce que l'on désigne souvent par l'expression de dialogue entre juridictions⁵²⁵. Le TPIY, par exemple, invoque les moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ. Ainsi, dans l'affaire *Kupreškić et consorts*, la Chambre de première instance a déclaré qu'étant « [i]nternational par nature [...], le Tribunal ne peut que se fonder sur les sources bien établies de droit international et, dans ce cadre, sur des décisions judiciaires⁵²⁶ ». À propos de la valeur à accorder à ces décisions, la Chambre a estimé cependant qu'elles « ne devraient être utilisées que comme “moyen auxiliaire de détermination des règles de droit”⁵²⁷ », précisant en outre que « le précédent judiciaire n'est pas une source distincte du droit international pénal⁵²⁸ ». Dans le même ordre

⁵¹⁸ Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 324, à la page 331, par. 13 (19 juin).

⁵¹⁹ Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, à la page 92, par. 119 ; l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 324, à la page 331, par. 13 ; affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 132, par. 72 (3 février).

⁵²⁰ Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639, aux pages 363 et 364, par. 66 et 67 (30 novembre).

⁵²¹ *Ibid.*, p. 664, par. 67.

⁵²² *Ibid.* ; voir aussi Mads Andenas et Johann R. Leiss, *The Systemic Relevance of “Judicial Decisions” in Article 38 of the ICJ Statute*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2017), vol. 77, p. 907 à 972, pour une analyse approfondie de l'article 38 et de l'approche de la CIJ concernant les décisions de justice.

⁵²³ Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, à la page 130, par. 212 (26 février).

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 126, par. 198.

⁵²⁵ Voir, par exemple, pour une analyse doctrinale du dialogue entre juridictions dans le domaine du droit des droits de l'homme *Special Issue: Judicial Dialogue in Human Rights*, Elżbieta Karska et Karol Karski (dir. publ.), *Int'l Com. L. Rev.* (2019), vol. 21, p. 5.

⁵²⁶ Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, *Eur. J. Int'l L.* (2013), vol. 24, p. 653 ; voir aussi L. F. L. Oppenheim, *The Science of International Law: Its Task and Method*, *Am. J. Int'l L.* (1908), vol. 2, p. 313.

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, *Eur. J. Int'l L.* (2013), vol. 24, p. 653.

d'idées, il résulte du paragraphe 3 de l'article 20 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (« TSSL ») que « [l]es juges de la Chambre d'appel du Tribunal spécial se laissent guider par les décisions de la Chambre d'appel [du TPIY et du TPIR]⁵²⁹ ». Le TSSL souligne toutefois que cette disposition ne signifie pas que les décisions de ces tribunaux internationaux constituent des sources directes, ni qu'elles s'imposent à lui⁵³⁰.

24. La Cour pénale internationale (« CPI »), dont le corpus de règles applicables énoncé à l'article 21 du Statut de Rome⁵³¹ reprend dans une large mesure les sources énumérées à l'Article 38 du Statut de la CIJ, suit une approche similaire. Outre son propre statut ainsi que les traités applicables et les autres principes et règles du droit international, ainsi que les principes généraux dégagés à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, la CPI peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures.

25. Si la question de la place à accorder aux décisions judiciaires, y compris celles d'autres juridictions, dépend du statut ou de l'instrument constitutif des juridictions concernées, voire de leur jurisprudence, une pratique abondante témoigne de l'utilisation des décisions judiciaires comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit pour établir celles qui sont applicables dans une affaire donnée. D'où la question de savoir ce qu'il faut entendre par « décision judiciaire ». En outre, aucun adjectif, par exemple « internationales », « nationales », ni du reste « régionales », ne vient qualifier l'expression « décisions judiciaires » résultant du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ. Une analyse plus poussée des termes « décisions » et « judiciaires » semblerait donc s'imposer.

26. Il subsiste également des interrogations quant à l'intérêt des décisions des juridictions internes, ainsi que des juridictions régionales et des organes quasi judiciaires, et au poids à leur accorder par rapport aux décisions des juridictions internationales s'agissant de déterminer toutes règles de droit *international* par référence aux sources de ce droit. On est fondé à se demander aussi si, s'agissant de la détermination de règles spéciales, les travaux spécialisés de groupes ou d'arbitres spéciaux ad hoc institués par l'une ou l'autre, voire les deux parties, à un litige devraient peser du même poids que les décisions d'instances judiciaires établies par des juridictions internationales ou régionales créées par les États, singulièrement celles à caractère universel ou quasi universel, et ce, spécialement en matière de droit des investissements par exemple ou lorsque les décisions d'organes arbitraux s'écarterent des règles du droit international.

27. D'aucuns se sont aussi inquiétés de l'éventualité où différentes juridictions internationales seraient simultanément saisies d'un même différend ou dégageraient des conclusions contradictoires au sujet d'une même règle internationale, ce qui conduirait à s'interroger sur les limites de leurs compétences respectives et tous liens hiérarchiques⁵³² qui

⁵²⁹ Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 16 janvier 2002, art. 20, par. 3, *Recueil des Traités*, vol. 2178, p. 145.

⁵³⁰ Voir *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et al.*, Case No. SCSL-04-15-T, Trial Court Judgment, p. 295 (2 mars 2009) ; pour un commentaire sur la contribution de la jurisprudence du Tribunal spécial pour la Sierra Leone au droit pénal international, Voir Charles C. Jalloh, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone* (Cambridge Univ. Press, 2020) ; Charles C. Jalloh (dir. publ.), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law* (Cambridge Univ. Press, 2014) ; Symposium, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone*, FIU L. Rev. (2021), vol. 15, p. 1 ; Charles C. Jalloh, *The Continued Relevance of the Contributions of the Sierra Leone Tribunal to International Criminal Law*, FIU L. Rev. (2021), vol. 15, p. 1, aux pages 1 à 13 ; Charles C. Jalloh, *Closing Reflections on the Contributions of the SCSL's Legal Legacy*, FIU L. Rev. (2021), vol. 15, p. 1, aux pages 91 à 95.

⁵³¹ Pour un excellent commentaire de cet article, voir Margaret M. deGuzman, « Article 21 », dans O. Triffterer and K. Ambos (dir. Pub.), *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3^e éd. (Munich and Oxford, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016), p. 932 à 948.

⁵³² Les inquiétudes exprimées au sujet de la fragmentation du droit international et des conflits entre les régimes qui en relèvent ont également suscité des débats au sujet de l'unité, de la cohérence et de la légitimité de ce droit. Voir, à cet égard, *Annuaire ... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 183 à 193, A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 ; *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, A/CN.4/L.682, p. 14, par.13 (13 avril 2006).

les uniraient. Sans être dénuées d'intérêt, ces questions et interrogations débordent le champ du sujet.

28. Vu ce qui précède, la Commission devrait pouvoir arrêter une méthode qui viendrait l'aider à déterminer la valeur et le poids à accorder aux décisions judiciaires en tant que moyen auxiliaire de détermination des règles applicables du droit international et lui permettre ainsi de définir une approche cohérente utile en la matière à l'intention des États, des organisations internationales, des juridictions ainsi que de la doctrine et des praticiens du droit international.

V. La doctrine des publicistes les plus qualifiés

29. Il résulte du second volet de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ que « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » constitue aussi un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Certes, classiquement, les travaux des plus éminents auteurs ont été d'un grand apport s'agissant de dégager telles règles applicables du droit international⁵³³. Il semble cependant que leur place ne soit plus aussi éminente, en partie sans doute parce que les États ont réglé des questions toujours plus nombreuses par des conventions internationales et que, dans les domaines où il n'en existe pas ou lorsqu'elles s'avèrent lacunaires, ils font appel au droit international coutumier ou aux principes généraux du droit, même si pour déterminer l'existence et le contenu des règles applicables découlant de ces sources on interroge d'ordinaire utilement les travaux de la doctrine. Indépendamment de la « doctrine » des « publicistes les plus qualifiés » au sens strict, les juridictions peuvent aussi interroger électroniquement un vaste corpus de pratique étatique grâce à des répertoires et d'autres sources fiables, réceptacles de ces informations, l'intérêt des travaux des « publicistes » s'en trouvant ainsi amoindri.

30. Les différentes juridictions et systèmes juridiques nationaux et internationaux ont des approches différentes de la doctrine des publicistes, ou de la doctrine de façon générale, en matière de détermination des règles de droit internes ou internationales. Si la CIJ ne l'invoque guère que de loin en loin, n'y faisant référence que dans une poignée de ses arrêts, la doctrine des publicistes occupe en revanche une place de choix dans les opinions individuelles des juges ainsi que dans les décisions de nombreuses autres juridictions. On l'invoque aussi couramment dans les décisions de tribunaux régionaux, ou d'autres tribunaux internationaux, à savoir, pour ne citer que quelques exemples parmi tant d'autres, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, la Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal international du droit de la mer, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ainsi que les juridictions pénales internationales, dont la Cour pénale internationale et d'autres instances telles que celles de l'Organisation mondiale du commerce. Il n'est pas rare que des juridictions, internes comme internationales, reçoivent ou sollicitent l'avis de spécialistes de la doctrine en qualité d'*amicus curiae* sur tels ou tels points de droit.

31. Si les travaux menés par des auteurs ou autres publicistes ont un certain poids, à tout le moins comme outils d'aide à l'interprétation, il semble que ceux qui émanent de groupes doctrinaux et de certains organes d'experts puissent être regardés comme faisant encore davantage autorité. Se pose donc avant tout la question de savoir si les travaux collectifs d'experts peuvent être considérés comme faisant partie de la doctrine des publicistes. En outre, si tel est le cas, il faudrait peut-être établir une distinction entre le résultat des travaux d'organes d'experts à caractère purement *privé* et ceux d'organes créés par des États ou des organisations internationales. Les prononcés de groupes de juristes internationaux occupés à l'évaluation scientifique de l'état du droit, notamment à l'entreprise de codification ou de développement progressif, peuvent certainement s'avérer utiles et pertinents, pouvant donc participer de la « doctrine ». On peut notamment citer parmi ces groupes d'experts, ad hoc ou permanents, le Harvard Research in International Law (1929-1932), l'Institut de droit international et l'Association de droit international, toutes ces entités privées ayant contribué

⁵³³ Voir Sandesh Sivakumaran, *The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law*, Int'l & Comp. L. Q. (2017), vol. 66, p. 1 ; Voir aussi Sondre T. Helmersen, *Scholarly Judicial Dialogue in International Law*, 16 L. & Pract. of Int'l Cts. & Trib. (2017), vol. 16, p. 464.

utilement, à différentes périodes, à éclaircir et à faire évoluer certaines branches du droit international.

32. Les organes créés par des États, par exemple ceux d'origine conventionnelle et à vocation bien déterminée comme le Comité des droits de l'homme, le Comité contre la torture et le Comité international de la Croix-Rouge, pourraient peser d'un certain poids s'agissant de déterminer les règles de droit international applicables à telle ou telle question donnée, à tout le moins de donner leur interprétation touchant tels ou tels points de droit relevant de leur domaine de compétence. De même, les travaux d'organes régionaux de codification du droit comme l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique, la Commission de l'Union africaine sur le droit international, le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe, le Comité juridique interaméricain, qui sont des entités liées aux États ou créées par ceux-ci, pourraient, quoique ayant vocation régionale, peser du même poids. La Commission en a fait le constat à l'occasion de travaux antérieurs, notamment au sujet des projets de conclusion consacrés à la question des prononcés d'organes d'experts dans le cadre de l'examen des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités⁵³⁴. Il semblerait donc opportun d'examiner cette question plus avant au regard du paragraphe 1 de l'Article 38.

33. Dans le même ordre d'idées, l'on *pourrait* examiner les travaux réalisés par la Commission en exécution du mandat unique que lui a confié l'Assemblée générale, à savoir aider les États à encourager le développement progressif du droit international et sa codification, ainsi qu'il est dit à l'Article 13 de la Charte des Nations Unies. En effet, la Commission, ses rapporteurs spéciaux et ses membres, non seulement invoquent abondamment des décisions judiciaires, mais aussi couramment la doctrine des juristes, et ce, notamment tant dans les rapports qu'ils rédigent et les commentaires relatifs aux articles, principes et directives adoptés, qu'au cours des débats en séance plénière et au sein du Comité de rédaction. La Commission peut même entretenir officiellement des relations plus étroites avec ces autorités, puisqu'elle est habilitée par son statut à consulter « des institutions scientifiques et des experts individuels ». Elle est en outre expressément tenue de joindre aux projets d'article qu'elle soumet à l'Assemblée générale « une présentation adéquate des précédents et autres données pertinentes, y compris les traités, les *décisions judiciaires* et la *doctrine* » (art. 20, al. a)).

34. En faisant œuvre de codification, la Commission peut, s'agissant d'évaluer la pratique des États, demander aux gouvernements de lui fournir « les textes de loi, décrets, *décisions judiciaires* [...] » (art. 19, par. 2). De même, lorsqu'elle examine les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international, la Commission doit dûment tenir compte de la compilation et de la publication de « documents établissant la pratique des États et des *décisions de juridictions nationales et internationales* sur des questions de droit international » (art. 24). Ces dispositions de son statut disent assez l'intérêt que les décisions judiciaires présentent pour les travaux non seulement des organes judiciaires, mais aussi des organes internationaux d'experts qui concourent à l'œuvre de codification et de développement progressif du droit international. Cela étant dit, la Commission ne prétend pas – cela se comprend – tirer quelque statut ou autorité pour elle de ses propres travaux, alors même que certaines juridictions ou certains universitaires ont tendance à leur conférer une certaine autorité.

35. En définitive, malgré leur omniprésence dans les travaux des juridictions internes et internationales, des juristes et de la Commission en tant qu'outils d'aide à l'interprétation du

⁵³⁴ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session*, A/73/10, p. 119, par. 18 (2018) (« L'accord de toutes les parties à un traité, voire d'un grand nombre d'entre elles, au sujet de l'interprétation formulée dans un prononcé n'est souvent envisageable que si l'absence d'objections peut être assimilée à un accord des États parties qui ont gardé le silence. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 10 dispose ce qui suit, à titre de règle générale : “ Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction”. La deuxième phrase du paragraphe 3 vise non pas à reconnaître une exception à cette règle générale, mais plutôt à préciser et appliquer cette règle aux cas typiques des prononcés d'organes d'experts. ») ; voir aussi Georg Nolte (Rapporteur spécial sur la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités), *Quatrième rapport sur la pratique et des accords ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités*, A/CN.4/694 (7 mars 2016).

droit, les travaux des juristes, des groupes d'experts et d'autres entités spécialisées en droit international ont suscité un intérêt moindre en tant que moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international. Néanmoins, comme l'a déclaré la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire du *Paquete Habana*, « les tribunaux judiciaires consultent ces travaux non pour les considérations de leurs auteurs sur ce que devrait être le droit, mais pour les preuves fiables qu'ils contiennent de ce qu'il est réellement⁵³⁵ » [traduction non officielle]. Ces travaux tirent ainsi leur autorité de leur qualité, de leur objectivité et de leur exhaustivité. Il serait sans doute intéressant à cet égard de se demander comment apprécier l'influence des spécialistes de la doctrine et de leurs travaux, en procédant selon une approche empirique ou autre.

36. On retiendra que depuis la décision rendue en l'affaire du *Paquete Habana* en 1900, on n'a guère tenté de cerner les notions de « décisions judiciaires » et de « doctrine des publicistes les plus qualifiés ». En définitive, sans doute en raison de la nature du sujet, la méthode employée pour évaluer les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations et le poids qui leur est accordé dans la détermination des règles de droit applicables demeure peu cohérente. On peut également s'interroger sur le point de savoir comment, dans le monde multiculturel et pluraliste qui est le nôtre, utiliser le langage du droit international pour donner aux interprétations de ce droit faites par les publicistes un caractère véritablement représentatif de l'universalité de ce système de droit.

VI. Portée du sujet et questions envisageables

37. Vu ce qui précède, nous proposons que la Commission entreprenne d'examiner un certain nombre de questions qui sous-tendent l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 pour établir l'usage que les États, les juridictions internationales et les organisations internationales, ainsi que les organes privés ou gouvernementaux d'experts et les spécialistes de la doctrine, ont fait des « moyens auxiliaires » s'agissant de déterminer les règles applicables du droit (international).

38. Sans exclure d'autres questions ou d'autres aspects de la question susceptibles de surgir au cours de l'examen du sujet, la Commission s'intéressera sans doute essentiellement aux points ci-après :

- i) Description, objectifs, méthodologie du sujet ;
- ii) Nature et champ d'application des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit :
 - a) Origine des moyens auxiliaires, y compris les travaux préparatoires à l'établissement de la Cour permanente de Justice internationale, et rôle fonctionnel joué par les moyens auxiliaires dans différents domaines du droit international, notamment le droit international des droits de l'homme, le droit pénal international, le droit international économique, etc. ;
 - b) Champ d'application des « moyens auxiliaires » et questions d'ordre terminologique, y compris la signification des termes et expressions « auxiliaire », « moyen », « décisions judiciaires », « détermination », « règles de droit », « doctrine », « les plus qualifiés », « publicistes » et « différentes nations » ;
 - c) Place et utilisation des moyens auxiliaires par les États, en particulier devant les instances juridictionnelles internationales, ainsi que en définitive dans les décisions judiciaires et les écrits des publicistes, comme preuve du droit international ;
 - d) Fonctions des moyens auxiliaires et relations entre eux aux fins de la détermination des règles de droit, y compris devant les juridictions internes et internationales, et toutes différences qui existeraient à cet égard entre différents systèmes juridiques ;
- iii) Relation entre les moyens auxiliaires et les sources du droit international, à savoir les traités, la coutume et les principes généraux du droit ;

⁵³⁵ *Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 20 S. Ct. 290 (1900), p. 686 à 700.

iv) Méthodes permettant d'établir le poids et la valeur accordée aux décisions judiciaires et le poids accordé à la doctrine des publicistes des différentes nations comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit et différences entre le poids accordé aux travaux de spécialistes de la doctrine et à ceux d'organes officiels d'experts, ou d'autres organes d'experts, en fonction notamment des systèmes juridiques ;

v) Bibliographie comportant une liste plurilingue d'ouvrages consacrés aux moyens auxiliaires au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 recensés à l'occasion de l'examen du sujet et suggérés par les États ;

vi) Forme possible du résultat des travaux (conclusions) ;

vii) Autres questions/questions diverses.

VII. Méthode de travail proposée pour le sujet

39. Aux fins de l'examen du sujet, la méthode de travail retenue consistera à interroger tant les sources primaires et secondaires que les écrits consacrés à la matière, les investigations devant se guider sur l'abondante pratique des États existant en la matière, ainsi que sur les traités, d'autres instruments internationaux, la jurisprudence des juridictions nationales, régionales et internationales compétentes, ainsi que sur les lois, décrets et autres textes de droit interne, sans oublier les travaux doctrinaux, dont ceux de spécialistes et d'organes d'experts, ainsi que ceux des organisations internationales compétentes, et ce, surtout au regard de la nature du sujet ainsi que de la lettre et de l'esprit de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38.

VIII. Conclusion

40. Pour résumer, il appert que les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés sont une forme de preuve du droit international couramment invoquée par les juridictions nationales et internationales. Selon les termes mêmes employés, elles ont uniquement valeur de « moyen auxiliaire » aux fins de la « détermination » des règles de droit. Néanmoins, étant donné la confusion et les approches divergentes de la matière par les juridictions internes et internationales, il y aurait lieu d'identifier plus nettement les décisions judiciaires et les éléments de la doctrine visés par l'alinéa d) et leurs effets juridiques, ou autres éventuels effets sur le système du droit international moderne. Dans ce contexte, une analyse exhaustive de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 viendrait sans doute permettre à la Commission de compléter les travaux premiers qu'elle a consacrés à l'identification des règles du droit international et les sujets dont elle a entrepris l'examen plus récemment dans cette branche majeure du droit international général et, ce faisant, contribuer grandement à l'entreprise de codification et de développement progressif du droit international touchant le sujet classique des sources de ce droit.

Bibliographie préliminaire/choisie

1. Instruments juridiques

Statute of the International Court of Justice, U.N. Charter, Annex I, at 21-30 (1945).

Statute of the Special Court for Sierra Leone, Jan. 16, 2002, 2178 U.N.T.S. 145.

Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

Vienna Convention on the Succession of States in Respect of Treaties, Aug. 23, 1978, 1946 U.N.T.S. 3.

Vienna Convention on the Law of Treaties Concluded Between States and International Organizations, or between International Organization, Mar. 21, 1986, 1155 U.N.T.S. 331.

2. Documents de la Commission du droit international

Georg Nolte (Special Rapporteur for subsequent practice in relation to treaty interpretation), *Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation*, U.N. Doc. A/CN.4/694 (Mar. 7, 2016).

Marcelo Vázquez-Bermúdez (Special Rapporteur for general principles of law), *First report on general principles of law*, U.N. Doc. A/CN.4/732 (Apr. 5, 2019).

Marcelo Vázquez-Bermúdez (Special Rapporteur for general principles of law), *Second report on general principles of law*, U.N. Doc. A/CN.4/741 (Apr. 9, 2020).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Second report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (May 22, 2014).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international Law), *Third report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/682 (Mar. 27, 2015).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Fourth report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/695 (Mar. 8, 2014).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Fifth report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/717 (Mar. 14, 2018).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Thirty-fourth Session, U.N. Doc. A/37/10 (1982).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of its Forty-fourth Session, U.N. Doc A/47/10 (1992).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of its Forty-eighth Session, U.N. Doc A/51/10 (1996).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Sixty-third Session, U.N. Doc. A/66/10 (2011).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Seventieth Session, U.N. Doc. A/73/10 (2018).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Seventy-first Session, U.N. Doc. A/74/10 (2019).

Int'l Law Comm'n, *Provisional summary record of the 3132nd meeting*, U.N. Doc. A/CN.4/SR.3132 (May 22, 2012).

Int'l Law Comm'n, *Provisional summary record of the 3433rd meeting*, U.N. Doc. A/CN.4/SR.3433 (July 19, 2018).

U.N. Secretariat, Identification of customary international law, The role of decisions of national courts in the case law of international courts and tribunals of a universal character for the purpose of the determination of customary international law, Memorandum by the Secretariat, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. A/CN.4/691 (Feb. 9, 2016).

U.N. Secretariat, General principles of law, Memorandum by the Secretariat, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. A/CN.4/742, (May 12, 2020).

3. Jurisprudence

A. *Cour internationale de Justice*

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. and Montenegro), Judgment, 2007 I.C.J. Rep. 43 (Feb. 26).

Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Rep. of Maced. v. Greece), Judgment, 2011 I.C.J. Rep. 644 (Dec. 5).

Ahmadou Sadio Diallo (Rep. of Guinea v. Dem. Rep. Congo), Judgment, 2010 I.C.J. Rep. 639 (Nov. 30).

Ahmadou Sadio Diallo (Rep. of Guinea v. Dem. Rep. Congo), Judgement, 2012 ICJ Rep. 324 (June 19).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belg. v. Spain), Judgment, 1970 I.C.J. Rep. 3 (Feb. 5).

Continental Shelf (Tunis./Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, 1982 I.C.J. Rep. 18 (Feb. 24).

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, 1984 I.C.J. Rep. 3 (Mar. 21).

Jurisdictional Immunities of the State (Ger. v. It.: Greece intervening), Judgment, 2012 I.C.J. Rep. 99 (Feb. 3).

Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Sal. v. Hond.: Nicar. intervening), Judgment, 1992 I.C.J. Rep. 351 (Sept. 11)(Referring to the judgment in El Sal. v. Nicar. AJIL 674 (CACJ 1917)).

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Eq. Guinea intervening), Judgment, 2002 I.C.J. Rep. 303 (Oct. 10).

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 226 (July 8).

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahr. (Qatar v. Bahr.), Merits, Judgment, 2001 I.C.J. Rep. 40 (Mar. 16).

Military and Paramilitary Activities (Nicar. V. U.S.), 1986 I.C.J. Rep. 14 (June 27).

North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den., F.R.G., v. Neth.), Judgement, 1969 I.C.J. Rep. 3 (Feb. 20).

Nottebohm Case (Liech. v. Guat.), Preliminary Objection, Judgment, 1953 I.C.J. Rep. 111 (Nov. 18).

Territorial and Maritime Dispute (Nicar. v. Colom.), Judgment, 2012 I.C.J. Rep. 624 (Nov. 19).

Territorial and Maritime Dispute between Nicar. and Hond. in the Caribbean Sea (Nicar. v. Hond.), Judgment, 2007 I.C.J. Rep. 659 (Oct. 8) (Referring to the award rendered on Mar. 24, 1922 by the Swiss Federal Council in Frontier Dispute between Colombia and Venezuela, I R.I.A.A. 223 (1922)).

B. *Cour interaméricaine des droits de l'homme*

Case of the Rochela Massacre v. Colom., Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 175 (Jan. 28, 2008).

Case of Cantoral Huamaní and García Santa Cruz v. Peru, Interpretation of the Judgment on Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 176 (Jan 28, 2008).

Case of Escué Zapata v. Colom., Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 178 (May 5, 2008).

Case of the Miguel Castro Prison v. Peru, Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 181 (Aug. 2, 2008).

Case of Albán Cornejo et al. v. Ecuador, Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 183 (Aug. 5, 2008).

Case of the Saramaka People v. Surin., Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 185 (Aug. 12, 2008).

Case of García Prieto et al. v. El Sal., Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 188 (Nov. 24, 2008).

Case of Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador, Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 189 (Nov. 26, 2008).

C. *Autres juridictions*

Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et. al., Case No. SCSL-04-15-T, Trial Court Judgment (Mar. 2, 2009).

The Paquete Habana, 175 U.S. 677, 20 S. Ct. 290 (1900).

4. **Articles et ouvrages de doctrine**

William J. Aceves, *Symposium Introduction: Scholarship as Evidence of International Law*, 26 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. R. 1 (2003).

Michael Akehurst, *Custom as a Source of International Law*, 47 Brit. Y.B. Int'l L. 1 (1975).

Rosanne van Alebeek & André Nollkaemper, *The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law*, in U.N. Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy 356–413 (H. Keller & G. Ulfstein eds., Cambridge Univ. Press, 2012).

Karen J. Alter et. al., *Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences*, 27 Eur. J. Int'l L. 293 (2016).

Mads Andenas & Johann R. Leiss, *The Systemic Relevance of "Judicial Decisions" in Article 38 of the ICJ Statute*, in 77 Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht 907-972 (2017).

Rudolf Bernhardt, *Custom and Treaty in the Law of the Sea*, in Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Acad. Int'l L. (Vol. 205), 247-330 (1987).

Eirik Bjorge, *The Convention as a Living Instrument Rooted in the Past*, Looking to the Future, 36 Hum. Rts. L. J. 243 (2016).

Eirik Bjorge, *The convergence of the methods of treaty interpretation: Different regimes, different methods of interpretation?*, in A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law, 498–535 (Mads Andenas & Eirik Bjorge eds., Cambridge Univ. Press, 2015).

Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties* (Oxford University Press, 2014).

Michael Bohlander, *The Influence of Academic Research on the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia—A First Overview*, in 3 The Global Community Y.B. Int'l L. & Juris. 195 (2003).

Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, 24 Eur. J. Int'l Law 649 (2013).

Christopher J. Borgen, *Resolving Treaty Conflicts*, 37 Geo. Wash. L. R. 573 (2005).

Thomas Buergenthal, *Lawmaking by the ICJ and Other International Courts* (Cambridge Univ. Press, 2009).

Philippe Cahier, *Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international*, in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, 353-66 (J. Makarczyk ed., 1996).

- Jonathan I. Charney, *Is International Law Threatened by the Multiplication of International Tribunals?*, in *Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Acad. Int'l L.* (Vol. 271), 101-372 (1999).
- Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens, Lond., 1982).
- Hiram E. Chodosh, *An Interpretive Theory of International Law: The Difference Between Treaty and Customary Law*, 28 *Vand. J. Transnat'l L.* 973 (1995).
- H. Vern Clemons, *The Ethos of the International Court of Justice is Dependent Upon the Statutory Authority Attributed to its Rhetoric: A Metadiscourse*, 20 *Fordham Int'l L. J.* 1479 (1996).
- James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9th ed., Oxford Univ. Press, 2019).
- Jean D'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules* (Oxford Univ. Press, 2013).
- Lori F. Damrosch et. al., *Scholars in the Construction and Critique of International Law*, 94 *Am. Soc'y Int'l L.* 317 (2021).
- Margaret M. deGuzman, "Article 21", in O. Triffterer and K. Ambos, eds., *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (3rd ed., Munich and Oxford, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016) 932-948.
- Favio Farinella, *Reinterpretación de las fuentes del Derecho Internacional desde una perspectiva de derechos humanos*, 15 *Rev. Anuales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 407 (2018).
- Bardo Fassbender & Anne Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford Univ. Press, 2012).
- Andreas Føllesdal, *To Guide and Guard International Judges*, 46 *N. Y. U. J. Int'l. & Pol.* 793 (2014).
- Mathias Forteau, *Comparative International Law Within, Not Against, International Law: Lessons from the International Law Commission*, 109 *Am. J. Int'l L.* 498 (2015).
- Jean P.A. François, *L'influence des publicistes sur le développement du droit international*, in *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*, 275-81 (Sirey, Paris, 1961).
- Gilbert Guillaume, *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, 2 *J. Int'l Disp. Settlement* 5 (2011).
- Gilbert Guillaume, *Le précédent dans la justice et l'arbitrage international*, 3 *J. De Droit Int'l* 685 (2010).
- Sondre T. Helmersen, *The Application of Teachings by the International Tribunal for the Law of the Sea*, 11 *J. Int'l Disp. Settlement* 20 (2020).
- Sondre T. Helmersen, *Scholarly Judicial Dialogue in International Law*, 16 *L. & Pract. of Int'l Cts. & Trib.* 464 (2017).
- Sondre T. Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge Univ. Press, 2021).
- Larissa van den Herik, *The decline of customary international law as a source of international criminal law*, in *Custom's Future: International Law in a Changing World*, 230-52 (C. A. Bradley ed., Cambridge Univ. Press, 2016).
- Larissa van den Herik, *Using custom to reconceptualize crimes against humanity*, in *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, 80-105 (S. Darcy & J. Powderly eds., Oxford Univ. Press, 2010).
- Gleider I. Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function* (Oxford Univ. Press, 2014).
- Jakob v. H. Holtermann & Mikael R. Madsen, *European New Legal Realism and International Law: How to Make International Law Intelligible*, 28 *Leiden J. Int'l L.* 211 (2015).

- Charles C. Hyde, *International Law as Interpreted and Applied by the United States* (Vol. 1) (Sagwan Press, 2018).
- Clifford J. Hynning, *Sources of International Law*, 34 Chi.-Kent L. Rev. 116 (1956).
- Int'l Ct. of Justice, *Handbook of the International Court of Justice*, U.N. Sales No. 1055 (2016), available at <https://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf> (last accessed July 27, 2021).
- Charles C. Jalloh, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone* (Cambridge Univ. Press, 2020).
- Charles C. Jalloh (ed.), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law* (Cambridge Univ. Press, 2014).
- Symposium, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone*, 15 FIU L. Rev. 1 (2021).
- Charles C. Jalloh, *The Continued Relevance of the Contributions of the Sierra Leone Tribunal to International Criminal Law*, 15 FIU L. Rev. 1, 1-13 (2021).
- Charles C. Jalloh, *Closing Reflections on the Contributions on the SCSL's Legal Legacy*, 15 FIU L. Rev. 1, 91-95 (2021).
- Robert Y. Jennings, *The judiciary, international and national, and the development of international law*, 45 Int'l & Comp. L. Q. 1 (1996).
- Robert Y. Jennings, *International Lawyers and the Progressive Development of International Law, in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, 413-24 (J. Makarczyk ed., 1996).
- Jörg Kammerhofer, *Lawmaking by scholars, in Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 305-25 (C Brölmann & Y Radi eds., Edward Elgar, 2016).
- David Kennedy, *The Sources of International Law*, 2 Am. Univ. Int'l L. Rev. 1 (1987).
- Thomas Kleinlein, *Judicial Lawmaking by Judicial Restrain? The Potential of Balancing in International Economic Law*, 12 Ger. L. J. 1141 (2011).
- Robert Kolb, *The International Court of Justice* (Hart, 2016).
- Manfred Lachs, *The Teacher in International Law: Teachings and Teaching* (2d ed., Martinus Nijhoff, 1987).
- Evangelia Linaki, *Judicial Decisions: What kind of Source of International Law?*, The Lex-Warrior Online L. J. (Sept. 22, 2013), available at <http://www.journal.lex-warrior.in/2013/09/22/judicial-decisions-kind-source-international-law/> (last accessed July 30, 2021).
- Anja Lindroos, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, 74 Nord. J. Int'l L. 27 (2005).
- O. J. Lissitzyn, *Reviewed Work: International Law. Vol. 1 (3rd ed.): International Law as Applied by International Courts and Tribunals. by Georg Schwarzenberger*, 53 Am. J. Int'l L. 197 (1959).
- Mulamba Benjamin M'Buyi, *Introduction À L'étude Des Sources Modernes Du Droit International Public* (Bruylant, 1999).
- Jenny S. Martinez, *Towards an International Judicial System*, 56 Stanford L. Rev. 429 (2003).
- Campbell McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 Int'l & Comp. L. Q. 279 (2005).
- Maurice Mendelson, *The ICJ and the sources of international law*, in *Fifty Years of the International Court of Justice* 63-89 (V. Lowe & M. Fitzmaurice eds., Cambridge Univ. Press, 1996).
- Nathan Miller, *An International Jurisprudence? The Operation of 'Precedent' Across International Tribunals*, 15 Leiden J. Int'l L. 483 (2002).

- Philip M. Moremen, *National Court Decisions As State Practice: A Transnational Judicial Dialogue?*, 32 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 259 (2006).
- André Nollkaemper, *Concerted adjudication in case of shared responsibility*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2014-27 (2014), available at https://pure.uva.nl/ws/files/2401010/156047_Concerted_Adjudication_in_Cases_of_Shared_Responsibility.pdf (last accessed July 31, 2021).
- Gbenga Oduntan, *The Law and Practice of the International Court of Justice (1945-1996): A Critique of the Contentious and Advisory Jurisdiction* (Fourth Dimension Pub., 1999).
- Karen Oellers-Frahm, *Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction - Problems and Possible Solutions*, in Max-Planck Y.B. U.N. L Online (Vol. 5), 67-104 (2001).
- L. F. L. Oppenheim, *The Science of International Law: Its Task and Method*, 2 Am. J. Int'l L. 313 (1908).
- Andre Oraison, *Réflexions sur "La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations"*, 2 Rev. Bel. de Droit Int'l 507 (1991).
- Andreas L. Paulus, *The Judge and International Custom*, in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 253-265 (F. Baetens & R. Bismuth eds., Martinus Nijhoff, 2013).
- Mehrdad Payandeh, *Book Note*, 12 Int'l J. Const. L. 832 (2014) (Reviewing Marc Jacob, *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice* (2014)).
- Michael Peil, *Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice*, (1) 3 Cambridge J. Int'l L. 136 (2012).
- Alain Pellet, *Article 38*, in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3d ed., A. Zimmermann & C. J. Tams eds., Oxford Univ. Press, 2019).
- Alain Pellet, *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, in Gaetano Morelli Lectures Series (Vol. 2), 7-61 (E. Cannizzaro et. al. eds., 2018).
- Alain Pellet, *Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making*, in *Looking to the Future, Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, 1065-83 (M. H. Arsanjani et. al. eds., Martinus Nijhoff, 2011).
- Emilia J. Powell & Sara M. Mitchell, *The International Court of Justice and the World's Three Legal Systems*, 69 The J. of Pol. 397 (2007).
- Cesare P. R. Romano, *Can You Hear Me Now? The Case for Extending the International Judicial Network*, 10 Chi. J. Int'l L. 233 (2009).
- Shabtai Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law* (Martinus Nijhoff, 2004).
- William Schabas, *Customary law or 'judge-made' law: judicial creativity at the UN criminal tribunals*, in *The Legal Regime of the International Criminal Court*, 75-101 (J. Doria et. al. eds., Martinus Nijhoff, 2009).
- Marc Schack & Astrid Kjeldgaard-Pedersen, *Striking the balance between custom and justice-creative legal reasoning by international criminal courts*, 16 Int'l Crim. L. R. 913 (2016).
- Christoph Schreuer & Matthew Weiniger, *A Doctrine of Precedent?*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski et. al. eds., Oxford Univ. Press, 2008).
- Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge Univ. Press, 1996).
- Malcom Shaw, *Rosenne's Law and Practice of the International Court: 1920-2015* (5th ed., Martinus Nijhoff Brill, 2016).
- Yuval Shany, *No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary*, 20 Eur. J. Int'l L. 73 (2009).
- Sandesh Sivakumaran, *The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law*, 66 Int'l & Comp. L. Q.1 (2017).
- Anne-Marie Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 Harv. Int'l L. J. 191 (2003).

- Anne-Marie Slaughter, *Court to Court*, 92 Am. J. Int'l L. 708 (1998).
- Anne-Marie Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 Va. J. Int'l L. 1103 (2000).
- Soc. Fra. Droit Int'l, *Le Précédent En Droit International: Colloque de Strasbourg* (A. Pedone, 2016).
- Max Sørensen, *Les Sources du Droit International: étude sur la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale* (Copenhagen Munksgaard, 1946).
- Stefan Talmon, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology Between Induction, Deduction and Assertion*, 26 Eur. J. Int'l L. 417 (2015).
- Ruti Teitel & Robert Howse, *Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order Symposium - The Normalizing of Adjudication In Complex International Governance Regimes: Patterns, Possibilities, and Problems*, 41 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 959 (2009).
- Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford Univ. Press 2d ed. 2019).
- Emmanuelle Tourme-Jouannet, *Quelques réflexions sur le pouvoir normatif jurisprudentiel du juge international*, in *Droits Int'l Et Culture Juris.*, 209-34 (A. Pedone, 2015).
- Sébastien Touzé (dir.), *La Cour Européenne Des Droits De L'homme Et La Doctrine* (A. Pedone, 2013).
- Tullio Treves, *Conflicts Between the International Tribunals for the Law of the Sea and the International Court of Justice*, 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 809 (1999).
- Tullio Treves, *Advisory Opinions of the International Court of Justice on Questions Raised by Other International Tribunals*, in *Max-Planck Y.B. U.N. L Online* (Vol. 4), 215-31 (2000).
- Antônio A. C. Trindade (dir.), *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo* (2d ed., Brasilia, 2017).
- Jorge E. Vinuales & Pierre-Marie Dupuy, *The Challenge of 'Proliferation': An Anatomy of the Debate*, in *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 135-157 (C. Romano et. al. eds., Oxford Univ. Press, 2013).
- Michael Waibel et. al. (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration* (Kluwer Law International, 2011).
- Melissa Waters, *Mediating norms and identity: The role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law*, 93 *Georgetown Law Journal* 487-574 (2004).
- Sir Michael Wood, *Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38(1) ICJ Statute)*, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010).
- Sienho Yee, *Article 37 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases*, 7 *J. Int. Disp. Settlement* 472 (2016).
- A. Zimmermann & C. J. Tams., eds., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3d ed., Oxford Univ. Press, 2019).