



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉE

A/CN.4/L.682
13 avril 2006

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

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

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

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

Établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*

* Le Président remercie chaleureusement les collègues qui l'ont aidé de leurs observations sur le sujet et lui ont fourni conseils et assistance sur tel ou tel point particulier. Il tient à citer entre autres le professeur Campbell McLachlan, M. Anders Fischer-Lescano, le professeur Gunther Teubner, le professeur Emmanuel Jouannet, le professeur Pierre-Marie Dupuy et M^{me} Isabelle Van Damme. Plusieurs stagiaires de New York University ont apporté leur contribution aux réunions du Groupe d'étude et recueilli des informations utiles sur des questions particulières, notamment Gita Kothari, Cade Mosley, Peter Prows et Olivia Maloney. Anna Huilaja, Ilona Nieminen et Varro Vooglaid à l'Institut Erik Castrén de droit international et des droits de l'homme d'Helsinki ont apporté un concours fort utile au travail de recherche. Enfin et surtout, le Président tient à évoquer l'assistance apportée au fil des ans par M^{me} Anja Lindroos de l'Université d'Helsinki. Sans les notes détaillées qu'elle a prises aux réunions du Groupe d'étude et sans son travail de recherche, le présent rapport n'aurait jamais vu le jour. Il n'en demeure pas moins que l'auteur assume l'entière responsabilité de la teneur du présent rapport, y compris des opinions qui y sont exprimées.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
A. INTRODUCTION.....	1 – 4	8
B. LA FRAGMENTATION EN TANT QUE PHÉNOMÈNE	5 – 45	10
1. Historique.....	5 – 20	10
2. Qu’entend-on par «conflit»?	21 – 26	18
3. La démarche de la présente étude: à la recherche de liens	27 – 36	21
4. Harmonisation – Intégration systémique.....	37 – 43	26
5. Compétence et droit applicable.....	44 – 45	29
C. CONFLITS ENTRE DROIT SPÉCIAL ET DROIT GÉNÉRAL.....	46 – 222	31
1. Introduction.....	47 – 55	32
a) La fragmentation résultant d’interprétations antagoniques du droit général.....	49 – 52	32
b) La fragmentation résultant de l’émergence d’un droit spécial en tant qu’exception au droit général	53 – 54	34
c) La fragmentation considérée sous l’angle de la différenciation entre plusieurs types de droit spécial	55	35
2. La fonction et la portée de la règle de la <i>lex specialis</i>	56 – 122	36
a) La <i>lex specialis</i> en droit international.....	56 – 87	36
i) Doctrine juridique.....	56 – 67	36
ii) Jurisprudence	68 – 84	43
iii) La place de la <i>lex specialis</i> dans une hiérarchie informelle des sources de droit international.....	85 – 87	50
b) Les deux types de référence à la <i>lex specialis</i>	88 – 107	63
i) La <i>lex specialis</i> en tant qu’application ou développement de la règle générale.....	98 – 102	57
ii) La <i>lex specialis</i> en tant qu’exception à la règle générale	103 – 107	60

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
c) Cas où la <i>lex specialis</i> ne peut autoriser une dérogation...	108 – 110	63
d) Caractère relationnel de la distinction général/spécial.....	111 – 118	65
i) Spécialité par rapport aux parties	113 – 115	66
ii) Spécialité par rapport à la matière	116 – 118	67
e) Conclusion: l'ubiquité du «droit général».....	119 – 122	69
3. Régimes autonomes (spéciaux)	123 – 190	71
a) Qu'entend-on par régimes autonomes?.....	123 – 137	71
b) Les régimes autonomes et les travaux de la CDI sur la responsabilité de l'État	138 – 152	80
c) La relation entre les régimes autonomes hormis la responsabilité de l'État et le droit international général....	153 – 190	90
i) Établissement de régimes autonomes (spéciaux)	154 – 158	90
ii) Relation entre régimes autonomes (spéciaux) et droit international général dans des circonstances normales	159 – 185	92
1) Exemple des régimes relatifs aux droits de l'homme	161 – 164	93
2) Exemple du droit de l'OMC	165 – 171	95
3) Conclusions sur la relation entre les régimes autonomes (spéciaux) et le droit international général dans des circonstances normales.....	172 – 185	99
iii) Retour aux règles générales par suite de la défaillance d'un régime autonome.....	186 – 190	106
4. Conclusions sur les régimes autonomes	191 – 194	108

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
5. Régionalisme	195 – 219	111
a) Qu'entend-on par «régionalisme»?	195 – 198	111
b) Le «régionalisme» en tant qu'ensemble d'approches et de méthodes pour examiner le droit international	199 – 204	112
c) Le «régionalisme» en tant que technique d'élaboration du droit international	205 – 210	115
d) Le «régionalisme» ou la recherche d'exceptions régionales à des règles universelles de droit international.....	211 – 217	118
e) Intégration européenne	218 – 219	123
6. Conclusion sur les conflits entre droit spécial et droit général ...	220 – 222	124
D. CONFLITS ENTRE NORMES SUCCESSIVES	223 – 323	125
1. Droit général des conflits entre traités antérieurs et postérieurs	228 – 250	129
a) Conflit entre traités auxquels les parties sont identiques ..	229 – 233	129
b) Conflit entre traités auxquels les parties ne sont pas identiques	234 – 250	132
i) <i>Lex prior</i>	236 – 242	133
ii) <i>Lex posterior</i>	243 – 250	136
2. Article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités: de la non-validité à la responsabilité.....	251 – 266	139
a) Question de la «même matière»	253 – 256	140
b) Débats à la Commission du droit international	257 – 266	142
3. Clauses spéciales.....	267 – 294	146
a) Typologie des clauses de conflit	268 – 271	146
b) Relations intra et interrégimes: traités sur l'environnement.....	272 – 282	150

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
c) Clause de conflit du Traité instituant la Communauté européenne	283 – 288	156
d) Clauses de déconnexion	289 – 294	160
4. Accords <i>inter se</i>	295 – 323	165
a) Conditions applicables à la conclusion d'accords <i>inter se</i>	304 – 315	170
i) Préservation des droits et des intérêts des parties au traité initial	305 – 308	171
ii) Préservation de l'objet et du but du traité multilatéral	309 – 313	173
iii) Autres situations	314 – 315	176
b) Notification aux autres parties et réaction de celles-ci.....	316 – 318	177
c) Conséquences de la violation d'un traité multilatéral par des parties à un accord <i>inter se</i>	319	179
d) Conclusion sur les accords successifs	320 – 323	180
E. IMPORTANCE RELATIVE DE L'ARTICLE 103 DE LA CHARTE DES NATIONS UNIES, DU <i>JUS COGENS</i> ET DES OBLIGATIONS <i>ERGA OMNES</i> EN TANT QUE RÈGLES DE CONFLIT	324 – 409	181
1. Article 103 de la Charte des Nations Unies.....	328 – 360	183
a) Quelles sont les obligations qui priment?	331 – 332	183
b) Quelles conséquences tirer de la primauté d'une obligation sur une autre?	333 – 340	185
c) Cas spéciaux	341 – 350	189
i) Conflits avec des traités entre États Membres des Nations Unies et États non membres.....	341 – 343	189
ii) Conflits avec des normes de droit international coutumier de caractère non impératif	344 – 345	191

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
iii) Conflits avec des normes de <i>jus cogens</i>	346 – 350	192
d) Application	351 – 360	194
2. <i>Jus cogens</i>	361 – 379	198
a) L'effet du <i>jus cogens</i> : nullité de la norme en conflit.....	365 – 373	201
b) Teneur du <i>jus cogens</i>	374 – 376	205
c) Jurisprudence	377 – 379	208
3. Obligations <i>erga omnes</i>	380 – 409	210
a) Passage d'obligations bilatérales à des obligations dues à «la communauté internationale dans son ensemble».....	382 – 390	211
b) À qui les obligations <i>erga omnes</i> sont-elles dues?	391 – 398	216
c) Obligations <i>erga omnes partes</i>	399 – 403	220
d) Rapport entre obligations de <i>jus cogens</i> et obligations <i>erga omnes</i>	404 – 406	222
e) Conclusion.....	407 – 409	224
F. INTÉGRATION SYSTÉMIQUE ET PARAGRAPHE 3 C) DE L'ARTICLE 31 DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS	410 – 480	225
1. Introduction – le «principe d'intégration systémique».....	410 – 423	225
2. Paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne	424 – 432	233
a) Interprétation	424 – 428	233
b) Les débats à la Commission du droit international	429 – 432	236
3. Jurisprudence	433 – 460	238
a) Tribunal des réclamations Iran–États-Unis d'Amérique...	434	238
b) Cour européenne des droits de l'homme.....	435 – 438	239

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
c) Arbitrage Usine Mox/Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (dite Convention OSPAR).....	439 – 442	241
d) OMC.....	443 – 450	243
e) Cour internationale de Justice	451 – 460	249
4. Questions particulières.....	461 – 480	253
a) Règles dont il faut «tenir compte»	462 – 472	254
i) Droit coutumier et principes généraux	463 – 469	254
ii) Autres règles de droit international conventionnel applicables	470 – 472	258
b) Poids des obligations à prendre en considération.....	473 – 474	261
c) Intertemporalité et évolution générale du droit international.....	475 – 478	262
d) Conclusion.....	479 – 480	265
G. CONCLUSIONS GÉNÉRALES	481 – 493	266
1. Nature de la fragmentation	481 – 483	266
2. Perspective de la présente étude	484 – 490	267
3. Entre cohérence et pluralisme: suggestions d'activités futures	491 – 493	271

Appendice

Projet de conclusions des travaux du Groupe d'étude
(voir document A/CN.4/L.682/Add.1)

A. INTRODUCTION

1. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet des «risques que pose la fragmentation du droit international» à son programme de travail à long terme¹. L'année suivante, l'Assemblée générale a prié la Commission de poursuivre l'examen des sujets inscrits à ce programme de travail. À sa cinquante-quatrième session, en 2002, la Commission a décidé d'inscrire le sujet, intitulé désormais «La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», à son programme de travail en cours et de créer un groupe d'étude². Celui-ci a adopté une série de recommandations concernant les questions à examiner et prié son président, M. Bruno Simma, de rédiger une étude sur «la fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des régimes autonomes»³. À sa cinquante-cinquième session, en 2003, la Commission a nommé M. Martti Koskenniemi Président du Groupe d'étude. Le Groupe a aussi dressé un calendrier de travail provisoire, réparti entre ses membres les études décidées l'année précédente et arrêté la méthodologie à suivre pour ces travaux⁴.

2. En 2004, le Président du Groupe d'étude a soumis au Groupe un rapport préliminaire sur une étude intitulée «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, chap. IX.A.1, par. 729. Voir également l'étude de Gerhard Hafner, «Les risques que pose la fragmentation du droit international», *ibid.*, annexe, p. 305.

² *Ibid.*, cinquante-septième session, *Supplément n° 10 (A/57/10)*, chap. IX.A, par. 492 à 494 et 511.

³ *Ibid.*, par. 512. Il s'agissait des cinq sujets ci-après: a) la fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des «régimes autonomes»; b) l'interprétation des traités à la lumière de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» (art. 31 3 c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale; c) l'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités); d) la modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités); e) la hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit.

⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, chap. X, par. 413, 424 à 435.

“régimes autonomes”». Après un premier débat sur ce rapport préliminaire, axé sur les questions de fond et d’ordre méthodologique, le texte final de l’étude a été distribué à la Commission l’année suivante⁵. Outre cette étude, le Groupe d’étude était saisi des rapports préliminaires établis par les membres du Groupe d’étude sur les quatre autres points. Il a tenu un débat approfondi sur le rapport du Président et donné des indications aux autres membres de la Commission en vue de la rédaction de leur rapport respectif. Par ailleurs, il a commencé à débattre des «conclusions» qu’il pourrait tirer à la lumière de ces échanges⁶.

3. En 2005, la Commission a entendu un exposé du Président du Groupe d’étude sur l’état d’avancement de ses travaux et tenu un échange de vues sur la question. Le Groupe d’étude a examiné le mémorandum sur le régionalisme rédigé par son président et reçu le texte définitif des rapports sur l’interprétation des traités à la lumière de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» (art. 31, par. 3 c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités) et sur la modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), ainsi que le rapport final sur l’étude relative à la hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit. De plus, il a reçu un document officieux de l’un de ses membres sur la clause de déconnexion. Le Groupe d’étude a estimé être en mesure de soumettre une étude de synthèse ainsi qu’un ensemble de conclusions, directives ou principes à la cinquante-huitième session de la Commission en 2006⁷.

4. Le présent rapport constitue le rapport de synthèse en question. Il a été rédigé par son président sur la base des exposés et rapports produits au cours des quatre années de travail consacrées par lui-même à la question de la fonction et de la portée de la règle de la *lex specialis* et à la question des régimes autonomes, par M. Riad Daoudi à la modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), par M. Zdzislaw Galicki à la hiérarchie des normes en droit

⁵ Ibid., cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10), chap. X, par. 298 à 358.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid., soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10), chap. XI, par. 445 à 493.

international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit, par M. William Mansfield à l'interprétation des traités à la lumière de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» (art. 31, par. 3 c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités), et par M. Teodor Melescanu à l'application de traités successifs portant sur la même question. Plusieurs autres membres de la Commission ont participé aux délibérations du Groupe d'étude au cours des sessions et leurs compétences particulières ont grandement facilité les échanges sur certains points. Par ailleurs, le présent rapport est assorti d'une annexe contenant l'ensemble des projets de conclusions que le Groupe d'étude propose d'adopter et de soumettre à la Commission en 2006 pour qu'elle y donne la suite qui s'impose.

B. LA FRAGMENTATION EN TANT QUE PHÉNOMÈNE

1. Historique

5. C'est Wilfried Jenks qui a défriché la question de la fragmentation il y a une cinquantaine d'années en appelant l'attention sur deux phénomènes en particulier. D'une part, il manquait un organe législatif général à la communauté internationale, aussi

... les traités normatifs tendent-ils à la multiplication de groupes régionaux, historiques et fonctionnels, distincts les uns des autres et dont les relations mutuelles sont à certains égards analogues à celles de systèmes de droit interne séparés⁸.

6. Avec une grande clairvoyance, Jenks envisageait la nécessité de faire le rapprochement avec le conflit de lois pour traiter de ce type de fragmentation. Une règle régirait non pas les conflits entre systèmes juridiques dépendant d'un territoire, mais les conflits entre régimes de traités. Il discernait une autre raison de ce phénomène dans le droit lui-même.

L'une des sources de conflit les plus graves entre traités normatifs tient au développement considérable du droit régissant la révision des instruments multilatéraux et définissant les effets juridiques de la révision⁹.

⁸ C. Wilfried Jenks, «The Conflict of Law-Making Treaties», *British Yearbook of International Law (BYBIL)*, vol. 30 (1953), p. 403.

⁹ *Ibid.*

7. Il y a peu à ajouter aujourd'hui à cette analyse. Il va de soi que le volume de l'activité normative – législative – multilatérale n'a fait que se développer au cours des 50 dernières années¹⁰. Cette croissance s'est accompagnée de régimes régulateurs plus ou moins formels qui ne partagent pas tous l'orientation de la diplomatie multilatérale en faveur du droit public¹¹. L'une des caractéristiques de la modernité internationale tardive réside dans ce que les sociologues appellent la «différenciation fonctionnelle», c'est-à-dire la spécialisation croissante de parties de la société et, partant, leur autonomisation. Ce phénomène se produit à l'échelle nationale comme à l'échelle internationale. Paradoxe bien connu de la normalisation, alors qu'elle s'est traduite par une uniformisation croissante de la vie sociale à travers le monde, elle a aussi entraîné une diversification croissante, c'est-à-dire l'émergence de domaines d'action sociale et de structures spécialisés et relativement autonomes.

8. La fragmentation de la société internationale a pris de l'importance au plan juridique d'autant qu'elle s'est accompagnée de l'apparition de règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonomes¹². Ce qui semblait à un moment donné réglementé par le «droit international général»

¹⁰ Plus de 50 000 traités sont enregistrés auprès de l'Organisation des Nations Unies. Voir Christopher J. Borgen, «Resolving Treaty Conflicts», *George Washington International Law Review*, vol. 37 (2005), p. 57. Au XX^e siècle, près de 6 000 traités multilatéraux ont été conclus dont 30 % environ sont des traités généraux, ouverts à la participation de tous les États. Charlotte Ku, *Global Governance and the Changing Face of International Law* (ACUNS Keynote Paper 2001/2), p. 45.

¹¹ Parmi les différents ouvrages consacrés à la diversification des sources de la réglementation internationale, les études citées ci-après sont particulièrement utiles: Éric Loquin et Catherine Kessedjian (éd.), *La mondialisation du droit* (Paris: Litec, 2000); et Paul Schiff Berman, *The Globalization of International Law* (Aldershot: Ashgate, 2005). José Alvarez dans *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005) se penche sur l'activité des organisations traditionnelles. Rüdiger Wolfrum et Volker Röben (éd.) dans *Developments of International Law in Treaty-making* (Berlin: Springer, 2005), p. 417 à 586, et Ronnie Lipschutz et Cathleen Vogel, dans «Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation», R. R. Hall et T. J. Bierstaker dans *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 115 à 140, offrent différentes perspectives contemporaines de travail normatif autre que l'élaboration de traités.

¹² Voir plus particulièrement Andreas Fisher-Lescano et Günther Teubner, «Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law», *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25 (2004), p. 999 à 1046. Mais la question avait déjà été traitée dans le détail dans L.A.N.

relève désormais du champ d'application de régimes spécialisés comme le «droit commercial», le «droit des droits de l'homme», le «droit de l'environnement», le «droit de la mer», le «droit européen», voire d'un savoir hors du commun et hautement spécialisé comme le «droit des investissements» ou le «droit international des réfugiés», etc., dont chacun possède ses propres principes et institutions. Le problème, de l'avis des juristes, tient à ce que l'élaboration d'un droit et la création d'institutions aussi spécialisés tendent à plus ou moins méconnaître l'activité législative et institutionnelle qui se déploie dans des domaines voisins et les pratiques et principes généraux de droit international. D'où des conflits entre règles ou ensembles de règles, des pratiques institutionnelles divergentes, voire même peut-être la perte d'une perspective globale du droit¹³.

9. Alors que l'on ne saurait mettre en doute la réalité et l'ampleur de la fragmentation législative et institutionnelle, les spécialistes du droit international sont partagés dans leur appréciation du phénomène. Certains commentateurs ont adopté une position très critique par rapport à ce qu'ils considèrent comme l'érosion du droit international général, l'apparition de décisions de justice contradictoires, la course au mieux-disant judiciaire et la perte de sécurité juridique. D'autres n'y ont vu qu'un problème technique qui n'a fait qu'accompagner l'accroissement de l'activité juridique internationale, susceptible d'être maîtrisé par des mesures techniques de rationalisation et de coordination¹⁴.

M. Barnhoorn et Karel Wellens (éd.) dans *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law* (La Haye: Nijhoff, 1995).

¹³ Il ne faudrait pas perdre de vue que la tradition de pluralisme juridique cherche précisément à traiter de ces problèmes. Mais jusqu'ici le pluralisme s'est centré sur l'étude de la coexistence du droit autochtone au côté du droit occidental dans les anciens territoires coloniaux et l'apparition de types de droit privé dans les sociétés nationales. Pour une déclaration qui a eu des retentissements, voir Sally Engel Merry, «Legal Pluralism», *Law and Soc. Rev.*, vol. 22 (1988), p. 869 à 896, et plus récemment (article plus critique), Simon Roberts, «After Government? On Representing Law without the State», *Modern Law Review*, vol. 68 (2005), p. 1 à 24.

¹⁴ Aujourd'hui, la «fragmentation» est un sujet dont les auteurs et les conférenciers raffolent. Outre les sources indiquées dans la note 11 ci-dessus, voir également «Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle», *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), p. 679 à 993; Andreas Zimmermann et Reiner Hoffmann, avec l'assistante d'édition Hanna Goeters, *Unity and Diversity of International Law* (Berlin: Duncker and Humblot, 2006); Karel Wellens et Rosario Huesa Vinaixa (éd.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*

10. Sans entrer dans le détail du contexte sociologique ou politique à l'origine de l'émergence de régimes et d'institutions spéciaux ou spécialisés, le mieux serait peut-être d'illustrer la nature du problème juridique par un exemple concret. La question des effets possibles sur l'environnement de la mise en service de l'usine nucléaire de fabrication de Mox de Sellafield (Royaume-Uni) a été soulevée dernièrement au titre de trois procédures institutionnelles distinctes: auprès d'un tribunal arbitral créé en application de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, en vertu de la procédure de règlement obligatoire des différends prévue par la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est et auprès de la Cour de justice européenne conformément au Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM) et au Traité instituant la Communauté européenne. Trois régimes juridiques semblent donc devoir s'appliquer aux mêmes faits: les règles (universelles) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, les règles (régionales) de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est et les règles (régionales) de la Communauté européenne/EURATOM. Lesquelles doivent-elles être déterminantes? Le problème concerne-t-il essentiellement le droit de la mer, la pollution (éventuelle) de la mer du Nord ou les relations à l'intérieur de la Communauté européenne? Le simple fait de poser ces questions montre déjà combien il est difficile d'apporter une réponse. Comment ces régimes sont-ils éventuellement liés les uns aux autres? Quels principes appliquer pour trancher un éventuel conflit entre eux?

11. Pourtant le problème ne se limite pas à ces considérations. Examinant l'objection britannique à sa compétence au prétexte que la même question était aussi en instance devant un tribunal arbitral de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est et la Cour de justice européenne, le tribunal arbitral créé en vertu de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer notait ce qui suit:

si la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, le Traité instituant la Communauté européenne et le Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM) contiennent des droits et des obligations similaires

(Bruxelles: Bruylant, 2006, à paraître). Pierre-Marie Dupuy prend fait et cause pour l'unité dans «L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public», *Recueil des cours...*, vol. 297 (2002). Pour davantage de références, voir Martti Koskenniemi et Päivi Leino, «Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?» *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), p. 553 à 579.

ou identiques aux droits et obligations énoncés dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, les droits et obligations contenus dans lesdits accords ont une existence propre, différente de celle des droits et obligations énoncés dans la Convention¹⁵.

12. Le tribunal a considéré que l'application des mêmes règles par des institutions différentes pouvait ne pas aboutir à des résultats identiques compte tenu, notamment, «des différences entre leurs contextes, objets et buts respectifs, de la pratique ultérieure des parties et des travaux préparatoires»¹⁶. Il a reconnu que le sens des règles et principes juridiques dépendait du contexte dans lequel ils étaient appliqués. Des dispositions même identiques peuvent sembler différentes selon le contexte, y compris l'environnement normatif. Quel en est l'impact sur les objectifs de certitude juridique et d'égalité des sujets de droit?

13. Le paragraphe précédent soulève deux problèmes, au plan institutionnel et au fond. Le premier est en rapport avec la compétence des différentes institutions qui appliquent des règles de droit international et leurs relations hiérarchiques. La Commission a décidé de laisser cette question de côté. Mieux vaut confier aux institutions elles-mêmes le soin de traiter des compétences institutionnelles. La Commission a voulu par contre insister sur la question de fond – le saucissonnage du droit en secteurs hautement spécialisés qui revendiquent une autonomie relative les uns par rapport aux autres et par rapport au droit général. Quels sont les effets quant au fond d'une telle spécialisation? Comment concevoir les rapports que ces secteurs devraient entretenir entre eux? À la lumière de l'exemple ci-dessus, quels sont les rapports entre la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, traité qui touche à l'environnement, et un instrument d'intégration régionale?

14. La Commission a compris que le sujet avait des aspects à la fois positifs et négatifs, comme l'atteste le remaniement du titre du sujet en «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international». D'un côté, la fragmentation crée un risque de conflit et d'incompatibilité entre des règles, principes, régimes et pratiques institutionnels. De l'autre, elle reflète l'expansion rapide de l'activité juridique

¹⁵ *Tribunal international du droit de la mer: différend relatif à l'usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni)* – demande en prescription de mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, ILR, vol. 126 (2005), par. 50.

¹⁶ *Ibid.*, par. 51.

internationale qui se propage dans des domaines nouveaux et la diversification de ses objets et techniques. Le titre semble donner à penser que malgré l'existence de «problèmes», ceux-ci ne sont ni complètement nouveaux, ni de nature telle qu'on ne pourrait pas les régler à l'aide des techniques auxquelles les juristes internationaux ont recouru naguère pour s'attaquer aux conflits normatifs.

15. La Commission s'intéresse à la fragmentation dans l'idée que l'apparition de nouveaux types de règles, «régimes autonomes» et systèmes conventionnels au champ d'application géographique ou fonctionnel délimité posait des problèmes de cohérence en droit international. Les nouveaux types de droit spécialisé n'apparaissent pas fortuitement mais cherchent à répondre à de nouveaux besoins techniques et fonctionnels. L'apparition du «droit de l'environnement» répond au souci croissant que suscite l'état de l'environnement international. Le «droit commercial» se mue en un instrument destiné à régler les relations économiques internationales. Le «droit des droits de l'homme» vise à protéger les intérêts des personnes physiques et le «droit pénal international» traduit en termes juridiques la «lutte contre l'impunité». Chaque régime s'accompagne de ses propres principes, de son propre savoir-faire et de sa propre «éthique», laquelle ne s'apparente pas forcément à celle des spécialisations voisines. Le «droit commercial» et le «droit de l'environnement» par exemple ont des objectifs très précis et reposent sur des principes qui peuvent souvent pointer dans des directions différentes. Pour être efficace, le nouveau droit comporte souvent de nouveaux types de clauses ou de pratiques qui peuvent ne pas être compatibles avec l'ancien droit général ou le droit de telle ou telle autre branche spécialisée. Il arrive très souvent que de nouvelles règles ou de nouveaux régimes s'expliquent précisément parce qu'ils s'écartent des dispositions prévues précédemment par le droit général. Les écarts se généralisent et se multiplient au détriment de l'unité du droit.

16. Il ne faudrait pas voir dans ces déviations des «méprises» juridiques ou techniques. Elles reflètent la diversité de visées et de préférences des acteurs d'une société pluraliste (mondiale). Eu égard à la complexité sociale, il est vain de vouloir mettre l'accent sur l'unité formelle. Un droit qui ne parviendrait pas à exprimer clairement les différences existant entre des situations de fait ou entre les intérêts ou les valeurs à prendre en compte dans des domaines

de problèmes particuliers apparaîtrait tout ensemble inacceptable, utopique et totalitaire¹⁷. Mais si la fragmentation constitue à cet égard un phénomène «naturel» (de fait, le droit international a toujours été relativement «fragmenté» en raison de la diversité des régimes juridiques nationaux qui y participent), il n'est alors pas évident que la Commission doive s'en soucier.

17. En premier lieu, il est souhaitable de proposer un cadre conceptuel – en l'occurrence la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 – permettant de bien comprendre un processus peut-être inévitable, de l'évaluer et de le gérer de façon professionnelle. Un aspect qui semble unir la plupart des nouveaux régimes tient à la force exécutoire qu'ils font valoir et au fait que leurs praticiens ont conscience qu'ils relèvent du droit des traités. En sa qualité d'organe auteur en son temps de la Convention de Vienne, la Commission est en bonne place pour analyser la fragmentation du droit international dans cette perspective. Il est utile de noter les conséquences qui en découlent. Bien que du point de vue sociologique la fragmentation actuelle présente à bien des égards des traits nouveaux et que son intensité diffère de celle de phénomènes analogues du passé, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un incident de la diversité de la société internationale – qualité qui a toujours marqué le système international et le démarque du contexte national (relativement) plus homogène. La fragmentation du système juridique international en «régimes» techniques, considérée du point de vue du droit des traités, n'est guère différente de sa fragmentation traditionnelle en régimes territoriaux plus ou moins autonomes dénommés «systèmes juridiques nationaux».

18. C'est pourquoi il est utile de tenir compte de la multitude de techniques existant en droit traditionnel pour traiter des tensions ou des conflits entre règles et principes de droit. Ces techniques ont pour point commun de chercher à créer des relations dignes de ce nom entre ces règles et principes de façon à savoir comment les utiliser dans un différend ou un conflit donné. On examinera dans le présent rapport quatre types de relations qui, de l'avis traditionnel des juristes, sont en cause dans les conflits normatifs:

- a) Les relations entre le droit spécial et le droit général (sect. C);

¹⁷ Pour un examen exhaustif de l'émergence d'un pluralisme juridique international, voir Boaventura de Sousa Santos dans *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Age of the Paradigmatic Transition* (New York: Routledge, 1995), particulièrement p. 114 et suiv.

- b) Les relations entre le droit antérieur et le droit postérieur (sect. D);
- c) Les relations entre des droits à différents niveaux hiérarchiques (sect. E); et
- d) De façon plus générale, les relations du droit avec son «environnement normatif» (sect. F).

19. On peut aborder ces relations sous des angles différents. À l'une des extrémités du spectre, on trouve le cas où une loi (norme, règle, principe, régime) en invalide purement et simplement une autre. Cela se produit uniquement dans les relations hiérarchiques impliquant des règles de *jus cogens*. Bien plus souvent, la priorité est «relative». L'«autre loi» n'est écartée que temporairement et peut souvent conserver le pouvoir d'influer «en arrière-plan» sur l'interprétation et l'application de celle considérée comme prioritaire. Il peut ensuite se produire le cas où les deux normes sont censées s'appliquer simultanément, se soutenant mutuellement. À cette extrémité du spectre, on trouve le cas où, en fin de compte, il semble n'y avoir ni conflit ni divergence. Les lois s'appliquent de façon harmonieuse.

20. Le présent rapport traitera de ces relations surtout par rapport à la pratique des juridictions internationales. Il part de l'hypothèse que la «fragmentation» traditionnelle du droit international a déjà doté les praticiens des techniques nécessaires pour gérer des règles et régimes qui pointent dans des directions différentes. Cela ne veut pas dire qu'il faille mésestimer l'importance de la tendance récente à la spécialisation fonctionnelle des instruments normatifs. Mais on ne peut qu'en déduire que cette évolution revêt une importance relativement mineure du point de vue du raisonnement juridique. Ce qui compte, c'est que la «fragmentation» et la «cohérence» sont des notions non pas objectives, mais subjectives. Quelque chose de nouveau et de mal connu va remettre en question (par définition) des modes de pensée et d'organisation du monde éprouvés. La nouveauté se présente comme une «fragmentation» de l'ancien monde. Il revient alors au raisonnement de faire du connu avec du mal connu en l'intégrant dans des modes de pensée reçus ou en modifiant ces modes de pensée pour qu'ils fassent une place au nouveau phénomène. Naturellement, il demeurera toujours une certaine «dissonance cognitive» entre le système conceptuel connu et la nouvelle information que nous recevons du monde. Les problèmes de cohérence soulevés par l'affaire de l'usine Mox par exemple n'ont pas *encore* été résolus dans une sorte de havre légal vers lequel il suffirait de se tourner pour trouver la solution préexistante.

Mais le fait que le chevauchement ou le conflit potentiel entre les règles de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est et du Traité instituant la Communauté économique européenne ne puisse être réglé immédiatement ne signifie pas qu'il ne soit pas possible de lui appliquer le raisonnement juridique habituel. Le présent rapport traite de raisonnement juridique. Bien qu'il ne cherche pas à apporter des solutions toutes faites à un problème tel que celui posé par l'usine Mox, il servira de boîte à outils grâce à laquelle les juristes confrontés à ce problème (ou toute autre question comparable) pourront parvenir à une décision motivée.

2. Qu'entend-on par «conflit»?

21. Le présent rapport passe en revue les techniques permettant de traiter des conflits (ou des conflits présumés) par le droit international, ce qui pose la question de savoir ce qu'est un «conflit». On peut aborder la question de deux points de vue, selon qu'on choisit la matière des règles applicables ou les sujets de droit liés par ces règles. Ainsi, l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités semble partir de la première hypothèse. Il suggère en effet des techniques à même de gérer de traités successifs portant sur «la même matière». Il a été dit que l'article 30 n'est donc pas applicable en cas de conflit par exemple entre un traité commercial et un traité qui touche à l'environnement parce qu'ils portent sur des questions *différentes*¹⁸. Ce ne saurait être le cas puisque les qualificatifs («commercial», «environnemental») n'ont aucune valeur normative en soi. Il s'agit simplement d'étiquettes informelles censées décrire les instruments en fonction des intérêts ou des objectifs politiques en jeu. La plupart des instruments internationaux peuvent être décrits en fonction de la perspective dans laquelle on se place: un traité de commerce peut avoir d'importantes incidences sur les droits de l'homme et l'environnement et réciproquement. Un traité sur le transport par mer de produits chimiques touche au moins au droit de la mer, au droit de l'environnement, au droit commercial et au droit des transports maritimes. Les qualificatifs ont moins à voir avec la «nature» de l'instrument qu'avec les intérêts en jeu.

22. S'il survient un conflit uniquement entre des règles portant sur la «même» matière, l'application du traité devient alors fortement tributaire de sa classification en vertu du système

¹⁸ Borgen, «Resolving Treaty Conflicts», *supra*, note 10, p. 603 et 604.

de classification des différentes matières qui préexisterait. Or il n'existe pas de tel système de classification. Tout dépend en fait du succès des arguments avancés en faveur du classement des instruments juridiques dans la case «commerce» et non «environnement», «droit des réfugiés» au lieu de «droit des droits de l'homme», «droit des investissements» au lieu de «droit du développement». Il suffit de repenser à l'exemple du transport par mer de produits chimiques. En l'absence de règles précises sur un tel classement et dans la mesure où tout classement est fonction de l'intérêt à partir duquel l'instrument est décrit, on pourrait peut-être alors éviter l'émergence d'un conflit grâce à ce qui semble être un choix purement arbitraire entre les intérêts pertinents et ceux qui ne le sont pas: du point de vue des assureurs maritimes par exemple, l'affaire concernerait essentiellement le transport, alors que du point de vue d'une organisation de défense de l'environnement, l'aspect prédominant serait d'ordre environnemental. Le critère de la «matière» débouche sur une *reductio ad absurdum*. Il ne saurait donc être déterminant pour décider s'il y a ou non conflit¹⁹. Comme l'a fait observer Vierdag dans son étude de ce critère eu égard à des accords ultérieurs au titre de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités:

la condition [formulée à l'article 30 de la Convention de Vienne], à savoir que les instruments doivent porter sur la même matière, est de nature à poser des problèmes extrêmement difficiles en théorie, mais cela pourrait n'être pas le cas en pratique. [Toujours selon lui,] lorsqu'une tentative d'application simultanée de deux règles à un même ensemble de faits ou de mesures aboutit à des résultats incompatibles, on peut assurément affirmer qu'il est satisfait aux critères de l'identité de matière²⁰.

23. Cela paraît exact. Il semble qu'il soit satisfait au critère de l'«identité de matière» lorsque deux règles ou ensembles de règles différents sont invoqués par rapport à la même matière ou que, en d'autres termes, tels qu'ils ont été interprétés, les traités pertinents semblent pointer dans des directions différentes une fois appliqués par une partie.

¹⁹ Il ne faut pas en conclure que le fait que deux traités puissent ou non appartenir au même «régime» ne présente aucun intérêt pour se faire une idée de la façon dont leur relation a été conçue. Voir plus loin, spécialement la section D.3 a) ci-dessous.

²⁰ E. W. Vierdag, «The Time of the “Conclusion” of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions», BYBIL, vol. LIX (1988), p. 100.

24. Mais la question n'en est pas réglée pour autant. Que faut-il entendre par «pointer dans des directions différentes»? Interprétée littéralement, cette formule supposerait qu'il existe un conflit s'il est possible pour une partie à deux traités de respecter une règle uniquement en s'abstenant de respecter l'autre. Il y a alors là incompatibilité. Une obligation peut être respectée uniquement si une autre ne l'est pas. Mais on peut interpréter le conflit dans un sens moins strict²¹. Un traité peut parfois frustrer les buts d'un autre traité sans qu'il y ait à strictement parler incompatibilité entre leurs dispositions. Deux traités ou ensembles de règles peuvent posséder des justifications différentes, découler de politiques législatives différentes ou viser des buts différents. Le droit de l'immunité des États et le droit des droits de l'homme par exemple illustrent deux ensembles de règles aux objectifs très différents. Le droit commercial et le droit de l'environnement découlent là aussi de différents types de politique, ce qui peut avoir des incidences sur la façon dont les règles pertinentes sont interprétées ou appliquées. Si de tels «conflits de politique» ne débouchent pas sur des incompatibilités logiques entre les obligations qui incombent à une partie, ils peuvent néanmoins expliquer la fragmentation²².

25. Le présent rapport adopte une interprétation assez large du conflit dans lequel il voit une situation où deux règles ou principes suggèrent de traiter un problème à l'aide de moyens différents. Insister sur une simple incompatibilité logique fait à tort du raisonnement juridique une qualification logique. En fait, toute décision supposera de faire des interprétations et des choix entre les formules et les sens de différentes règles possibles qui ne répondent pas à un raisonnement logique.

²¹ On trouvera l'analyse la plus approfondie dans Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law (Cambridge: Cambridge University Press: 2003), p. 164 à 200 (notant la façon dont les organes de l'OMC ont donné du terme «conflit» le sens étroit d'«incompatibilité»). Voir également la distinction faite par Jenks entre «conflits» et «divergences», «The Conflict of Law-Making...», *supra*, note 8, p. 425 à 427, et pour une définition plutôt stricte de «conflit», Jan B. Mus, «Conflicts between Treaties in International Law», *Netherlands International Law Review*, vol. XLV (1998), p. 214 à 217; Seyed Ali Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts between Treaties* (Leyde: Nijhoff, 2003), p. 5 à 7.

²² Pour un échange de vues, voir Rüdiger Wolfrum et Nele Matz, *Conflicts in International Environmental Law* (Berlin: Springer, 2003), p. 6 à 13, et Nele Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge. Völkervertragsrechtliche und institutionelle Ansätze* (Berlin: Springer, 2005), p. 8 à 18 (qualification de types de conflit, de l'incompatibilité logique aux conflits politiques et aux chevauchements du champ d'application des réglementations).

26. Les conflits de règles sont un phénomène connu de tous les systèmes juridiques. Les systèmes juridiques sont aussi tous au fait des moyens de les régler. Des principes tels ceux de la *lex specialis* ou de la *lex posterior* sont connus de la plupart des systèmes juridiques et, comme on l'expliquera beaucoup plus en détail ci-dessous, du droit international. Les systèmes juridiques internes ont aussi mis au point de solides relations hiérarchiques entre règles et régimes juridiques (en plus des institutions hiérarchiques appelées à trancher les conflits de droit). Cependant, en droit international, comme on le verra aussi dans la section E ci-dessous, les hiérarchies sont beaucoup moins fréquentes et beaucoup moins solides. De nombreux types de principes interprétatifs sont censés contribuer à la résolution des conflits. Mais il n'est pas inutile de reprendre l'idée de Jenks que:

À supposer, comme nous le devons, qu'un ensemble cohérent de principes sur la question n'est pas seulement souhaitable mais nécessaire, force nous sera de reconnaître que, aussi utiles et en fait essentiels que soient de tels principes pour nous guider vers des conclusions raisonnables dans des cas particuliers, ils n'ont aucune valeur absolue²³.

3. La démarche de la présente étude: à la recherche de liens

27. Apprécier l'existence d'un conflit et le règlement du conflit font partie du *raisonnement juridique*, autrement dit du processus pragmatique par lequel les juristes interprètent et appliquent le droit formel. Dans un tel processus, il est extrêmement rare que des règles juridiques se présentent seules, sans lien avec d'autres règles. Le plus souvent, même de simples règles (primaires) qui énoncent des droits et obligations individuels présupposent l'existence de règles (secondaires) attribuant à des organes législatifs le pouvoir d'adopter, modifier ou abroger de telles règles, et à des organes chargés de l'application des lois la compétence d'interpréter celles-ci et de les appliquer.

28. Mais même des règles primaires substantielles se présentent généralement à la manière d'ensembles, dans lesquels on trouve également des exceptions, des modalités d'application technique et des principes d'interprétation généraux. La distinction courante entre les «règles» et les «principes» rend compte d'un ensemble de relations caractéristiques, celles qui existent entre des normes dont le degré d'abstraction est plus poussé, dans un cas, et moins poussé dans l'autre cas. Une «règle» peut ainsi être parfois considérée comme une application spécifique

²³ Jenks, «The Conflict of Law-Making...», *supra*, note 8, p. 407.

d'un «principe» et comme constituant une *lex specialis* ou une *lex posterior* par rapport à celui-ci, et s'appliquer en lieu et place. Dans pareils cas, la distinction spécial/général ou antérieur/postérieur ne se présente pas comme une technique de règlement de conflits mais comme un principe directeur d'interprétation indiquant qu'une règle doit s'interpréter à la lumière de l'autre règle dont elle ne constitue qu'un exemple ou un développement²⁴.

29. Le principe général ou antérieur pourrait encore être envisagé en tant que raison d'être ou objectif assigné à la règle spéciale ou postérieure. Ainsi, par exemple, les dispositions relatives aux pêcheries de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer peuvent être considérées comme des principes de base dont tout traité particulier concernant les ressources halieutiques peut être considéré comme un cas concret ou un développement²⁵.

30. Par exemple, dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue* (2000), le Japon avait fait valoir entre autres que la Convention de 1993 pour la conservation du thon à nageoire bleue s'appliquait à l'affaire à la fois en tant que *lex specialis* et *lex posterior*, à l'exclusion de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982²⁶. Le tribunal arbitral a cependant estimé que tant la Convention de 1982 que celle de 1993 étaient applicables. Il a reconnu que:

... il est courant en droit international et dans la pratique des États que plus d'un traité soit applicable à un différend donné. Il n'y a aucune raison pour qu'un acte donné d'un État ne viole pas les obligations qui lui incombent au titre de plus d'un traité. Il existe fréquemment un parallélisme entre des traités, tant sur le fond qu'en ce qui concerne les dispositions relatives au règlement des différends qui en découlent. La gamme actuelle d'obligations juridiques internationales bénéficie du processus d'accrétion et de

²⁴ Voir Neil McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Clarendon, 1978), p. 156 et, d'une manière générale, p. 152 à 194. On peut entendre de bien des façons la nature de la différence existant entre des «règles» et des «principes». Sur ce point, voir Martti Koskenniemi, «General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law», dans Martti Koskenniemi, *Sources of International Law* (Londres: Ashgate, 2000), p. 359 à 402. Pour une discussion plus récente concernant la dichotomie règle/principe en droit international (de l'autodétermination), voir Karen Knop, *Diversity and Self-Determination* (Cambridge University Press, 2002), p. 20 à 39.

²⁵ C'est ce que semble affirmer l'article 87 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Nations Unies, *Recueil de traités*, vol. 1834, p. 396.

²⁶ Affaire du *Thon à nageoire bleue* (*Australie et Nouvelle-Zélande c. Japon*), sentence arbitrale du 4 août 2000 sur la compétence et la recevabilité, *Recueil des sentences arbitrales*, Nations Unies, vol. XXIII (2004), p. 23, par. 38 c).

cumulation; dans la pratique des États, la conclusion d'une convention d'application n'annule pas nécessairement les obligations imposées par la convention-cadre aux parties à la convention d'application. Les États parties ne s'acquittent pas de l'application de la disposition générale relative à la promotion du respect et de l'observation universels des droits de l'homme et de l'obligation internationale de coopérer aux fins de la réalisation de ces objectifs, énoncées aux Articles 1^{er}, 55 et 56 de la Charte des Nations Unies, du seul fait qu'ils ont ratifié les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et d'autres instruments du même ordre... On ne voit pas très bien non plus si les dispositions particulières de la Convention de 1993 éteignent entièrement les obligations pertinentes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. À certains égards, celle-ci peut être considérée comme allant au-delà de l'Accord concernant l'application des dispositions de la Convention relatives à la conservation et à la gestion des stocks chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs²⁷.

31. C'est là une description tout à fait appropriée de plusieurs situations qui peuvent se produire entre un traité multilatéral général et des traités bilatéraux ou régionaux spécifiques. En pareil cas, la qualification de ceux-ci en *lex specialis* ou *lex posterior* peut ne pas conduire systématiquement à la marginalisation du traité général. Bien au contraire, l'instrument antérieur et général demeure «en arrière-plan», contrôlant l'interprétation et l'application des règles ultérieures ou plus spécifiques²⁸. Que cette relation soit alors conçue en termes de hiérarchie (informelle) ou de division du travail est sans rapport avec la question. La difficulté subsiste néanmoins de savoir ce que signifie le fait que l'instrument postérieur ou plus spécifique peut être entendu comme un «développement» ou une «application» d'un instrument de caractère plus général ou le fait qu'il est conçu comme une exception ou une limitation par rapport au droit général. Toute règle technique qui entend «développer» la liberté de la haute mer constitue aussi une limitation de cette liberté, dans la mesure où elle énonce des conditions spécifiques, voire des modalités institutionnelles, à son exercice.

32. La Commission ne laisse pas d'être consciente de la difficulté qu'il y a à établir une distinction nette entre «développement progressif» et «codification». Il en va de même de la

²⁷ Ibid., p. 40 et 41, par. 52.

²⁸ Ainsi par exemple, l'article 4 de l'Accord sur les stocks de poissons prévoit que «Le présent Accord est interprété et appliqué dans le contexte de la Convention et d'une manière compatible avec celle-ci.», 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, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2167, p. 3.

distinction nette entre «application» d'une règle générale et «délimitation» ou «dérogation». Tout dépend de la façon dont on interprète le droit général que le droit spécial ou postérieur voudrait compléter. On se gardera donc de conclure que le droit spécial doit automatiquement donner lieu à une interprétation «large» ou «étroite». L'interprétation, dans quelque sens qu'elle s'oriente, dépend de la façon dont on envisage le rapport entre le droit général et le droit spécial («application» ou «exception»?). Ceci exige, à son tour, que l'on situe ce rapport dans le cadre d'un «système».

33. On affirme souvent que le droit est un «système». En d'autres mots, on affirme tout simplement que l'articulation des décisions, des règles et des principes constitutifs du droit ne doit rien au hasard²⁹. Les juristes peuvent se diviser sur le point de savoir comment il faut concrètement concevoir le rapport systémique existant entre les décisions, les règles et les principes, mais ils s'accordent généralement sur l'idée qu'il appartient au raisonnement juridique d'établir ce lien.

34. Cela ne revient pas à réaffirmer quelque chose qui «existe» déjà avant l'effort systémique. Le droit international n'est pas sous-tendu par une volonté législative unique. Les traités et la coutume apparaissent comme le résultat de motivations et d'objectifs antagoniques – ils sont le fruit de «marchandages», le résultat de «compromis» et ils constituent souvent une réaction spontanée à des événements qui surviennent dans l'environnement. Si l'on envisage le raisonnement juridique comme une activité *téléologique*, on ne peut pas logiquement le réduire à l'application mécanique de règles, de décisions ou de comportements obéissant apparemment au seul hasard, mais il faut y voir la mise en œuvre d'un tout ordonné aux fins de l'homme. Sur ce point également, il peut y avoir des divergences entre les juristes quant à l'objectif assigné à une règle ou à un comportement, mais il ne s'ensuit pas que l'on peut tout bonnement exclure l'existence d'un tel objectif. L'interprétation juridique vise en grande partie à établir un rapport entre une règle qui n'est pas claire et une finalité et donc, en situant cette règle au sein d'un système, à justifier l'application qui en est faite dans un sens plutôt que dans un autre. Ainsi, la conclusion d'un traité général peut parfois avoir pour but de substituer celui-ci à des dispositions

²⁹ Ceux qui ne veulent voir dans le droit international qu'une structure «primitive» considèrent que les règles de droit international ne constituent pas un «système» mais tout simplement un agrégat de règles (primaires) acceptées par les États. Voir H. L. A. Hart. *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), p. 208 à 231.

antérieures qui étaient éparses – par exemple, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 a remplacé expressément les Conventions sur le droit de la mer de 1958³⁰, mais d'autres fois on ne peut inférer l'existence d'une telle intention. L'adoption en 1966 des deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme (celui relatif aux droits civils et politiques et celui relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) n'impliquait en aucune façon l'abrogation des dispositions (plus précises) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³¹. Encore une fois, on ne peut trancher *in abstracto* le point de savoir si les deux premiers instruments ont pour objet de préserver ou d'abroger une législation existant antérieurement. Seule l'interprétation offre une réponse à cette question.

35. L'interprétation juridique, et donc le raisonnement juridique, établissent des rapports systémiques entre les règles et les principes en en faisant des éléments de l'effort humain. Loin de n'être qu'un aspect «académique» du métier juridique, la réflexion systémique imprègne tout raisonnement juridique, notamment la pratique de l'application de la loi par les juges et les administrateurs³². Cela s'explique concrètement par le fait que les règles et principes juridiques se présentent «en grappes». Aux fins de rationalisation, on parlera d'une *obligation politique* faite à ceux qui appliquent la loi d'épouser dans leurs décisions les préférences et attentes de la communauté dont ils ont pour mission d'administrer le droit³³.

³⁰ Voir art. 311 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

³¹ Voir art. 44 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 99, p. 171, et les commentaires de Karl Zemanek dans «General Course on Public International Law», *Recueil des Cours...*, vol. 266 (1977), p. 227 et 228. Voir aussi Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, *supra*, note 20, p. 120 à 124.

³² Sur la «systématisation» – c'est-à-dire l'établissement de rapports systémiques entre les règles juridiques –, en tant qu'élément fondamental du raisonnement juridique, voir, par exemple, Aulis Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft* (New York, Springer, 1979), p. 50 à 77 et, d'une manière générale, Joseph Raz, *The Concept of a Legal System* (Oxford: Clarendon Press, 1979). Pour l'application au droit international d'une théorie systémique à orientation sociologique (à la manière de Luhmann), voir Andreas Fischer-Lescano, «Die Emergenz von Globalverfassung», *ZaÖRV*, vol. 63 (2003), p. 717 à 760.

³³ Un exposé célèbre de cette opinion se trouve dans Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard: Harvard University Press, 1977).

36. Avant toute chose, lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi, il faut se former une première idée de la question. Cela implique, entre autres, qu'on commence par établir quels pourraient être les règles et principes applicables. Souvent, il apparaîtra alors qu'un certain nombre de critères sont à première vue pertinents. Il faudra choisir entre eux et justifier ce choix. Pour passer de cette première vue d'ensemble à une conclusion, le raisonnement juridique devra chercher à harmoniser, par le biais de l'interprétation, des règles apparemment antagoniques ou, si cela ne paraît pas faisable, à assigner à chacune d'elles un rang de priorité. C'est ici que des adages interprétatifs – comme *lex specialis*, *lex posterior* ou *lex superior* – et des techniques de règlement de conflits trouvent leur utilité. Ils permettent de saisir le rapport systémique existant entre deux ou plusieurs règles et, partant, de justifier le choix qui est fait de la règle applicable, ainsi que la conclusion qui est dégagée. Ces adages et techniques n'opèrent pas mécaniquement, mais font office de «principes directeurs»³⁴ en donnant à entendre qu'il existe un rapport pertinent entre les règles applicables, eu égard à la nécessaire cohérence de la conclusion avec les finalités ou fonctions, telles qu'elles sont perçues, du système juridique dans son ensemble³⁵. Le fait que cette opération se situe dans un contexte indéterminé ne diminue en rien l'importance de celle-ci. Grâce à elle, les professionnels du droit peuvent articuler celui-ci et lui donner forme et orientation. Au lieu de constituer un ensemble disparate de directives, le droit commence à revêtir la forme d'un système (juridique) téléologique.

4. Harmonisation – Intégration systémique

37. En droit international, une forte présomption pèse contre le conflit normatif. L'interprétation des traités relève de la diplomatie, or la diplomatie est censée éviter ou atténuer les conflits, ce qui vaut pour le règlement judiciaire. Voici comment Rousseau concevait les

³⁴ Comme cela est proposé par les États-Unis dans leurs observations au sujet du projet Waldock de ce qui devait devenir les articles 30 et 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Voir Sir Humphrey Waldock, Sixième rapport sur le droit des traités, *Annuaire de la Commission du droit international* (1966), vol. II, deuxième partie, p. 93.

³⁵ Sur les techniques de «justification secondaire» permettant de régler les cas difficiles (ceux qui ne peuvent être tranchés «automatiquement»), techniques qui prennent en compte soit les conséquences d'une décision, soit la nécessaire cohérence systémique de la décision avec le système juridique (conçu comme un système téléologique), voir McCormick, *supra*, note 24, p. 100 à 128.

devoirs du juge dans l'une des analyses les plus anciennes du conflit de lois qui a conservé toute son utilité:

... lorsqu'il est en présence de deux accords de volontés divergentes, il doit être tout naturellement porté à rechercher leur coordination plutôt qu'à consacrer à leur antagonisme³⁶.

38. Ce principe d'interprétation désormais largement accepté peut se formuler de différentes façons. Il peut se présenter sous une forme empirique: en se créant de nouvelles obligations, les États ne sont pas supposés déroger à leurs autres obligations. Jennings et Watts par exemple notent l'existence

d'une présomption selon laquelle les parties se proposent quelque chose qui n'est pas incompatible avec les principes généralement reconnus du droit international ni avec des obligations conventionnelles antérieures à l'égard d'États tiers³⁷.

39. Dans l'affaire du *Droit de passage*, la Cour internationale de Justice déclarait:

c'est une règle d'interprétation qu'un texte émanant d'un Gouvernement doit, en principe, être interprété comme produisant et étant destiné à produire des effets conformes et non pas contraires au droit existant³⁸.

40. Il existe aussi d'autres raisons pour lesquelles on pourrait vouloir éviter des déclarations formelles confirmant l'incompatibilité. Comme on l'a vu plus haut, il peut souvent s'agir d'une question d'appréciation politique. Dans l'affaire controversée de l'*Union douanière austro-allemande* de 1931, par exemple, la Cour permanente de justice internationale a observé que l'union projetée avec l'Allemagne violait l'obligation que l'Autriche avait contractée aux termes du Traité de Versailles et du Protocole de Saint-Germain de ne pas aliéner son indépendance. Comme le juge Anzilotti l'a fait observer, la Cour était alors invitée à se

³⁶ Charles Rousseau, «De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international», RGDIP, vol. 39 (1932), p. 153.

³⁷ Sir Robert Jennings et Sir Arthur Watts (éd.), *Oppenheim's International Law* (Londres: Longman, 1992) (9^e éd.), p. 1275. Pour l'acceptation plus large de la présomption défavorable au conflit – c'est-à-dire la suggestion de l'harmonie – voir également Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, *supra*, note 21, p. 240 à 244.

³⁸ Affaire du *Droit de passage sur territoire indien (exceptions préliminaires) (Portugal c. Inde)*, C.I.J. Recueil des arrêts, Avis consultatifs et ordonnances, 1957, p. 21.

prononcer sur une question purement politique. À quelles normes juridiques se fier pour dire qu'une union douanière entre l'Autriche et l'Allemagne, au vu de leurs liens de longue date et des conséquences qu'elle aurait pour l'Europe, porterait atteinte à l'indépendance de l'Autriche? À cet égard, la nature d'un traité avec l'Allemagne était tout autre que celle d'un traité conclu par exemple avec la Tchécoslovaquie³⁹. La «fragmentation» potentielle en jeu dans l'affaire austro-allemande souligne les relations entre le problème juridique de la compatibilité avec les préférences des acteurs et la nécessité de trouver un moyen subtil d'y remédier. Il peut être parfois tout à fait déconseillé de faire une déclaration directe d'incompatibilité.

41. Il existe relativement peu – en fait, jusqu'à une date récente, étonnamment peu – de pratique judiciaire ou arbitrale relative aux conflits normatifs. Comme le pense Borgen, ceci peut s'expliquer en partie par le fait que les États parties tiennent à négocier eux-mêmes les questions susceptibles de dégénérer en conflit et à ne pas laisser à des tiers le soin de se prononcer sur ce qui peut apparaître comme des difficultés de coordination ayant peut-être leurs racines dans les intérêts hétérogènes d'administrations nationales. Or les négociations portent rarement sur l'«application» de règles de conflit et visent plutôt à trouver une solution pragmatique propre à restaurer l'harmonie mise à mal. Il serait peut-être intéressant de se pencher sur la façon dont les États ont réglé de tels problèmes par la négociation, mais le fait que les résultats obtenus sont le fruit de marchandages de circonstance empêche d'en dégager une quelconque règle coutumière ou autre⁴⁰.

42. Il n'en demeure pas moins que bien que l'harmonisation offre souvent une issue acceptable à un conflit normatif, elle se heurte à des limites bien précises: «elle peut résoudre des conflits apparents; elle ne saurait résoudre d'authentiques conflits»⁴¹. Cela ne veut pas dire qu'il y ait des conflits normatifs qui, de par leur nature intrinsèque, ne se prêtent pas à l'harmonisation. Entre les parties, tout peut être harmonisé pour autant qu'il y ait volonté d'harmonisation. Parfois cependant, la volonté peut ne pas être au rendez-vous, parce que les positions des parties sont

³⁹ Comme l'a fait observer Rousseau dans «De la compatibilité des normes...», *supra*, note 36, p. 187 et 188.

⁴⁰ Borgen, «Resolving Treaty Conflicts», *supra*, note 10, p. 605 et 606 (mais voir également l'examen qu'il fait de la pratique diplomatique, p. 606 à 610).

⁴¹ *Ibid.*, p. 640.

trop éloignées les unes des autres – en raison par exemple de l'ampleur du conflit d'intérêts ou de préférences qui s'exprime à travers le conflit normatif ou du sentiment de la partie la moins bien placée qu'en se ralliant à cette solution, elle sacrifierait ses intérêts. Les parties à un conflit normatif peuvent donc recourir, dans certaines limites, à la solution de «coordination».

Lorsqu'un traité attribue à des sujets de droit des droits ou des obligations clairement formulés, il faut prendre soin de ne pas considérer ceux-ci comme une simple monnaie d'échange pour parvenir à ce type de solution.

43. Lorsque des conflits normatifs en viennent à être réglés par des tiers, l'harmonisation conserve un solide pouvoir d'attraction mais peut-être pas aussi puissant qu'il le serait pour les parties elles-mêmes. Du fait qu'il faille déjà s'assurer de l'existence d'un conflit par l'interprétation, il arrive souvent que l'on traite d'un conflit potentiel en l'ignorant purement et simplement, surtout si aucune des parties n'a soulevé la question. Mais lorsqu'une partie soulève la question du conflit et de la priorité d'une obligation par rapport à une autre, il est nécessaire de prendre position. Naturellement en pareil cas, il est encore possible de parvenir à la conclusion que bien que les deux normes semblent pointer dans des directions divergentes, après un ajustement plus ou moins important, elles pourront malgré tout s'appliquer ou être comprises de façon à éviter tout chevauchement ou conflit. Il faudra à l'occasion appliquer les types de règles de conflit dont traite l'essentiel du présent rapport. Mais on peut aussi tenter de parvenir à une solution qui intègre les obligations en conflit de façon optimale dans le contexte général du droit international. Dans la mesure où le conflit concerne non pas le respect d'obligations, mais la réalisation des *objectifs* des différents instruments, l'organe compétent ne peut pas faire grand-chose. Quoi qu'il en soit, l'organe de règlement ne jouit jamais d'une compétence illimitée.

5. Compétence et droit applicable

44. Dans les discussions au sujet de la fragmentation et du conflit normatif, l'idée a parfois été émise que quelles que soient les relations entre les règles de droit et les principes conçus en *droit international général*, elles ne peuvent être appliquées en tant que telles par les organes conventionnels ou les organes chargés du règlement des différends dont la compétence est limitée par l'instrument constitutif ou au champ d'application de celui-ci. Un organe des droits de l'homme par exemple ne devrait pas avoir à appliquer un accord relevant de l'OMC. Cette

idée qui, en soi, n'est qu'un simple argument militant en faveur de l'autonomie de certains régimes sera examinée en détail dans la section C.3 ci-dessous. Il suffira, à ce stade, de faire quelques observations.

45. La compétence de la plupart des tribunaux internationaux se limite à certains types de différends ou à ceux découlant de tel ou tel traité particulier. Mais le fait qu'elle soit limitée n'implique pas que la portée du droit applicable dans l'interprétation et l'application de ces traités soit limitée. Plus particulièrement, dans le contexte de l'OMC, une distinction s'est imposée entre compétence et droit applicable⁴². Alors que le Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends limite la compétence aux réclamations découlant des seuls accords qui relèvent de l'OMC, aucune disposition ne permet de déterminer précisément la portée du droit applicable⁴³. En revanche, l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice par exemple énumérant les sources auxquelles peut recourir la Cour précise le droit applicable par celle-ci⁴⁴. De même, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer prévoit qu'une cour ou un tribunal visé par la Convention «a compétence pour connaître de tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention» et «applique les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci»⁴⁵. Comme le Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des

⁴² Lorand Bartels, «Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings», *Journal of World Trade*, vol. 35 (2001), p. 501 et 502; David Palmenter et Petros C. Mavroidis, «The WTO Legal System: Sources of Law», *AJIL*, vol. 92 (1998), p. 398 et 399; Joost Pauwelyn, «The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?», *AJIL*, vol. 95 (2001), p. 554 à 566; Gabrielle Marceau, «WTO Dispute Settlement and Human Rights», *E.J.I.L.*, vol. 13 (2002), p. 757 à 779; Anja Lindroos et Michael Mehling, «Dispelling the Chimera of “Self-Contained Regimes” International Law and the WTO», *E.J.I.L.*, vol. 16 (2005), p. 860 à 866.

⁴³ Les articles 1^{er}, par. 1, 3, par. 2, 7, 11 et 19, par. 2, du Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends, *ILM*, vol. 33 (1994), 1144, ont permis de plaider tant à l'encontre qu'en faveur d'une plus large portée du droit applicable dans le règlement des différends au sein de l'OMC. Voir par exemple Bartels, «Applicable Law in WTO...», *ibid.*, p. 502 à 509; Lindroos et Mehling, «Dispelling the Chimera “Self-Contained Regimes”...», *ibid.*, p. 873 à 875, et *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, 1^{er} mai 2000, WT/DS163/R, par. 7.101, note 755.

⁴⁴ Voir par exemple Bartels, «Applicable Law in WTO...», *ibid.*, p. 501 et 502, et Palmenter et Mavroidis, «The WTO Legal System: Sources of Law», *supra*, note 42, p. 398 et 399.

⁴⁵ Art. 288, par. 1, et 293, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

différends ne contient pas de disposition comparable, la question de la portée du droit applicable a paru problématique. Cela dit, l'OMC n'est certainement pas la seule instance où un organe conventionnel a été mis sur pied sans qu'il soit dit expressément qu'il est censé appliquer le droit international. Comme on le fera valoir plus longuement en particulier dans les sections C et F ci-dessous, les traités qui relèvent de l'OMC découlent d'autres normes de droit international avec lesquelles ils entretiennent une interaction constante⁴⁶. Comme l'Organe d'appel l'a déclaré dans sa toute première affaire, «il ne faut pas lire l'*Accord général* en l'isolant cliniquement du droit international public»⁴⁷. Ce que cela veut dire dans la pratique n'est pas si facile à comprendre. L'organe affirme ce dont aucun tribunal ou organe conventionnel international n'a jamais sérieusement douté, à savoir que tout comme la compétence d'un organe est limitée (elle l'est toujours – même dans le cas de la Cour internationale de Justice), l'exercice de cette compétence est contrôlé par l'environnement normatif.

C. CONFLITS ENTRE DROIT SPÉCIAL ET DROIT GÉNÉRAL

46. La présente section traite du cas où un conflit normatif se caractérise par la distinction faite entre les normes en conflit, c'est-à-dire l'opposition entre normes spéciales et normes générales. Elle se divise en quatre parties. La section C.1 dessine le cadre permettant d'analyser les conflits qui mettent en présence des «normes spéciales» et des «normes générales». La section C.2 expose à grands traits le rôle et la nature de la règle de la *lex specialis* qui permet de façon pragmatique d'appréhender les situations dans lesquelles deux règles de droit international

⁴⁶ Par exemple Palmenter et Mavroidis, «The WTO System: Sources of Law», p. 398 et 399; Joel P. Trachtman, «The Domain of WTO Dispute Resolution», *Harvard International Law Journal*, vol. 40 (1999), p. 333 à 377; Bartels, «Applicable Law in WTO...», *supra*, note 42, p. 501 et 502; Pauwelyn, «The Role of Public International Law in the WTO...», *supra*, note 42, p. 554 à 566; Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law...*, *supra*, note 21, *Law*; Marceau, «WTO Dispute Settlement and Human Rights», *supra*, note 42, p. 757 à 779; Lindroos et Mehling, «Dispelling the Chimera...», *supra*, note 42, p. 860 à 866.

⁴⁷ Dans *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 17. De même, par exemple, dans *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, 1^{er} mai 2000, WT/DS163/R, par. 7.96, l'Organe a déclaré que «Le droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application.»

parfaitement valides et applicables traitent différemment du même sujet⁴⁸. La section C.3 donne un aperçu de la jurisprudence et de la doctrine en matière de «régimes autonomes». La section C.4 traite brièvement du régionalisme en droit international.

1. Introduction

47. L'une des techniques les plus connues d'analyse des conflits normatifs consiste à opposer le caractère général et le caractère spécial des normes en conflit. À cet égard, il est possible de faire la distinction entre trois types de conflit, à savoir:

- a) Des conflits entre le droit général et une interprétation particulière, non orthodoxe du droit général;
- b) Des conflits entre le droit général et une règle particulière censée y faire exception;
- c) Des conflits entre deux types de droit spécial.

48. La fragmentation se présente différemment dans chacun de ces trois types de conflit. Le premier type concerne à proprement parler les effets d'interprétations juridiques divergentes dans un environnement institutionnel complexe et ne rentre donc pas *stricto sensu* dans le cadre de l'étude de la Commission; les deux autres types renvoient à des conflits réels dans lesquels le droit lui-même (par opposition à certaines interprétations putatives de celui-ci) apparaît sous un jour différent selon le cadre normatif utilisé pour l'examiner⁴⁹. Chacun de ces trois types de conflit est examiné succinctement ci-après.

a) La fragmentation résultant d'interprétations antagoniques du droit général

49. Dans l'affaire *Tadic* en 1999, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a examiné la responsabilité de la Serbie-et-Monténégro par rapport aux actes

⁴⁸ Dire d'une règle qu'elle est «valide», c'est signifier qu'elle fait partie de l'ordre juridique («valide»). Dire qu'elle est applicable, c'est signifier qu'elle confère des droits, des obligations ou des attributions à un sujet de droit dans une situation donnée.

⁴⁹ J'ai examiné le rapport de dépendance existant entre le conflit normatif et le cadre conceptuel utilisé dans Martti Koskenniemi et Päivi Leino, «Fragmentation of International Law?...», *supra*, note 14, p. 553 à 579.

des milices des Serbes de Bosnie dans le conflit en ex-Yougoslavie. À cet effet, elle s'est penchée sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice à travers l'affaire du *Nicaragua* de 1986. En l'espèce, les États-Unis n'avaient pas été tenus responsables des actes des contras nicaraguayens au seul motif de la participation à l'organisation, au financement, à la formation et à l'équipement des contras, pareille participation ne répondant pas au critère du «contrôle effectif»⁵⁰. Pour sa part, le Tribunal a conclu que le critère du «contrôle effectif» plaçait la barre trop haut pour pouvoir tenir une puissance extérieure juridiquement responsable de troubles intérieurs. Il suffisait que la puissance visée ait un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification des opérations militaires du groupe militaire, c'est-à-dire qu'elle exerce un «contrôle global» sur celui-ci pour que le conflit soit un «conflit armé international»⁵¹.

50. Le contraste existant entre l'affaire du *Nicaragua* et l'affaire *Tadic* offre un exemple de conflit normatif opposant une interprétation plus ancienne et une interprétation plus récente d'une règle de droit international général⁵². Dans l'affaire *Tadic*, il n'est pas donné à entendre que le «contrôle global» existerait à côté du «contrôle effectif» à la manière soit d'une exception au droit général, soit d'un régime spécial (local) régissant le conflit yougoslave. Il est question tout bonnement de *remplacer* ce critère.

51. Il ne s'agit pas de prendre position en faveur de *Tadic* ou de *Nicaragua*, simplement pour illustrer le type de conflit normatif qui existe lorsque deux institutions placées devant des faits analogues interprètent la loi de manière antagonique. Ce cas se présente couramment dans tout système juridique. Mais ce qui peut faire véritablement difficulté, ce sont les conséquences pour le système juridique international, celui-ci ne possédant pas une hiérarchie institutionnelle

⁵⁰ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, (Fond), C.I.J. Recueil 1986, p. 64 et 65, par. 115.

⁵¹ Voir *Le Procureur c. Dusko Tadic*, arrêt, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, 15 juillet 1999. Voir également ILM, vol. 38 (1999), p. 1540 à 1546, par. 115 et 116 à 145.

⁵² Il ne s'agit pas nécessairement de la seule interprétation, ni même de l'interprétation correcte du contraste existant entre les deux affaires. Comme certains commentateurs l'ont laissé entendre, le départ entre les deux affaires peut aussi être établi à partir des faits qui leur sont propres. En l'espèce, il n'y aurait pas de conflit normatif. Quelle que soit l'opinion apparemment la mieux fondée, la question de principe demeure, à savoir qu'on ne peut exclure que deux tribunaux placés devant des faits analogues peuvent interpréter différemment le droit applicable.

adaptée. On peut, par exemple, imaginer un cas dans lequel deux institutions interpréteraient différemment le droit général (un droit en grande partie non codifié) à propos d'un titre territorial. Aux yeux d'une de ces institutions, l'État A aurait acquis valablement un titre à un territoire qu'une autre institution considérerait comme appartenant à l'État B. Faute d'une institution supérieure qui trancherait le conflit, ni l'État A ni l'État B ne pourraient poser d'actes officiels au sujet de ce territoire en étant certains qu'une puissance ou une institution extérieure attribuerait un effet juridique à de tels actes. Des problèmes analogues se feraient jour à propos de toute interprétation divergente concernant un droit général attribuant un statut juridique.

52. Des conceptions antagoniques relatives au contenu du droit général engendrent deux types de problème. Tout d'abord, elles réduisent la sécurité juridique, les sujets de droit n'étant plus en mesure de prévoir la façon dont des institutions officielles accueilleront leur comportement et d'organiser leur activité en conséquence. En second lieu, les sujets de droit se trouvent placés dans une position inégale l'un vis-à-vis de l'autre. Les droits dont ils jouissent dépendent de la juridiction appelée à les faire respecter. La plupart des législations nationales règlent ces problèmes par le biais de l'appel, une autorité (habituellement un tribunal) d'un degré hiérarchiquement supérieur étant investie du pouvoir de trancher⁵³. On ne trouve normalement pas une telle autorité en droit international. Dans la mesure où de tels conflits apparaissent et sont considérés comme posant un problème (ce n'est pas toujours nécessairement le cas), ils ne peuvent être réglés que par des moyens d'ordre législatif ou administratif. Ou les États en question adoptent une *nouvelle loi* qui règle le conflit, ou les institutions devront chercher à coordonner leur jurisprudence à l'avenir.

b) La fragmentation résultant de l'émergence d'un droit spécial en tant qu'exception au droit général

53. Une situation différente se présente lorsqu'une institution prend une décision qui s'écarte de la façon dont des cas analogues ont été réglés dans le passé au motif que le cas nouveau est

⁵³ Si l'on se place du point de vue de la théorie des systèmes, les tribunaux jouent un rôle tout à fait central dans la gestion de la différenciation fonctionnelle, c'est-à-dire de la fragmentation, dans le cadre du droit. La cohérence à cet égard se fonde sur l'obligation de trancher même «des affaires dures». Voir sur ce point en particulier Niklas Luhmann, *Law as a Social System* (traduit en anglais par K. A. Zeigert, publié par F. Kastner, R. Nobles, D. Schiff et R. Zeigert (Oxford University Press, 2004), notamment p. 284 à 296.

considéré comme ne relevant pas de la règle générale mais comme constituant une *exception* à celle-ci. À titre d'exemple, on peut mentionner la façon dont les organes chargés de promouvoir les droits de l'homme traitent les réserves. En 1988, dans l'affaire *Belilos*, la Cour européenne des droits de l'homme, ayant considéré qu'une déclaration faite par la Suisse dans son instrument de ratification était en réalité une réserve, a rejeté celle-ci comme étant incompatible avec l'objet et le but de la Convention et considéré que la Suisse était liée par la Convention «indépendamment de la validité de la déclaration»⁵⁴. Dans des affaires ultérieures, la Cour européenne a signalé que les règles normales applicables aux réserves aux traités ne s'appliquaient pas au droit des droits de l'homme. Selon elle,

«... une différence aussi fondamentale de rôle et de finalité entre les institutions dont il s'agit [c'est-à-dire la CIJ et la Cour européenne des droits de l'homme], ainsi que l'existence d'une pratique de l'acceptation inconditionnelle [...] constituent des éléments commandant de distinguer la pratique de la Convention de celle de la Cour internationale⁵⁵».

54. Une fois encore, il s'agit non pas d'approuver ni de critiquer la Cour européenne des droits de l'homme, mais de signaler un phénomène qui, quoi que l'on puisse en penser, est à mettre en relation avec l'émergence d'exceptions ou de types d'exception concernant certains sujets, qui s'écartent du droit général et que justifient les caractères spéciaux qu'ils revêtent.

c) La fragmentation considérée sous l'angle de la différenciation entre plusieurs types de droit spécial

55. Il reste enfin un troisième cas, celui d'un conflit entre différents types de droit spécial. On peut se reporter ici aux débats concernant le commerce et l'environnement. Dans l'affaire des *Hormones* de 1998, l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a examiné la valeur du principe dit «principe de précaution» au regard des traités visés par l'OMC, notamment l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires. Il a conclu que, quelle que soit la valeur que ce principe revêt «dans le cadre du droit international de

⁵⁴ *Belilos c. Suisse*, arrêt du 29 avril 1988, 1988 CEDH (série A), n° 132, p. 28, par. 60.

⁵⁵ *Loizidou c. Turquie*, Exceptions préliminaires du 23 mars 1995, 1995 CEDH (série A) n° 310, p. 29, par. 67.

l'environnement», il ne liait pas l'OMC⁵⁶. Selon cette façon de voir, le «droit de l'environnement» et le «droit commercial» pourraient être régis par des principes différents. Le point de savoir quelles règles il convient d'appliquer dépendrait alors de la façon dont une affaire serait qualifiée à cet égard. Ceci peut paraître problématique, car il n'existe pas de délimitation nette entre des dénominations comme «droit commercial» et «droit de l'environnement». Par exemple, le transport maritime de pétrole concerne aussi bien le commerce que l'environnement sans parler des règles du droit de la mer. Convient-il pour déterminer quelles sont les obligations d'un armateur, eu égard aux particularités techniques d'un navire, par exemple, de se demander ce qui est raisonnable du point de vue du transport de pétrole considéré comme une activité commerciale ou comme une activité dangereuse du point de vue de l'environnement? La réponse ne manquera pas d'être différente selon le cadre choisi pour l'interprétation juridique.

2. La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis*

a) La *lex specialis* en droit international

i) Doctrine juridique

56. Le principe selon lequel le droit spécial déroge au droit général est généralement accepté en tant que règle d'interprétation juridique et technique pour le règlement des conflits normatifs⁵⁷. Ce principe donne à entendre que lorsqu'une matière est régie par une règle générale

⁵⁶ *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)* WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 13 février 1998, par. 123 à 125.

⁵⁷ Le principe *lex specialis derogat lege generali* remonte au *Corpus Iuris Civilis*. Voir Papinien, *Digeste* 48, 19, 41 et *Digeste* 50, 17, 80. On trouve dans le *Corpus Iuris Civilis* la formulation suivante: «in toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est» (À tous égards en droit, la règle spéciale déroge à la règle générale et l'emporte sur celle-ci). (*The Digest of Justinian (Digeste de Justinien)*, vol. IV 1985, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, texte latin édité par T. Mommsen et P. Kruger). On trouve encore d'autres formulations, comme «*Generalibus specialia derogant*», «*Generi per speciem derogatur*», «*specialia generalibus, non generalia specialibus*». Dans le présent rapport, il n'est pas question d'une autre variante, proche de celle-ci, à savoir la règle *ejusdem generis*, c'est-à-dire la règle d'interprétation selon laquelle les termes spéciaux déterminent le sens de termes généraux. Pour une discussion, voir Lord A. D. McNair, *The Law of Treaties* (2^e éd., Oxford: Clarendon, 1961), p. 393 à 399.

et en même temps par une règle plus spécifique, c'est celle-ci qui doit l'emporter. Toutefois, le lien existant entre la règle générale et la règle spéciale peut se concevoir de deux façons. On peut se trouver dans le cas où la règle spéciale doit se lire et être comprise dans les limites de la règle générale qui en constitue la toile de fond, en tant que développement, mise à jour ou spécification technique de celle-ci⁵⁸. Dans pareil cas, on pourrait dire que la règle spéciale et la règle générale se rejoignent.

57. Parfois, cependant, dans un sens plus étroit, la *lex specialis* vise le cas dans lequel deux dispositions légales, qui sont toutes deux valides et applicables, sans qu'il existe entre elles un lien hiérarchique exprès, comportent des indications incompatibles quant à la manière d'aborder un même ensemble de faits. Dans pareil cas, la *lex specialis* se présente comme une technique de règlement de conflits. Elle donne à entendre qu'en lieu et place de la règle (générale), il y a lieu d'appliquer l'exception (spécifique)⁵⁹. Il reste que, dans les deux cas, la priorité appartient à la disposition «spéciale», c'est-à-dire à la règle dont le champ d'application est circonscrit avec une plus grande précision⁶⁰.

58. Cela étant, la règle de la *lex specialis* ne trouve pas à s'appliquer automatiquement. On relèvera en particulier deux difficultés. Tout d'abord, on éprouve souvent de la peine à distinguer ce qui est «général» et ce qui est «particulier» et l'on débouche sur des conclusions différentes, selon que l'on s'attache à la portée substantielle d'une disposition ou au nombre de sujets de droit auxquels elle s'adresse. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il existe un lien entre un régime général limité *ratione loci* et un traité universel relatif à un objet spécifique⁶¹. En second

⁵⁸ Cette façon de voir se retrouve chez Jan B. Mus, «Conflicts between Treaties...», *supra*, note 21, p. 218. Fitzmaurice, lui aussi, estime qu'on se trouve en présence d'une *lex specialis* lorsqu'une disposition spécifique est extraite d'une disposition générale. Sir Gerald Fitzmaurice, «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and other Treaty Points», BYBIL, vol. XXXIII (1957), p. 236.

⁵⁹ Alexander Peczenik, *Juridikens metodproblem* (Stockholm: Gebers, 1980), p. 106.

⁶⁰ On entend par là que la façon de décrire le champ d'application comporte dans une des deux dispositions au moins une qualité qui n'est pas mise en évidence dans l'autre disposition. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin: Springer, 1975), p. 251 et 252.

⁶¹ Selon Jenks, le règlement de pareils conflits ne peut se faire qu'au cas par cas. Voir C. Wilfried Jenks, «The Conflict of Law-Making...» *supra*, note 8, p. 447.

lieu, le principe présente également un rapport qu'il est malaisé de définir avec d'autres règles d'interprétation ou techniques de règlement de conflits, comme, par exemple, la règle *lex posterior derogat legi priori* (la loi postérieure déroge à la loi antérieure), et peut être contrebalancé par des hiérarchies normatives ou des opinions informelles concernant la «pertinence» ou l'«importance»⁶².

59. L'idée que le particulier l'emporte sur le général a une longue histoire en doctrine également. La logique qui la sous-tend a été bien exprimée déjà par Grotius:

«*Quelles règles doivent être observées dans de tels cas [c'est-à-dire lorsque des parties d'un instrument sont en conflit]? S'agissant d'accords qui sont égaux ... celui qui devrait primer est celui qui est le plus spécifique et qui s'approche le plus de la matière considérée, car les dispositions spéciales sont ordinairement plus efficaces que les dispositions générales*⁶³.».

60. Ce passage donne deux raisons pour lesquelles la règle de la *lex specialis* est si largement acceptée. Une règle spéciale va plus droit au but («s'approche le plus de la matière considérée») qu'une règle générale et elle gouverne la matière plus efficacement («sont ordinairement plus efficaces») que les règles générales. On pourrait exprimer la même chose en disant que les règles spéciales sont mieux à même de prendre en compte les circonstances particulières. La nécessité de s'y conformer est ressentie avec plus d'acuité que dans le cas de règles générales⁶⁴. Elles sont plus claires et plus catégoriques et sont donc souvent ressenties comme plus «impératives» ou plus «contraignantes» que les règles générales qui peuvent rester à l'arrière-plan et n'être que

⁶² Pour ces différentes possibilités, voir Hannu T. Klami, «Legal Heuristics: A Theoretical Skeleton», *Oikeustiede-Jurisprudentia* 1982, p. 46 à 53. Voir aussi Seyed Ali Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts... supra*, note 21, p. 189 à 191. Pour des exemples de cas dans lesquels un traité plus général l'emporte sur un traité plus spécifique en raison de sa «pertinence» ou de son «caractère prépondérant», voir *ibid.*, p. 114 à 125 et 125 à 131 et *passim*. Ian Sinclair évoque un assemblage composite de techniques et de règles dans *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2^e éd., Manchester University Press, 1984), p. 95 à 98.

⁶³ Hugo Grotius, *De Jure belli ac pacis. Libri Tres* (édité par James Brown Scott, *The Classics of International Law*), (Oxford: Clarendon Press, 1925) livre II, chap. XVI, sect. XXIX, p. 428.

⁶⁴ Pour la logique qui sous-tend la nécessité de préférer le «particulier» au «général», voir également Pierre-Marie Dupuy, «L'unité de l'ordre juridique international. ... *supra*, note 14, p. 428 et 429.

rarement appliquées. De plus, la *lex specialis* peut aussi sembler plus utile en ce qu'elle reflète mieux la volonté des parties⁶⁵.

61. Il n'est donc pas surprenant que la doctrine considère généralement la *lex specialis* comme un principe valable d'interprétation ou une bonne technique de résolution des conflits en droit international public également, bien que de longs développements y soient rarement consacrés. Les auteurs classiques (Pufendorf, Vattel) l'acceptaient tout naturellement comme une technique parmi d'autres⁶⁶. Anzilotti s'est exprimé à son sujet de façon catégorique: «*in toto jure genus per speciem derogatur*, la norme de droit particulière l'emporte sur la norme générale». Fidèle à son volontarisme, il considérait qu'un traité entre deux États l'emporterait sur un traité multilatéral tout comme ce dernier primerait le droit coutumier⁶⁷. Pour lui comme par exemple pour Charles Rousseau, le pouvoir de la règle de la *lex specialis* résidait dans la façon dont elle semblait réaliser la volonté des parties⁶⁸. Pour Georges Scelle, en revanche, une règle particulière ne devait que rarement l'emporter sur ce qu'il appelait «l'économie d'ensemble» du droit commun. De son antivolontarisme sociologique, il s'ensuivait que des États ne devaient jamais pouvoir convenir entre eux de dérogations à des règles générales qui étaient l'expression d'un intérêt sociologique objectif⁶⁹.

62. Il semble cependant manifeste que les deux approches sont trop absolues – soit qu'elles soient trop respectueuses de la volonté des États pris individuellement soit qu'elles ne respectent

⁶⁵ Voir aussi Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms... supra*, note 21, p. 388. Pour une lecture volontariste de la *lex specialis*, qui peut être combattue par d'autres éléments, voir Nancy Kontou, *The Termination of Treaties in Light of New Customary International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 142 et les références que contient cet ouvrage.

⁶⁶ Samuel Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique* (traduit par J. Barbeyrac, Bâle, Thourneisen, 1732), livre V, chap. XII, p. 138 à 140); Emmerich de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la Loi Naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des Souverains* (1758) (deux volumes, Londres), t. I, livre II, chap. XVII, par. 316, p. 511.

⁶⁷ Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international*, t. I (Paris: Sirey, 1929), p. 103.

⁶⁸ Charles Rousseau, «De la compatibilité des normes...», *supra*, note 36, p. 177.

⁶⁹ Georges Scelle, *Cours de droit international public* (Paris: Domat-Montchrestien, 1948), p. 642.

pas assez la nécessité de déroger à des principes abstraits. Les juristes des générations suivantes soulignent la relativité du principe de la *lex specialis*, la nécessité de la mettre en balance avec celui de la *lex posterior* ainsi que la place qui peut être reconnue dans la hiérarchie des normes à la règle générale⁷⁰.

63. La Commission du droit international s'est étendue sur l'application de la *lex specialis* dans le commentaire de l'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite:

«Article 55

Lex specialis

Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international.»

64. Cette disposition pose comme principe la priorité dans la hiérarchie des normes de toute règle spéciale dans son domaine d'application. Ou, comme la Commission l'explique dans son commentaire, elle signifie «que les articles sont d'application supplétive⁷¹». La disposition exprime clairement la volonté de la Commission de permettre aux États de convenir entre eux de développer ou d'appliquer les règles générales de la responsabilité de l'État ou d'y déroger. Cette latitude ne peut cependant bien sûr pas être illimitée: les règles qui dérogent doivent être au moins du même rang que celles auxquelles elles dérogent. On voit mal comment des États pourraient, par exemple, déroger aux aspects du droit commun de la responsabilité de l'État qui définissent les conséquences de «violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général⁷²».

⁷⁰ Voir, par exemple, Arrigo Cavaglieri, «Règles générales de droit de la paix», *Recueil des Cours*, vol. 26 (1929-I), p. 334; Gerald Eulalio do Nascimento e Silva, «Le facteur temps et les traités», *Recueil des Cours*, vol. 154 (1977-I), p. 246.

⁷¹ Art. 55, Commentaires sur le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)* p. 384, par. 2.

⁷² Art. 40 et 41, 48, *ibid.*, p. 303 à 316 et 343 à 353.

65. En doctrine, la *lex specialis* est ordinairement traitée comme un élément parmi d'autres entrant dans l'interprétation des traités (art. 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) ou en rapport avec la question des traités successifs (art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en particulier en relation avec le principe de la *lex posterior*)⁷³. Même si le principe n'est pas exprimé dans le texte de la Convention de Vienne sur le droit des traités, on a fait observer pendant l'élaboration de la Convention qu'entre autres techniques de résolution des conflits entre traités il était utile de se demander dans quelle mesure un traité pouvait être «spécial» par rapport à un autre traité⁷⁴.

66. Mais il n'y a pas de raisons de limiter le jeu de la *lex specialis* aux rapports entre traités. Jennings et Watts, par exemple, indiquent que le principe «a parfois été appliqué pour résoudre des conflits apparents entre deux règles divergentes et potentiellement applicables» et soulignent expressément que son champ d'application n'est pas limité au droit des traités. Comme beaucoup d'autres, ils soulignent son rôle indicatif en tant qu'«auxiliaire facultatif ... , reflétant le bon sens

⁷³ Outre les sources déjà citées, voir, par exemple, Charles Rousseau, «De la compatibilité des normes...» *supra*, note 36, p. 133 à 192, en particulier p. 177 et 178, 188 et 189; Jenks, *supra*, note 8, p. 401 à 453, en particulier p. 446 et 447; Manfred Zuleeg, «Vertragskonkurrenz im Völkerrecht. Teil I: Verträge zwischen souveränen Staaten», *GYIL*, vol. 20 (1977), p. 246 à 276, en particulier p. 256 à 259; V. Czaplinski et G. Danilenko, «Conflicts of Norms in International Law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXI (1990), p. 20 et 21; Kontou, *The Termination of Treaties*, *supra*, note 65, p. 141 à 144; Malgosia Fitzmaurice et Olufemi Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties* (Utrecht: Eleven International Publishing, 2005), en particulier p. 314 à 348. Voir aussi Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell et James C. Miller, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: principles of content and procedure* (New Haven et Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht: New Haven Press) (rééd. de 1994), p. 199 à 206; Sinclair, *The Vienna Convention*, *supra*, note 62, p. 98. Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press, 2000), p. 201. Voir aussi Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public* (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002) (7^e éd.), p. 271 (développements sur la *lex specialis* dans le contexte de l'article 30 3) de la Convention de Vienne). Très peu de commentateurs rejettent expressément le principe. Voir cependant Ulf Linderfalk, *Om tolkning av traktater* (Lunds Universitet, 2001), p. 353 et 354 (qui estime qu'il entre dans certaines techniques, mais est exclu par d'autres).

⁷⁴ Déclaration de l'Expert consultant (Waldock), Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, *Documents officiels*, Nations Unies, New York, 1970, p. 270. Voir aussi Paul Reuter, *Introduction au droit des traités* (2^e éd., Paris: PUF, 1985), p. 112.

et l'usage grammatical normal»⁷⁵. En tant que tel, il est souvent considéré comme gouvernant les rapports entre les traités (*lex specialis*) et la coutume (droit général)⁷⁶.

67. Les incertitudes concernant la nature de l'interprétation juridique valent également pour ce qui est du rôle de la *lex specialis*. Comme l'a dit O'Connell: «Les auteurs se partagent entre ceux qui pensent qu'il est possible de formuler des règles d'interprétation catégoriques et ceux qui estiment que c'est là une illusion⁷⁷.». C'est probablement la raison pour laquelle un certain nombre de manuels passent le principe totalement sous silence. Si l'on estime que l'interprétation juridique est plutôt «un art qu'une science», il semble alors bien entendu futile de la subordonner à des règles ou principes techniques⁷⁸. Néanmoins, le rejet du principe peut être la marque d'attentes excessives quant à la valeur normative des principes directeurs en matière d'interprétation. Il fait peu de doute que les raisons qui poussent les interprètes à préférer la loi spéciale à la loi générale, déjà évoquées plus haut par Grotius, militent en faveur de l'inclusion du principe de la *lex specialis* parmi les considérations pragmatiques dont les juristes doivent tenir compte. Schwarzenberger considère toute cette branche du droit – c'est-à-dire l'interprétation – comme un aspect de ce qu'il appelle le *jus æquuum* – c'est-à-dire la règle qui «commande aux parties d'appliquer chaque traité de façon raisonnable et de bonne foi»⁷⁹. Cette règle met en exergue un certain nombre de préoccupations d'ordre pratique: la nécessité d'assurer la pertinence et l'effectivité de la norme dans la pratique ainsi que de préserver ce qui est souvent utilement révélateur de l'intention des parties. Ces préoccupations doivent bien entendu être mises en balance avec d'autres qui vont dans le sens opposé: la position

⁷⁵ Sir Robert Jennings et Sir Arthur Watts, *Oppenheim's... supra*, note 37, vol. I, p. 1270 et 1280.

⁷⁶ Voir, par exemple, Mark E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: a study of their interactions and interrelations with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Dordrecht: Nijhoff, 1985), p. 161.

⁷⁷ D. P. O'Connell, *International Law* (deux volumes, Londres: Stevens and Sons, 1970), vol. I, p. 253.

⁷⁸ Voir Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* (rééd. assortie d'un nouvel épilogue, Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 338 et 339.

⁷⁹ Georg Schwarzenberger, *International Law* (3^e éd., Londres: Stevens and Sons, 1957), vol. I, p. 474, 477 et suiv. Voir aussi Pauwelyn, *Conflict of Norms, supra*, note 21, p. 388.

hiérarchique de la norme considérée et d'autres éléments révélateurs de l'intention des États. Mais quelle que soit la façon dont l'«équilibre» est conçu, tout se passe au sein d'une argumentation qui cherche à justifier ses résultats moins en terme d'applications techniques que de contributions à un système de droit téléologique.

ii) Jurisprudence

68. La jurisprudence internationale également semble accepter le principe de la *lex specialis*, mais là encore normalement sans s'étendre sur lui. Quatre situations différentes peuvent être distinguées: le principe peut jouer s'agissant d'un conflit a) au sein d'un seul et même instrument; b) entre deux instruments différents; c) entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle; et d) entre deux normes non conventionnelles.

69. L'*arbitrage du Canal de Beagle* concernait les rapports entre les articles II et III d'un traité de 1881 qui portaient l'un et l'autre sur l'établissement des frontières. Selon le tribunal arbitral, l'article II n'entrait pas dans le détail de la délimitation de la *Tierra del Fuego* ni de celle de certaines îles revendiquées par les deux pays. Cette question avait été laissée à l'article III. Même si les deux articles traitaient des mêmes territoires, ils ne faisaient pas double emploi et ne créaient pas non plus d'anomalies ou de conflits⁸⁰:

«... tous les conflits ou anomalies peuvent être éliminés en appliquant la règle *generalia specialibus non derogant*, en vertu de laquelle l'article II (*generalia*) céderait le pas à l'article III (*specialia*), ce dernier primant⁸¹;...».

70. C'est là le cas type dans lequel il est fait appel à la *lex specialis* pour régler les rapports entre deux dispositions d'un seul et même instrument⁸². L'utilisation qui en est faite se justifie

⁸⁰ *Beagle Channel Arbitration, (Argentina v. Chile), International Law Report vol. 52 (1979) p. 97 et 141, par. 36 et 38.*

⁸¹ *Ibid.*, p. 97 et 142, par. 39.

⁸² Voir aussi les développements consacrés par la Cour de justice européenne aux rapports entre les articles 5 1) et 13 de la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale. Comme la première disposition portait sur «la matière contractuelle en général» et la seconde visait «de façon spécifique différents types de contrats conclus par un consommateur», la seconde constituait la *lex specialis* par rapport à la première, et il suffisait de l'appliquer, si elle était applicable. Dans un tel cas, il «n'était pas nécessaire d'examiner si [l'action] était visée par l'article 5, point 1». CJE, affaire

soit sur le fondement du principe du «sens ordinaire», posé au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, soit sur celui du principe qui veut que l'intention des parties doive être respectée.

71. La Cour européenne des droits de l'homme a fréquemment appliqué la *lex specialis* pour expliciter la nature des relations entre des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La Cour a, par exemple, examiné le rapport entre l'article 13, qui prévoit le droit à l'octroi d'un «recours effectif devant une instance nationale», et le paragraphe 4 de l'article 5, qui dispose que toute personne privée de sa liberté «a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale». Il lui a semblé qu'il s'ensuivait que:

«l'article 13 fixant des conditions moins strictes que l'article 5, par. 4, [cette dernière disposition] doit être considérée comme la *lex specialis* pour les doléances de l'article 5⁸³».

72. De même, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'article 6 de la Convention, prévoyant le droit à un procès équitable, constituait la *lex specialis* par rapport à la disposition de l'article 13 prévoyant le droit à l'octroi d'un «recours effectif»⁸⁴. Et elle a estimé que l'article 11, qui prévoyait la liberté de réunion et d'association, pouvait l'emporter en tant que *lex specialis* sur la liberté d'expression prévue à l'article 10⁸⁵.

C-96/00, *Rudolf Gabriel*, arrêt du 11 juillet 2002, CJE (2002) I-06367, p. 6398 et 6399, par. 35 et 36, et p. 6404, par. 59.

⁸³ *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 mai 1993, CEDH (série A) n° 258, p. 57, par. 76. Voir aussi *De Jong, Baljet et van den Brink c. Pays-Bas*, arrêt du 22 mai 1984, CEDH (série A) n° 77, p. 27, par. 60; *Murray c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 octobre 1994, CEDH (série A) n° 300, p. 37, par. 98, et *Nikilova c. Bulgarie*, arrêt du 25 mars 1999, CEDH 1999-II, p. 25, par. 69.

⁸⁴ *Yankov c. Bulgarie*, arrêt du 11 décembre 2003, par. 150, CEDH 2003-XII. Voir aussi *Brualla Gómez de la Torre c. Espagne*, arrêt du 19 décembre 1997, CEDH 1997-VIII, par. 41; *Vasilescu c. Roumanie*, arrêt du 22 mai 1998, CEDH 1998-III, par. 43. Voir *Kudla c. Pologne*, arrêt du 26 octobre 2000, CEDH 2000-XI, par. 164 à 148.

⁸⁵ *Ezelin c. France*, arrêt du 26 avril 1991, CEDH (série A) n° 202, p. 20, par. 35, et *Djavit An c. Turquie*, arrêt du 20 février 2003, CEDH 2003-III, par. 39.

73. Ces articles n'entrent pas toujours nécessairement vraiment en conflit et ils pourraient sans doute être appliqués concurremment. En fait, le paragraphe 4 de l'article 5 peut aussi être considéré comme une *application* de l'article 13 dans un cas d'espèce. Cette observation vaut également pour deux dispositions qui sont étroitement liées entre elles comme celles concernant la liberté d'expression et la liberté de réunion. Dans un cas d'espèce, la disposition concernant la liberté de réunion pourra effectivement apparaître comme la *lex specialis* par rapport à celle concernant la liberté d'expression. Mais le rapport peut aussi être inversé. Il n'y a aucune raison pour que l'article 10 prévoyant la liberté d'expression soit considéré comme la *lex specialis* par rapport à l'article 11 prévoyant la liberté de réunion pacifique.

74. Le deuxième cas de figure est celui dans lequel la *lex specialis* intervient pour régir les rapports entre des instruments *différents*. Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la Cour permanente de justice internationale devait départager deux instruments pour se prononcer sur sa compétence, le Mandat de 1922 pour la Palestine et le Protocole XII de 1923 au Traité de Lausanne. La Cour a conclu que «dans le doute, c'était le Protocole en tant qu'accord spécial et postérieur qui devait l'emporter»⁸⁶. La Cour semblait ainsi avaliser à la fois le principe de la *lex posterior* et celui de la *lex specialis* sans entrer dans la question de leurs rapports.

75. Cette question a été traitée de façon générale à l'Organisation mondiale du commerce où les groupes spéciaux de règlement des différends et l'Organe d'appel ont parfois eu recours à la *lex specialis* pour l'interprétation des traités visés⁸⁷. Dans l'affaire *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, le Groupe spécial a souligné que l'Accord de l'OMC constituait un tout et que les obligations des membres étaient cumulatives.

En conséquence, une disposition spéciale ne peut l'emporter sur une autre disposition que s'il

⁸⁶ C.P.J.I., affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), série A, n° 2, p. 31.

⁸⁷ Il s'agissait dans certains cas d'interpréter des dispositions d'un seul et même instrument et dans d'autres cas d'interpréter des dispositions de deux «traités visés» différents. Il ne semble pas que la *lex specialis* ait été appliquée pour l'interprétation d'un traité de l'OMC et d'un autre type de traité. Voir *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, 14 avril 1999, WT/DS46/R, par. 7.40; *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, 31 mai 1999, WTO/DS34/R, par. 9.92, et *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, 2 juillet 1998, WT/DS54/, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, par. 14.28 à 14.34.

est impossible d'appliquer les deux dispositions simultanément⁸⁸. Dans l'affaire *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, le Groupe spécial a de même expliqué qu'il y avait une présomption contre les conflits et que, pour qu'un conflit existe, il fallait que l'on ait affaire aux mêmes parties et à la même matière et que les dispositions s'excluent mutuellement⁸⁹. À l'OMC, le rôle joué par la *lex specialis* semble être limité à celui de moyen subsidiaire de solution des conflits⁹⁰.

76. Lorsque la *lex specialis* est appliquée dans un contexte institutionnel particulier (dans le cadre d'un «régime» au sens de la section D ci-dessous), la hiérarchie (même informelle) au sein de l'institution entre bien entendu en jeu. Le Tribunal de première instance de l'Union européenne a été appelé en 2000 à se prononcer sur les rapports entre un règlement de 1981 aux termes duquel les renseignements obtenus à l'occasion d'une enquête douanière devaient être considérés comme confidentiels et une décision de la Commission de 1994 qui garantissait l'accès du public aux documents de la Commission. Le Tribunal a statué que le règlement

«... pour autant qu'il devrait être appliqué en tant que *lex specialis*, ne saurait être interprété dans un sens contraire à la décision ... dont l'objectif fondamental est de donner aux citoyens la possibilité de contrôler d'une manière plus effective la légalité de l'exercice du pouvoir public...⁹¹».

77. La hiérarchie entre le règlement du Conseil plus ancien et la décision de la Commission plus récente, incorporant un code de conduite concernant l'accès du public aux documents de la Commission et du Conseil, n'était sans doute pas très claire. Néanmoins, en l'espèce, le Tribunal a donné d'une *lex specialis* antérieure, qui à tout le moins n'était pas d'un rang inférieur à celui de la décision ultérieure de la Commission, une interprétation qui en assurait la conformité avec

⁸⁸ *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, 31 mai 1999, WT/DS34/R, par. 9.92.

⁸⁹ *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, 2 juillet 1998, WT/DS54/, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, par. 14.28.

⁹⁰ *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, 6 avril 1999, WT/DS90/R, par. 4.20.

⁹¹ *JT's Corporation Ltd. c. La Commission des communautés européennes*, Tribunal de première instance, arrêt du 12 octobre 2000, CEJ, affaire T-123/99 (2000) ECR II-3269, par. 50.

cette décision⁹². Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi des considérations de transparence pouvaient en 1999 l'emporter sur un règlement de 1981. Mais ce rapport n'était ni le résultat «automatique» d'une hiérarchie formelle ni celui de la *lex specialis* comme règle de conflit.

78. On se trouve en présence d'un troisième cas lorsque la *lex specialis* est invoquée pour donner le pas à une norme conventionnelle sur une norme non conventionnelle. Dans l'affaire *INA Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, la société INA demandait à être indemnisée à raison de l'expropriation de la participation de 20 % qu'elle possédait dans une société iranienne d'assurance. Elle faisait valoir, en s'appuyant sur le droit international et le Traité d'amitié irano-américain (1955), que pareille indemnisation devait être «prompte, appropriée et effective». Selon le défendeur, l'indemnisation devait intervenir sur la base de la valeur comptable nette des actions nationalisées. Le tribunal, quant à lui, a jugé qu'en cas de nationalisation licite de grande ampleur le droit international général ne prévoyait plus l'octroi d'une indemnisation intégrale. Cependant, il n'a pas cherché à établir la teneur exacte de la règle coutumière, ayant estimé aux fins de l'espèce que:

le Traité d'amitié considéré constituait une *lex specialis*, laquelle avait le pas, en principe, sur les règles générales⁹³.

79. La priorité dont les règles conventionnelles bénéficient par rapport à la coutume découle tout simplement du fait que le droit international général est pour l'essentiel un *jus dispositivum*, ce qui permet aux parties d'y déroger en énonçant des droits ou obligations spécifiques appelés à régir leur comportement. Comme la Cour internationale de Justice l'a indiqué, «on doit

⁹² Un argument du même type a été utilisé dans une affaire récente qui traitait des rapports entre deux directives dont l'une concernait les déchets (75/442 EEC du 15 juillet 1975) et l'autre, beaucoup plus récente, l'emballage des déchets (94/62 EC du 20 décembre 1994). La Cour européenne de justice a statué que la dernière de ces directives devait être considérée comme *lex specialis* par rapport à la première «de sorte que ses dispositions priment» celles de la directive antérieure «dans les situations qu'elle vise spécifiquement à régler». La première directive n'a néanmoins pas été totalement écartée: «La directive 75/442», dit l'arrêt, «conserve cependant une grande importance pour l'interprétation et l'application de la directive 94/62». CEJ, affaire C-444/00, *The Queen, à la demande de Mayer Parry Recycling Ltd. c. Environment Agency et Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, arrêt du 19 juin 2003, CEJ (2003) I-06163, p. 6228 et 6229, par. 57 et 53.

⁹³ Tribunal des différends irano-américains, société INA, affaire n° 161, 8 juillet 1985, Iran-U.S. CTR 1985-I, vol. 8, p. 378.

admettre qu'en pratique il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas particuliers ou entre certaines parties⁹⁴». Cette approche, ainsi que la priorité donnée dans la pratique au traité par rapport à la coutume, a été affirmée aussi par la Cour dans l'affaire *Nicaragua*:

«D'une manière générale, les règles conventionnelles ayant le caractère de *lex specialis*, il ne conviendrait pas qu'un État présente une demande fondée sur une règle de droit international coutumier si, par traité, il a déjà prévu des moyens de régler une telle demande⁹⁵».

80. Dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, la Cour a donné à entendre que les États étaient susceptibles de renoncer par ce moyen au développement du droit général. Elle-même avait été habilitée en vertu du compromis à tenir compte des «nouvelles tendances acceptées» à la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. À cet égard, la Cour a noté ce qui suit:

«les parties auraient sans doute pu viser dans le compromis certains aspects précis du développement du droit de la mer et stipuler qu'en l'occurrence telle ou telle règle serait obligatoire dans leurs rapports bilatéraux à titre de *lex specialis*⁹⁶».

81. Dans ces affaires, la Cour a jugé que le droit international général pouvait faire l'objet d'une dérogation par voie d'accord et que de tels accords pouvaient être considérés comme constituant une *lex specialis*. Ces affaires illustrent la pratique des tribunaux internationaux consistant à accorder la préséance au droit conventionnel dans des domaines où il existe également un droit coutumier, cette pratique mettant en lumière l'aspect *jus dispositivum* de la coutume et manifestant le respect des tribunaux pour les accords en tant qu'ils leur offrent la base «la plus solide» et, partant, la plus légitime sur laquelle fonder leurs décisions. Thirlway résume comme suit cette jurisprudence:

⁹⁴ Affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, C.I.J. Recueil 1969, p. 42, par. 72. Voir cependant également *ibid.*, par. 61 à 65, («dans le cas de règles et d'obligations de droit général ou coutumier qui, par nature, doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale»).

⁹⁵ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, (Fond), C.I.J. Recueil 1986, p. 137, par. 274.

⁹⁶ *Affaire du Plateau continental (Tunisie c. Libye)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 38, par. 24.

«On accepte universellement que, mis à part le *jus cogens*, le traité en tant que *lex specialis* est la loi des parties par dérogation au droit coutumier général qui, sans cela, aurait régi leurs relations⁹⁷.».

82. On ne saurait déduire de ce qui précède que le droit général coutumier serait de ce fait aboli. Ce droit continuera de s'appliquer en toile de fond et redeviendra pleinement applicable, par exemple, lorsque le traité ne sera plus en vigueur ou, comme dans l'affaire *Nicaragua*, si l'organe chargé d'appliquer la loi n'est pas compétent pour le traité⁹⁸.

83. Un exemple atypique de recours à la *lex specialis* est fourni par une affaire de 1981 dans laquelle le Tribunal des différends irano-américains a conclu qu'en vertu d'un principe d'interprétation universellement reconnu une disposition spéciale l'emportait sur une disposition générale. Invoquant en l'espèce la *lex specialis*, le Tribunal a expliqué que les termes de la Déclaration concernant le règlement des différends étaient à ce point clairs et détaillés qu'ils devaient nécessairement l'emporter sur l'intention supposée des parties, quelle que celle-ci ait pu être⁹⁹. Comme tel, le principe semble s'être coulé dans la règle favorisant le sens «ordinaire», conformément au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

84. Dans un quatrième cas, le même raisonnement est appliqué, même si l'expression *lex specialis* ne se retrouve pas nécessairement, à deux normes non conventionnelles. Il y a eu ainsi l'affaire du *Droit de passage*. La C.I.J., ayant considéré que la pratique telle qu'elle avait été acceptée par les États concernés (Inde et Grande-Bretagne/Portugal) établissait un *droit de passage* à travers le territoire indien, a estimé pouvoir se dispenser d'examiner plus avant quelle pouvait avoir été la teneur du droit général en matière de droit de passage. En effet, il lui est paru évident qu'«une telle pratique particulière [devait] l'emporter sur des règles générales éventuelles¹⁰⁰». Même en l'absence d'une pratique explicite abondante en la matière, on ne voit

⁹⁷ Hugh Thirlway, «The Law and Procedure of the International Court of Justice», BYBIL, vol. LX (1989), p. 147. Dans le même sens, par exemple, Alfred Verdross & Bruno Simma, *Universelle Völkerrecht* (3^e éd., Berlin: Duncker & Humblot, 1984), p. 414 et 415.

⁹⁸ Voir affaire *Nicaragua*, C.I.J. Recueil 1986, p. 96, par. 179.

⁹⁹ Tribunal des différends irano-américains, affaire n^o A/2, Iran-U.S. CTR, vol. 1, 1981-1982, p. 104.

¹⁰⁰ *Droit de passage sur le territoire indien (Fond) (Portugal c. Inde)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 44.

pas pourquoi la *lex specialis* – ou à tout le moins le raisonnement qui la sous-tend – ne serait pas applicable aux relations entre la coutume générale et la coutume spéciale. Ce qu’il y a d’intéressant dans l’affaire du *Droit de passage*, c’est l’utilisation que la Cour fait de ce que Thirlway appelle «la technique judiciaire parfaitement reconnue et respectable» consistant à écarter purement et simplement l’examen du contenu du droit général, une fois établie l’existence de la coutume spéciale, laissant ainsi ouverte la question de savoir si la règle spéciale représente un développement ou une exception par rapport à ce droit général ou si celui-ci préexistait en la matière¹⁰¹.

iii) La place de la *lex specialis* dans une hiérarchie informelle des sources de droit international

85. Il n’existe pas de hiérarchie formelle des sources de droit international. C’est à juste titre qu’un certain nombre d’auteurs ont néanmoins soutenu qu’il existait entre ces sources une sorte de hiérarchie informelle. Le «droit général» n’ayant pas valeur de *jus cogens*, les traités l’emportent généralement sur la coutume, et les traités particuliers sur les traités généraux¹⁰². Dans le même sens, il est permis d’avancer (comme semble du reste l’indiquer l’affaire du *Droit de passage*) que des coutumes locales (dès lors que leur existence est établie) l’emportent sur le droit général coutumier, et peut-être que le corps de droit coutumier l’emporte sur les principes généraux de droit visés au paragraphe 1 c) de l’article 38 du Statut de la Cour¹⁰³. Cette hiérarchie informelle ne résulte d’aucune loi, mais constitue un aspect «légal» [comme l’on parle de «médecine légale»]¹⁰⁴ ou «naturel»¹⁰⁵ du raisonnement juridique. N’importe quel tribunal ou

¹⁰¹ Hugh Thirlway, «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989», BYBIL, vol. LXI (1990), p. 104 à 106.

¹⁰² Verdross et Simma, *Universelle Völkerrecht*, *supra*, note 97, p. 413 et 414. Thirlway, «The Law and Procedure of the International Court of Justice», *supra*, note 97, p. 143 et 144.

¹⁰³ Les auteurs français aboutissent parfois à la même conclusion en établissant la distinction entre acte et norme, ou entre la source formelle et la règle (substantielle), qu’elle englobe. De la sorte, il peut n’exister aucune hiérarchie entre les sources formelles, mais il doit y avoir des règles permettant de régler les chevauchements et conflits entre les règles substantielles. Voir, par exemple, Daillier et Pellet, *Droit international public*, *supra*, note 73, p. 114 à 116; Georges Abi-Saab, «Cours général de droit international public», *Recueil des Cours*, vol. 207 (1999), p. 188.

¹⁰⁴ Jennings et Watts, *Oppenheim’s ...*, *supra*, note 37, p. 26 (note 2).

juriste qui s'efforce de régler un problème normatif se tournera d'abord vers les traités, puis vers la coutume et ensuite vers les principes généraux de droit. Selon Serge Sur, la Cour, agissant empiriquement, a accordé la préséance aux règles présentant le degré le plus élevé de spécialité et constituant la manifestation la plus évidente et la plus objective¹⁰⁶. La source secondaire ne se trouve pas abolie de ce fait, mais elle joue un «rôle résiduel» en orientant l'interprétation de ce droit spécial et en se substituant à lui lorsque, pour une raison ou l'autre, celui-ci ne trouve pas à s'appliquer¹⁰⁷.

86. Pareille hiérarchie informelle illustre l'aspect pragmatique du raisonnement juridique qui établit une distinction entre les cas «simples» et les cas «difficiles». La spécialité du droit spécial traduisant sa pertinence par rapport au contexte et sa valeur en tant qu'elle atteste la volonté des parties, l'application de ce droit spécial semble souvent aller de soi. Dans ce cas, dit «simple», la spécialité de la norme ou de l'instrument n'apparaît même pas comme prêtant à la controverse. La nécessité d'y regarder de plus près, pour voir ce qui pourrait se cacher derrière la norme ou l'instrument ou exister dans son voisinage, n'apparaît que dans les cas «difficiles», lorsque l'application est contestée et qu'un autre instrument ou norme est invoqué à la place. C'est alors seulement que la règle de la *lex specialis* trouve expressément à s'appliquer, mais même alors elle ne s'applique que par rapport à d'autres raisonnements touchant la façon dont il faut comprendre le contexte (par exemple, s'agit-il d'une obligation de type «intégral» ou «interdépendant»?), en s'appuyant sur l'intention des parties (par exemple, *lex posterior*) ou sur la hiérarchie (par exemple, *jus cogens*).

¹⁰⁵ Villiger, *Customary International Law ...*, *supra*, note 76, p. 161. Dans le même sens, Hersch Lauterpacht, *International Law. The Collected Papers of Sir Hersch Lauterpacht* (1970-1978) (quatre volumes publiés par Eli Lauterpacht, Cambridge University Press), vol. I, p. 86 à 88.

¹⁰⁶ Serge Sur, *L'interprétation en droit international public* (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974), p. 164. Czaplinski et Danilenko évoquent une priorité d'obligation, *Conflict of Norms ...*, *supra*, note 73, p. 8.

¹⁰⁷ Voir par exemple l'étude par Rousseau de l'*Avis consultatif sur le Service postal polonais à Dantzig*, *C.P.J.I.* série B, n° 11 (1925) aux termes duquel le Traité de Versailles devait être complété par des pourparlers bilatéraux entre Dantzig et la Pologne, «De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international», et l'étude de la compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla, *C.P.J.I.* série B, n° 14 (1927).

87. Dans les cas réputés «difficiles», la *lex specialis* intervient et présente une série de considérations d'ordre pratique concernant l'accessibilité immédiate de la norme et sa sensibilité au contexte. Toutefois, de telles considérations peuvent n'être pas décisives. Elles peuvent être contrebalancées par d'autres considérations. On se gardera de considérer comme arbitraire le raisonnement ayant trait à de telles considérations, même s'il n'est pas possible de le condenser dans des règles ou techniques déterminantes¹⁰⁸. Le raisonnement peut prêter le flanc à la critique, selon qu'il réussit ou non à traduire ce que l'on pourrait appeler, par exemple, les attentes communes des parties dans les limites posées par les objectifs primordiaux de la communauté¹⁰⁹, en tenant compte des différentes sources visées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour, y compris la jurisprudence et la doctrine. Toutes les parties à un tel débat admettent que la pertinence de leurs dires dépend de la façon dont ils se rattachent à ces grandes conceptions concernant les buts du système juridique international.

b) Les deux types de référence à la *lex specialis*

88. En droit, le rapport entre une règle particulière et une règle générale peut se nouer de deux façons. Une règle particulière peut être considérée comme une *application* de la règle générale dans certaines circonstances. Elle peut être à la règle générale ce que le règlement administratif est à la loi dans l'ordre juridique interne¹¹⁰. On peut aussi considérer que la règle spéciale *modifie* la règle générale, la *remplace* ou l'*écarte*¹¹¹. Quelquefois, on considère que le premier cas ne constitue en aucune façon une situation de conflit normatif, mais concerne l'*application simultanée* de la règle spéciale et de la règle générale¹¹². Ainsi donc, seule la règle générale est

¹⁰⁸ Voir sur ce point des positivistes stricts, comme Hans Kelsen, *Introduction to Problems of Legal Theory*, (Intr. and ed. by Paulson & Paulson, (Oxford: Clarendon Press, 1992) [1934]), p. 81 à 84.

¹⁰⁹ McDougal, Lasswell et Miller, *The Interpretation of International Agreements...*, *supra*, note 73, p. 83.

¹¹⁰ Ceci correspond à la façon dont Scelle décrit le fonctionnement de la *lex specialis* en droit international, *Cours de droit ...*, voir *supra*, note 69, p. 642.

¹¹¹ Jenks distingue le «conflit» et la «divergence», «The Conflict of Law-Making ...», *supra*, note 8, p. 425 à 427. De même, Pauwelyn, *Conflict of Norms ...*, *supra*, note 21, p. 6.

¹¹² C'est ainsi que Pauwelyn semble envisager la question. Selon lui, il peut certes être malaisé de déterminer si un cas appartient à l'une ou à l'autre de ces deux catégories, mais il faut s'en

censée entraîner l'application d'une véritable *lex specialis*. Telle semble être la position défendue au sein de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). On y met fortement l'accent, semble-t-il, sur une interprétation des obligations de l'OMC qui éviterait tout conflit entre celles-ci, le principe de la *lex specialis* étant présumé s'appliquer et une règle spéciale antagonique l'emportant sur une norme générale lorsqu'une «interprétation harmonieuse» s'avère impossible¹¹³.

89. C'est peut-être avec ce genre de présomption à l'esprit que la Commission du droit international a rédigé le projet d'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Dans le commentaire, la Commission s'est exprimée ainsi:

«4) Pour que le principe de la *lex specialis* s'applique, il ne suffit pas que deux dispositions traitent du même sujet, il doit y avoir une véritable contradiction entre ces deux dispositions, ou l'on doit pouvoir à tout le moins discerner dans l'une de ces dispositions l'intention d'exclure l'autre.»

90. La Commission a soutenu cette opinion par référence à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Neumeister*. En l'espèce, la Cour avait relevé que la disposition relative à la réparation en cas d'arrestation irrégulière figurant au paragraphe 5 de l'article 5 de la Convention ne constituait pas une *lex specialis* par rapport à la règle générale relative à la réparation figurant à l'article 50. La première disposition n'excluait pas l'application de la seconde. Au contraire, les deux dispositions trouvaient à s'appliquer concurremment, la seconde devant être prise en considération lorsque l'on appliquait la première¹¹⁴. Plus récemment, cependant, la Cour a souvent défendu la thèse de la *lex specialis* dans des affaires analogues. Il en va ainsi des affaires visées au paragraphe 71. Celles-ci, qui mettent en regard la règle du «recours effectif» de l'article 13 de la Convention européenne et le droit de tout intéressé d'exiger en application du paragraphe 4 de l'article 5 qu'un tribunal statue à bref délai sur la légalité de sa détention, ont été traitées sous l'angle de la *lex specialis*:

tenir à la distinction analytique et ne voir dans la *lex specialis* qu'«une règle permettant de régler un conflit dans le cadre du droit applicable», *ibid.* p. 386.

¹¹³ Voir *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/R, 31 mai 1999, par. 9.92 à 9.96. Sur la présomption qu'il n'y aurait généralement pas de conflit dans le droit de l'OMC, voir Pauwelyn, *Conflict of Norms ...*, *supra*, note 21, p. 240 à 244.

¹¹⁴ *Neumeister c. Autriche (art. 50)*, arrêt du 7 mai 1974, CEDH (série A), n° 17, p. 13, par. 29.

«Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'article 5 4) de la Convention constitue une *lex specialis* par rapport aux exigences plus générales de l'article 13. En l'occurrence, les faits à l'origine du grief que la requérante tire de l'article 13 de la Convention sont identiques à ceux étudiés sous l'angle de l'article 5 4). Par conséquent, la Cour n'a pas besoin d'examiner l'allégation de violation de l'article 13 puisqu'elle a déjà conclu à la violation de l'article 5 4)¹¹⁵.».

91. Dans ces affaires, comme dans de nombreuses autres, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la *lex specialis* était applicable même en l'absence de conflit direct entre deux dispositions dont on pouvait affirmer qu'elles s'appliquaient concurremment¹¹⁶. C'est la bonne façon de poser la question. Deux raisons justifient qu'on envisage le cas de l'«application» en relation avec le cas dans lequel la *lex specialis* constitue une exception ou implique une «dérogation». Tout d'abord, il résulte de la définition de la *lex specialis* adoptée ci-dessus que ce cas aussi est visé: la norme d'application est plus précise parce qu'elle englobe la règle générale elle-même en tant qu'élément entrant dans la définition de son champ d'application. En second lieu, et ceci est plus important, même si la distinction se justifie sur le plan analytique, elle est rarement aussi tranchée dans la pratique. Il est souvent difficile de dire si une règle «applique» une norme, la «modifie» ou y «déroge». Une «application» ou «modification» implique aussi jusqu'à un certain point une «dérogation» et une «mise à l'écart». Pour choisir l'expression à retenir, il faut interpréter les deux règles, et pareille interprétation, comme cela découle des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, peut très bien aller au-delà de l'examen des expressions employées dans lesdites règles. Cette ambivalence apparaît clairement dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* dans laquelle la Cour internationale de Justice s'est référée à la *lex specialis* dans les termes ci-après:

«... il est d'une importance primordiale que la Cour ait constaté que le traité de 1977 est toujours en vigueur et régit par conséquent les relations entre les Parties. Ces relations sont certes aussi soumises aux règles des autres conventions pertinentes auxquelles les deux États sont parties, aux règles du droit international général et, en l'espèce, aux règles de la

¹¹⁵ *Nikolova c. Bulgarie*, arrêt du 25 mars 1999, CEDH 1999-II, p. 25, par. 69.

¹¹⁶ Voir également à cet égard Hans Aufricht, «Supersession of Treaties in International Law», *Cornell Legal Quarterly*, vol. 37 (1951-1952), p. 698 (la loi spéciale venant en «complément» tandis que la loi générale conserve sa faculté de «contrôle»).

responsabilité des États; mais elles sont gouvernées avant tout par les règles applicables du traité de 1977 en tant que *lex specialis*¹¹⁷».

92. En l'espèce, la Cour ne s'était pas prononcée sur le lien qui aurait pu exister entre la *lex specialis* – le traité de 1977 – et les autres règles de droit. Mais il importe peu de savoir ce que le droit général aurait pu apporter à la formulation d'une directive analogue ou différente, car il suffit d'appliquer le traité. Pour s'en tenir aux termes utilisés ici, la primauté informelle du traité de 1977 a eu pour conséquence la *mise à l'écart* de tout autre traité et du droit général sans qu'il ait jamais fallu trancher un quelconque «conflit». En l'espèce, comme en d'innombrables autres affaires, il n'est pas nécessaire (voire possible) de déterminer si la *lex specialis* sert de «règle d'interprétation» ou de «technique de règlement des conflits», si elle ne fait qu'«appliquer» une norme plus générale ou si elle déroge à celle-ci¹¹⁸. En réalité, il vaudrait peut-être mieux se garder tout simplement de poser cette question. Conformément à la hiérarchie informelle dont il a été question plus haut, le droit spécial pertinent s'applique, un point c'est tout – sauf si une autre partie soulève la question du *jus cogens* ou fait état d'une obligation antérieure qui primerait, par exemple en vertu des articles 30 ou 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

93. Il arrive que la *lex specialis* serve à établir un lien entre deux normes qui, loin d'être antagoniques, vont dans le même sens, le rapport «spécial/général» allant de pair avec un rapport «moyens/fins». Comme indiqué plus haut, la Cour européenne des droits de l'homme a défini le rapport existant entre l'article 10 de la Convention européenne (Liberté d'expression) et l'article 11 (Liberté de réunion et d'association) en faisant de cet article 11 une *lex specialis* de l'article 10.

«La Cour note qu'en l'espèce, la question de la liberté d'expression ne peut être dissociée de celle de la liberté de réunion. La protection de la liberté d'opinion, qui est assurée par l'article 10 de la Convention, est un des objectifs de la liberté de réunion pacifique consacrée à l'article 11 de la Convention... C'est pourquoi, relevant que les griefs du requérant ont trait principalement au refus que lui auraient opposé les autorités de la République turque de Chypre-Nord de l'autoriser à franchir la "ligne verte" pour y rencontrer des Chypriotes grecs, la Cour considère que l'article 11 de la Convention

¹¹⁷ *Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 76, par. 132.

¹¹⁸ Voir sur ce point Jenks, «The Conflict of Law-Making ...», *supra*, note 8, p. 408 à 420.

prime en tant que *lex specialis* régissant les réunions, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner la question au titre de l'article 10 pris séparément. Toutefois, la Cour tiendra compte de l'article 10 lorsqu'elle examinera l'article 11 et interprétera celui-ci¹¹⁹».

94. Loin d'être «en conflit» entre eux, les articles 10 et 11 vont dans le même sens: il s'agit d'un rapport moyens/fins. On peut cependant se demander pourquoi l'«expression» serait l'objectif poursuivi par des «réunions»; parfois, ne faudrait-il pas plutôt considérer des «réunions» sérieuses (en tant qu'expression démocratique, par exemple) comme l'objectif dont la liberté d'expression n'est qu'un moyen? Le rapport général/particulier est souvent complexe et peut être appréhendé de deux façons, si bien que même lorsque le particulier écarte le général, celui-ci – comme la Cour l'a fait observer – continue à contribuer à l'interprétation du particulier.

95. Comme cet exemple le montre, il peut souvent s'avérer impossible d'établir un rapport défini entre deux normes dont l'une serait une application de l'autre ou une exception par rapport à celle-ci. Par exemple, on pourrait dire que le «droit naturel de légitime défense» énoncé à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies est une *lex specialis* par rapport au principe de non-recours à l'emploi de la force visé au paragraphe 4 de l'Article 2. Les deux règles ainsi posées ont un champ d'application très proche (mais pas identique) (elles s'appliquent à l'emploi de la force armée entre des États). L'Article 51 étant plus spécifique que le paragraphe 4 de l'Article 2, il s'applique dès lors que les conditions qu'il définit sont réunies. En ce sens, l'Article 51 peut parfois «se substituer» ou «déroger» à l'interdiction énoncée au paragraphe 4 de l'Article 2. Mais on peut aussi considérer l'Article 51 comme une «application» du paragraphe 4 de l'Article 2 dans la mesure où la légitime défense vise des mesures prises contre un État qui a violé le paragraphe 4 de l'Article 2. Dans ce cas, l'Article 51 appuie et renforce le paragraphe 4 de l'Article 2 et indique ce qu'il y a lieu de faire dans certaines circonstances (notamment lorsqu'il y a «attaque armée») en cas de violation du paragraphe 4 de l'Article 2. Dans cette conception, les deux règles concourent au même objectif, la protection de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique des États, dont elles constituent des applications particulières, l'Article 51 étant envisagé moins comme une exception par rapport au paragraphe 4 de l'Article 2 que comme un complément.

¹¹⁹ *Djavit An c. Turquie*, arrêt du 20 février 2003, CEDH 2003-III, par. 39.

96. Et que dire de la place de la *lex specialis* dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (1996)? La Cour internationale de Justice a constaté en l'espèce que tant le droit des droits de l'homme (en l'occurrence le Pacte international relatif aux droits civils et politiques) que le droit des conflits armés s'appliquaient «en temps de guerre». C'est toutefois «à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés» qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une «privation arbitraire de la vie» aux termes du paragraphe 1 de l'article 6 du Pacte¹²⁰. À cet égard, ces deux branches du droit s'appliquent concurremment ou l'une dans l'autre. Mais considéré sous un autre angle, le droit des conflits armés – et en particulier sa règle plus souple concernant la privation de vie – met à l'écart toute norme qui aurait pu être prévue dans le cadre de l'application du Pacte.

97. En conséquence, une règle sera une «application», une «modification» ou une «exception» par rapport à une autre règle selon l'idée qu'on se fait de ces règles dans le contexte où elles s'appliquent, notamment l'idée qu'on se fait de leur objet et de leur but. Comme il serait artificiel de dissocier «application» et «mise à l'écart» et que cela fausserait le contexte dans lequel la question de la *lex specialis* se pose, il est proposé d'englober l'ensemble de ces questions dans l'étude sur la *lex specialis*.

i) La *lex specialis* en tant qu'application ou développement de la règle générale

98. Une règle peut donc se présenter comme une *lex specialis* par rapport à une autre règle dont elle constitue une application, une mise à jour ou un développement ou – ce qui revient au même – un complément, pour préciser ce qu'une règle générale exige dans un cas particulier. Ainsi, un instrument régional peut être une *lex specialis* par rapport à un instrument universel, tout comme un accord concernant les modalités d'application techniques peut être une *lex specialis* par rapport à un instrument «cadre» général¹²¹. Sans égard à la façon dont la règle

¹²⁰ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 240, par. 25.

¹²¹ À cet égard, on trouvera des exemples dans Jenks, «The Conflict of Law-Making ...», *supra*, note 8, p. 408 à 420, et Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts ...*, *supra*, note 21, p. 189 à 191 et passim. Voir également l'affaire du *Thon à nageoire bleue*, dans laquelle le tribunal arbitral a relevé le parallélisme fréquent existant entre des traités et jugé que la conclusion d'une convention d'application n'avait pas nécessairement pour effet d'évacuer les obligations que la convention-cadre imposait aux parties à la convention d'application, ILM, vol. 39 (2000), p. 1388, par. 52. Ledit tribunal n'a pas précisé qu'il s'agissait là d'une application spéciale de

particulière «applique» à présent la règle générale, elle écarte également celle-ci, et cela ne va pas sans avoir des conséquences normatives.

99. Par exemple, de nombreuses dispositions du Protocole de Montréal de 1987 relatif aux substances qui appauvrissent la couche d'ozone constituent une *lex specialis* par rapport à la Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone¹²². Lorsque les États appliquent le calendrier pour la réduction des émissions prévu à l'article 2 du Protocole de Montréal, ils donnent un sens concret aux principes généraux énoncés dans la Convention de Vienne. On pourrait certes dire qu'en pareil cas, ils appliquent et le Protocole et la Convention, mais il est de fait que le Protocole en vient à écarter la Convention. En cas de différend concernant les obligations pertinentes, le point de départ, le point fort de l'interprétation, sera désormais le texte du Protocole et non plus celui de la Convention. La règle spéciale énoncée dans le Protocole devient ainsi une expression indépendante et autorisée du sens des obligations énoncées dans la Convention. Cela étant, la Convention continue d'exprimer les principes et objectifs qui ont aussi une incidence sur l'interprétation et l'application du Protocole. Autrement dit, dans les cas «simples», le Protocole s'applique sans autre controverse, alors que dans les cas «difficiles», un différend qui surgit au sujet de l'interprétation et de l'application du Protocole ne peut être réglé que si l'on recourt, entre autres, aux règles énoncées dans la Convention.

100. Un raisonnement analogue est de mise, même lorsque le droit spécial doit se substituer intégralement au droit général. C'est ce qu'a déclaré le Tribunal des différends irano-américains dans l'affaire *AMOCO International Finance Corporation c. Iran*:

la *lex specialis* ou d'une mise à l'écart de celle-ci, le Japon ayant fait valoir que les obligations découlant de la convention d'application se substituaient bel et bien à celles découlant de la convention-cadre.

¹²² Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, 22 mars 1985, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1513, p. 293; Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, 16 septembre 1987, *ibid.*, vol. 1522, p. 3; mises au point apportées au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, 29 juin 1990, Annexe II du rapport de la deuxième réunion (UNEP/OzL.Pro.2/3) et notification dépositaire C.N.133.1991.TREATIES-3/2 du 27 août 1991 (rectification du texte espagnol faisant foi des mises au point et amendement). Voir également ILM vol. 30 (1991), p. 539, et Amendement au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, 29 juin 1990, Annexe II *ibid.* Voir également ILM, *ibid.*, p. 541.

«En tant que *lex specialis* applicable aux relations entre les deux pays, le traité prime sur la *lex generalis*, en l'occurrence le droit international coutumier. Toutefois, cela ne signifie pas que celui-ci n'est pas pertinent en l'espèce. Au contraire, les règles du droit coutumier peuvent aider à combler les lacunes éventuelles du traité, à dégager le sens de termes que le traité ne définit pas ou, plus généralement, à interpréter et appliquer les dispositions de celui-ci¹²³.».

101. Ceci n'est pas sans rapport avec l'affaire *Neumeister* susmentionnée dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme, partant de l'a priori que la *lex specialis* devait comporter un conflit, a refusé de voir dans l'article 5 le paragraphe 5 de la Convention une *lex specialis* par rapport à l'article 50 de celle-ci. La Cour a fait le départ entre les deux dispositions en considérant que le paragraphe 5 de l'article 5 était une règle de «fond», alors que l'article 50 traitait de la compétence de la Cour. Cela étant, il fallait «prendre en considération» ce second article lorsqu'on appliquait le premier article¹²⁴. La Cour s'est abstenue d'invoquer la *lex specialis*, mais elle l'a fait dans sa jurisprudence ultérieure¹²⁵.

102. Dans les deux cas, qu'il s'agisse d'une application du droit général ou d'une dérogation à celui-ci, la *lex specialis* a pour objet d'indiquer la règle à appliquer. Dans les deux cas, le spécial, si l'on peut s'exprimer ainsi, s'applique en lieu et place du général. Toutefois, pareille substitution ne sera jamais que partielle, la règle plus générale demeurant à l'arrière-plan et

¹²³ *AMOCO International Finance Corporation c. Iran*, Tribunal des différends irano-américains 1987-II, vol. 15, p. 222.

¹²⁴ *Neumeister c. Autriche*, arrêt du 7 mai 1974, CEDH (série A), vol. 17, p. 13, par. 30.

¹²⁵ On peut en quelque sorte établir un parallèle entre cette situation et celle dans laquelle s'est trouvé en 1955 le Tribunal des Nations Unies en Libye lorsque a été contestée sa compétence au titre des articles VII et X de la résolution 388 (V) de l'Assemblée générale, en date du 15 décembre 1950, qui avait créé ledit tribunal. Aux yeux de la Libye, la question de la saisie ayant été traitée dans le premier de ces articles, et non dans le second article, lequel traitait de la compétence du Tribunal, le Tribunal n'était pas compétent pour connaître de cette question. La Libye a formulé ce point comme suit: «Il est un principe juridique universel, en matière d'interprétation, qu'en cas de conflit entre un texte général et un texte spécial, c'est ce dernier qui doit l'emporter.». Le Tribunal a rejeté cette objection, en déclarant que l'article VII se bornait à «préciser» que le Tribunal aurait compétence – une compétence exercée généralement au titre de l'article X – également en ce qui concerne des biens saisis. Voir décision rendue le 27 juin 1955 dans l'affaire relative aux institutions, sociétés et associations visées à l'article 5 de l'Accord conclu, en date du 28 juin 1951 entre les Gouvernements britannique et italien, concernant la disposition de certains biens italiens en Libye, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 388.

fournissant une orientation pour interpréter la règle spéciale. Ainsi, dans l'affaire récente des *Plates-formes pétrolières*, le droit général concernant le recours à la force a été appliqué pour donner sens à une norme vague d'«état de nécessité» de la *lex specialis* pertinente, en l'espèce le Traité d'amitié de 1955 entre l'Iran et les États-Unis. La question n'est pas tant qu'une *lex generalis* importante aurait écarté une *lex specialis* que le fait que celle-ci a reçu son sens de la première¹²⁶.

ii) La *lex specialis* en tant qu'exception à la règle générale

103. Comme signalé plus haut, le droit international général est essentiellement un *ius dispositivum* et il peut y être dérogé par voie d'exceptions. Il reste que l'«exception», elle aussi, a une portée relative, de sorte que n'importe quelle disposition qui est «écartée» continue d'avoir un effet sur l'interprétation et l'application de l'exception. Il est affirmé souvent que les lois de la guerre constituent une *lex specialis* par rapport aux règles établissant les normes du temps de paix se rapportant aux mêmes sujets¹²⁷. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a examiné le lien existant entre le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les lois applicables dans les conflits armés. L'article 6 dudit Pacte dispose, dans son paragraphe 1, que nul n'a le droit d'être privé arbitrairement de la vie. Selon la Cour, ce droit vaut aussi pendant des hostilités. Et de préciser:

«C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés (...), qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie¹²⁸.».

¹²⁶ Comme le pense Emmanuelle Jouannet, «Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt C.I.J. du 6 novembre 2003, affaire des *Plates-formes pétrolières*.» Revue générale de droit international public, vol. 108 (2004), p. 933 et 936.

¹²⁷ Par exemple, Jenks, «The Conflict of Law-Making ...», *supra*, note 8, p. 446; Wolfram Karl, «Treaties, Conflicts between», in *Encyclopaedia of Public International Law* (Amsterdam: Elsevier, 2000), vol. IV, p. 937.

¹²⁸ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 240, par. 25.

104. L'exemple tiré des lois de la guerre vise précisément un cas dans lequel la règle elle-même énonce les conditions de son application, notamment l'existence d'un «conflit armé». Du fait de cette condition, la règle revêt un caractère plus «spécial» que dans l'hypothèse où une telle condition n'aurait pas été précisée. Le fait de considérer qu'on se trouve en présence d'une situation de *lex specialis* appelle l'attention sur un aspect important du principe. Même lorsque celui-ci est invoqué pour justifier le recours à une exception, ce qui est ainsi écarté ne disparaît pas pour autant¹²⁹. La Cour a tenu à préciser que le droit des droits de l'homme *continuait de s'appliquer* dans les conflits armés, l'exception, à savoir le droit humanitaire, n'ayant d'incidence que sur un aspect (fût-il important), qui est l'appréciation du «caractère arbitraire». Le droit humanitaire en tant que *lex specialis* ne donnait pas à penser que les droits de l'homme étaient supprimés en temps de guerre. La *lex specialis* n'opérait pas d'une manière formelle ou absolue, mais elle illustrait le pragmatisme dont était imprégné le raisonnement de la Cour. On pouvait certes estimer souhaitable de faire disparaître la distinction entre la paix et le conflit armé, mais on ne pouvait ignorer purement et simplement l'exception que la guerre continuait d'être par rapport à la normalité de la paix lorsqu'on se prononçait sur les normes à appliquer pour juger un comportement dans pareille circonstance (exceptionnelle). La *Licéité des armes nucléaires* était une «affaire difficile» dans la mesure où la Cour devait arrêter son choix entre différents corps de règles dont aucun ne pouvait bénéficier d'une priorité absolue ni se substituer entièrement aux autres. La *lex specialis* se bornait à signaler que, même au cas où il aurait pu être souhaitable de n'appliquer que les droits de l'homme, une telle solution aurait péché par un excès d'idéalisme, compte tenu du caractère spécial du conflit armé et de la persistance de celui-ci. La Cour a de la sorte suscité une conception systémique du droit dans laquelle les deux corps de règles se rejoignent, l'un étant la réalité d'aujourd'hui, l'autre la promesse de demain, vu la nécessité primordiale d'assurer «la survie d'un État»¹³⁰.

¹²⁹ Toutefois, le rôle marginal laissé au droit des droits de l'homme dans l'*Avis consultatif* est critiqué à bon droit par Vera Gowland-Debbas, dans «The Right to Life and Genocide: The Court and International Public Policy», in Laurence Boisson de Chazournes & Philippe Sands, *International Law: The International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), p. 321 à 326.

¹³⁰ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996, p. 266, par. 105 E.

105. Ce qu'il importe de retenir ici, c'est qu'en se prévalant de la *lex specialis* en tant qu'exception par rapport au droit général, on donne à entendre que la nature spéciale des faits justifie qu'on se détourne de ce qui autrement serait le chemin «normal». Ceci met en lumière à nouveau le fonctionnement de la *lex specialis* en tant qu'aspect pragmatique du raisonnement juridique devant permettre de déterminer ce qui est «général» et ce qui est «spécial», ce qui est la «norme» et ce qui est l'«exception». Parfois, l'instrument lui-même opère ces distinctions. Ainsi, l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques permet de déroger à certaines clauses du Pacte «dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation». Lorsqu'une telle condition factuelle est réalisée, on se trouve dans une situation proche du «conflit armé» justifiant l'application des lois de la guerre comme indiqué par la Cour dans son avis consultatif sur la *Licéité des armes nucléaires*. Et ici aussi, en cas de danger public exceptionnel, un cadre légal minimum continuera d'exister ou alors on se trouvera devant un vide juridique absolument inconstitutionnel.

106. Souvent, la condition factuelle qui rend un cas «spécial» n'est pas exposée dans un traité. Il faut alors s'assurer de son existence en recourant aux moyens normaux qui permettent d'attester l'existence d'un accord tacite, d'un estoppel, d'effectivités, d'un titre historique, d'une clause *rebus sic stantibus*, d'une coutume locale comme dans l'affaire du *Droit de passage*, etc. À cette fin, on veille à s'appuyer sur une évaluation de ce qui est essentiel et de ce qui est accessoire, des aspects qu'il convient de distinguer et de ceux sur lesquels on peut glisser. Par exemple, les effectivités ou la «consolidation historique» constituent-elles une sorte d'exception antérieure à un «titre» formel ou est-ce le contraire? Parfois (comme dans l'affaire *Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*), les effectivités peuvent en réalité fonder un titre, tout comme parfois un titre préexistant peut rendre des effectivités illégales (affaire de la *Péninsule de Bakassi*). Aucune solution a priori ne paraît applicable¹³¹.

¹³¹ Voir l'*Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie c. Malaisie), C.I.J. Recueil 2002, p. 682, par. 134, et p. 684, par. 145 (les effectivités comme base du titre de la Malaisie) et l'*Affaire de la frontière terrestre et maritime* (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)), C.I.J. Recueil 2002, p. 112, par. 223 et p. 44 à 46, par. 52, 54 et 55 (les effectivités considérées comme illégales). Voir aussi l'*Affaire relative au différend frontalier* (Burkina Faso c. Mali), C.I.J. Recueil 1986, p. 564, par. 18 («En réalité, la notion de titre peut également et plus généralement viser aussi bien tout moyen de preuve susceptible d'établir l'existence d'un droit que la source même de ce droit.»).

107. Les arguments tirés des effectivités, tout comme ceux tirés, par exemple, de l'estoppel (*Temple de Préah Vihear*) et du titre historique (*Pêcheries anglo-norvégiennes*) s'apparentent à la *lex specialis*¹³². Eux aussi, ils voudraient que la loi traduise la complexité des situations particulières. Eux aussi, ils conçoivent des hiérarchies informelles en vue de distinguer le cas spécial de son arrière-plan général (et formel) en soulignant un fait pertinent. En revanche, ils laissent ouverte, comme l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la question de savoir ce qui permet de sélectionner les faits pertinents, ce qui permet de choisir le cadre d'interprétation. Dans quelle mesure l'expression factuelle «conflit armé» influe-t-elle sur le sens de l'expression «privation arbitraire de la vie» figurant à l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques? Ici aussi, il n'y a pas de formule unique¹³³. Il faut évaluer le poids des différentes considérations sans se contenter d'exprimer une préférence, mais en prenant appui sur les objectifs systémiques du droit qui permettent d'interpréter celui-ci et de le situer dans son contexte.

c) Cas où la *lex specialis* ne peut autoriser une dérogation

108. La *lex specialis* peut déroger à l'essentiel du droit international général. Parfois cependant, ou le droit général interdit expressément une dérogation, ou pareille interdiction se déduit de la nature du droit général. Il sera traité du cas du *jus cogens* dans la section E ci-dessous. Dans le différend récent en rapport avec la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (*Irlande c. Royaume-Uni*), par exemple, le Tribunal arbitral a jugé évident qu'il devait appliquer, outre la Convention elle-même, la coutume internationale et les principes généraux du droit dans la mesure où ils n'étaient pas supplantés par la Convention en tant que *lex specialis*, ajoutant toutefois que, même en ce cas, il devait suivre les règles pertinentes de *jus cogens* avec lesquelles la *lex specialis* des parties pouvait être incompatible¹³⁴. Mais outre

¹³² Affaire du *Temple de Préah Vihear (Fond)* (*Cambodge c. Thaïlande*), *C.I.J. Recueil* 1962, p. 23; affaire des *Pêcheries* (*Royaume-Uni c. Norvège*), *C.I.J. Recueil* 1951, p. 130 et 131.

¹³³ Comme le soulignent, par exemple, McDougal, Lasswell et Miller, *The Interpretation of International Agreements ... supra*, note 73, p. 206.

¹³⁴ Différend concernant l'accès à l'information en vertu de l'article 9 de la Convention OSPAR (*Irlande c. Royaume-Uni*), sentence finale du 2 juillet 2003, ILR, vol. 126 (2005), p. 364, par. 84.

le droit impératif (*jus cogens*), il peut y avoir d'autres types de droit général interdisant une dérogation. Par exemple, en cas de conflit entre des normes relatives aux droits de l'homme, on considère généralement que la norme qui est la plus favorable à l'intérêt protégé prime¹³⁵. À tout le moins, il semble qu'une dérogation au détriment des bénéficiaires soit exclue.

109. Il s'ensuit que le point de savoir si une dérogation peut avoir lieu par le biais de la *lex specialis* doit être tranché à partir d'une interprétation du droit général, afin d'éclairer à tout le moins les aspects suivants: la valeur normative du droit général (s'agit-il d'un droit impératif?), les bénéficiaires des obligations (caractère indérogeable d'une loi bénéficiant à des tiers, y compris des particuliers ou des entités non étatiques); point de savoir si l'indérogeabilité peut être également déduite des termes mêmes de la règle générale (par exemple, son caractère «intégral» ou «interdépendant», son opposabilité *erga omnes*, ou encore le cas d'une pratique ultérieure suscitant l'attente de l'indérogeabilité)¹³⁶. Parfois, une dérogation – mais également une application ou une modification – peut être interdite au motif qu'elle pourrait rompre l'équilibre instauré par le traité général entre les droits et les obligations des États qui sont parties à celui-ci¹³⁷. Outre les traités ayant un caractère de droit public (même s'il reste à définir cette catégorie), ceci s'appliquerait aux instruments fondateurs des organisations internationales¹³⁸.

110. Dans la pratique, ces considérations peuvent parfois inciter à s'interroger sur ce qu'on entend par «dérogation», par opposition à «application», «mise à jour» ou «modification».

¹³⁵ Karl, «Treaties, Conflicts between...» *supra*, note 127, p. 939; Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts... supra*, note 21, p. 213 à 231. Voir aussi l'opinion individuelle de MM. Eysinga et Schücking dans *C.P.J.I.*, affaire *Oscar Chinn*, série A/B, n° 63 (1934), p. 132 à 135 et 149.

¹³⁶ Sur la distinction entre des obligations normales («réciproques»), «intégrales» et «interdépendantes», voir Sir Gerald Fitzmaurice, *Third Report on the Law of Treaties, Annuaire... 1958*, vol. II, p. 42 à 47, par. 77 à 94. Sur la façon dont cette distinction est traitée au stade le plus récent du projet sur la responsabilité des États dans le cadre de la CDI, voir James Crawford, *Troisième rapport sur la responsabilité des États*, document A/CN.4/507/Add.4 (2000), par. 99 à 108. Voir également la section E ci-dessous.

¹³⁷ Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts... supra*, note 21, p. 131.

¹³⁸ Voir, par exemple, Ignaz Seidl-Hohenveldern, «Hierarchy of Treaties», dans Jan Klabbers & René Lefebvre, *Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (La Haye: Nijhoff, 1998), p. 15 et 16; Karl, *Treaties, Conflicts between ... supra*, note 127, p. 940.

Il peut y avoir des divergences à ce sujet, divergences qui traduiront elles-mêmes des conceptions divergentes du droit général. Par exemple, une application technique risque-t-elle de compromettre un compromis fragile? De tels problèmes ne peuvent être résolus sur la seule base du droit spécial. La solution doit nécessairement se fonder sur l'idée qu'on se fait de la nature et des objectifs raisonnables du droit général.

d) Caractère relationnel de la distinction général/spécial

111. Une des difficultés que suscite la règle de la *lex specialis* tient à l'absence de clarté à propos de la distinction entre «général» et «spécial». En effet, toute règle générale est également particulière, en ce sens qu'elle traite d'une matière particulière, c'est-à-dire qu'elle comporte une description factuelle en tant que condition *générale* de son application. Par exemple, la Convention d'Ottawa sur les mines antipersonnel énonce le droit général régissant l'emploi des mines antipersonnel¹³⁹. Il s'agit cependant aussi d'un aspect «spécial» des règles générales de droit humanitaire. Par ailleurs, toute règle de droit spécial est générale, car les règles ont ceci de propre qu'elles s'appliquent à une catégorie «de manière générale». Toute règle peut s'énoncer de la manière suivante: «Pour tout p, il est vrai que la règle q s'applique». Aucune règle ne s'applique à un cas unique. Même lorsqu'une règle ne trouve à s'appliquer que rarement, la norme doit être définie en termes généraux pour accéder au rang de *règle* (au lieu de ne constituer qu'une *injonction* adressée à quelqu'un). C'est ce qu'exprime la distinction que font de nombreuses législations internes entre la *loi* et l'*acte*, *Gesetz* et *Massnahme*.

112. Il existe donc un rapport relationnel entre la généralité et la spécialité. Une règle n'est jamais «générale» ou «spéciale» dans l'abstrait, elle l'est en relation avec une autre règle. Ce rapport relationnel opère sur deux plans. Une règle peut être générale ou spéciale par rapport à son *objet* (description factuelle) ou par rapport au *nombre d'acteurs* dont elle régit le comportement¹⁴⁰. Ainsi, l'emploi de mines antipersonnel constitue un *objet spécial* dans le cadre de l'*objet général* qu'est le droit humanitaire. À son tour, la distinction entre la coutume générale

¹³⁹ Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, 18 septembre 1997, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2056, p. 211.

¹⁴⁰ Villiger, *Customary International Law...*, *supra*, note 76, p. 36; Kontou, *The Termination of Treaties...* *supra*, note 65, p. 19 et 20.

et la coutume locale fournit un exemple de ce qu'on entend par le nombre d'acteurs régi par la règle. Ces deux plans peuvent se chevaucher. Ainsi en va-t-il, par exemple, d'une règle générale par son objet (par exemple, un traité de bon voisinage), mais qui ne s'applique qu'à une relation spéciale entre un nombre limité d'États (deux États).

i) Spécialité par rapport aux parties

113. Lorsqu'on envisage la *lex specialis* en tant que technique de règlement des conflits, il faut distinguer entre les cas dans lesquels des obligations antagoniques sont valides et applicables entre les mêmes États (A/B + A/B) et ceux dans lesquels l'exécution d'une obligation dans le cadre d'une relation (A/B) rend impossible l'exécution d'une obligation dans le cadre d'une autre relation (A/C). Ces cas s'analysent généralement en termes de traités successifs (art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). L'ensemble de ces questions fera l'objet de la section D du présent rapport, mais il n'est pas sans intérêt de voir comment la *lex specialis* opère, éventuellement, dans le cadre de ces relations.

114. Dans le premier cas (A/B + A/B), le champ d'application de la *lex specialis* est étroit, A et B étant habilités à modifier leur traité antérieur ou à déroger à la plupart des dispositions de droit général comme ils l'entendent. On ne peut cependant exclure automatiquement la possibilité que deux États qui concluent un traité libellé en termes généraux, par exemple, aient ainsi en vue l'extinction d'un traité antérieur, qui est plus spécifique. Dans pareil cas, la *lex specialis* peut aider à déterminer quelle était la volonté des parties¹⁴¹: la *lex posterior* n'éteint pas l'obligation née d'un traité antérieur lorsque le caractère spécial de cette obligation antérieure peut être considéré comme une indication que les parties n'envisageaient pas ce résultat. Le cas dans lequel un nombre limité de parties à un traité multilatéral établissent entre eux un régime spécial est régi en tant que «modification» par l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et ne peut être examiné ici.

¹⁴¹ Comme indiqué par Rousseau, «De la compatibilité des normes...», *supra*, note 36, p. 177 et Manfred Zuleeg, «Vertragskonkurrenz im Völkerrecht, teil 1: Verträge zwischen souveränen Staaten» GYBIL vol. 20 (1977), par. 246 à 276, p. 256. Voir encore McNair, *The Law of Treaties*, *supra*, note 57, p. 219 et 220. Ceci correspond au paragraphe 4 de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Voir aussi Mus, *Conflicts between Treaties...*, *supra*, note 21, p. 217 à 219.

115. Le cas difficile qui se pose est celui dans lequel des obligations antagoniques ont été souscrites par un État (A) vis-à-vis de deux (ou plusieurs) autres États (B et C) et qu'il faut déterminer lesquelles de ces obligations priment. La *lex specialis* n'est ici pratiquement d'aucun secours. Chacune des relations (conventionnelles) bilatérales est régie par l'adage *pacta sunt servanda*, les tiers étant exclus. L'article 30 de la Convention de Vienne ne s'applique pas ici¹⁴². L'État qui est partie aux instruments antagoniques se voit en pratique contraint de choisir celui des traités qu'il appliquera et celui qu'il violera, et dans ce dernier cas, il engagera sa responsabilité¹⁴³.

ii) Spécialité par rapport à la matière

116. Comme indiqué plus haut, pour déterminer si une règle est «spéciale» ou «générale», il faut procéder à une évaluation relationnelle: une règle spéciale *en quel sens?* Une règle générale *à quel égard?* Comme on ne peut comparer que des choses semblables sous certains rapports – et donc susceptibles d'entrer en conflit –, on peut affirmer, avec Fitzmaurice, que la *lex specialis* ne peut s'appliquer que lorsque la disposition spécifique et la disposition générale visées traitent du même sujet¹⁴⁴. Le commentaire de l'article 55 du projet d'articles sur la

¹⁴² Lauterpacht avait proposé au départ de considérer le traité postérieur comme nul, sauf si, «de par [sa] généralité, [il avait] le caractère d'[un] acte[s] législatif[s]», Rapport sur le droit des traités, *Annuaire... 1953*, vol. II, p. 156 à 159 de la version anglaise. Plus tard, d'autres rapporteurs spéciaux (Fitzmaurice et Waldock) ont cependant estimé qu'on faisait de la sorte subir un désavantage injustifié à la partie innocente au traité postérieur.

¹⁴³ Zuleeg appelle cela le «principe de la liberté politique», «Vertragskonkurrenz im Völkerrecht...», *supra*, note 141, p. 267 et 268. Voir aussi Mus, «Conflicts between Treaties...», *supra*, note 21, p. 227 à 231. La genèse et la critique de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités sont exposées clairement dans Sur, *L'interprétation en droit ... supra*, note 106, p. 167 à 171, et dans Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflict ...*, *supra*, note 21, p. 59 à 84. On trouvera la discussion la plus exhaustive de la question dans Gyuora Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction: the Dialectic of Duplicity* (New York: Praeger, 1988).

¹⁴⁴ Sir Gerald Fitzmaurice, «*The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points*», BYBIL, vol. XXXIII (1957), p. 237.

responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite pose, lui aussi, que la *lex specialis* ne peut s'appliquer que si les règles traitent du même sujet¹⁴⁵.

117. Cependant, ainsi qu'on l'a noté dans la section B.2 ci-dessus, le critère de la «même matière» à respecter pour appliquer une règle de conflit est trop vague pour être d'une quelconque utilité. Des situations différentes appellent des qualifications différentes selon la réglementation en vue. Dans un sens, la plupart des activités menées sur la scène internationale ont un rapport ou un autre avec «l'environnement» – dans ces conditions, toute question qui se pose est-elle d'ordre environnemental et doit-elle être réglée par des règles relevant de ce domaine? Mais la plupart des modes de comportement international exercent aussi des effets sur les «droits de l'homme» ou la «sécurité». Ces classements ne visent pas tant les règles à appliquer que le besoin de catégoriser les caractéristiques d'une situation donnée.

118. L'exemple retenu ci-dessus concernait le transport de produits dangereux par mer. Selon l'idée que l'interprète se fait de ce qui est la considération pertinente, le cas sera régi par tel ou tel ensemble de règles: s'agit-il de promouvoir le commerce, la compétence de l'État du pavillon ou de l'État côtier, ou la protection de l'environnement? Aucun de ces objectifs ne bénéficie d'une priorité intrinsèque par rapport aux autres. C'est pourquoi, dans un cas difficile, une décision justifiable devrait prendre en considération tous ces objectifs en les articulant entre eux dans le cadre d'une relation systémique. Aucun d'eux ne peut être écarté purement et simplement, et ce, pour la même raison que la Cour, dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, n'a pas écarté le droit des droits de l'homme ou aucune autre des branches du droit (droit de l'environnement, droit humanitaire, droit relatif à l'emploi de la force) qui avaient été invoquées. Tous constituaient en quelque sorte une *lex specialis*. Cela ne signifie pas que la décision de la Cour – «La Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause»¹⁴⁶ – serait

¹⁴⁵ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, commentaire relatif au projet d'article 55, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10) (2001)*, p. 385 et 386, par. 4 et 5.

¹⁴⁶ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, Recueil C.I.J. 1996*, p. 266, par. 105 E (*dispositif*).

à l'abri de tout reproche. On pourrait peut-être critiquer l'unité systémique telle que la Cour l'a exposée en long et en large et qui l'a amenée à invoquer comme valeur suprême la «survie même d'un État». Cela étant, la question n'est pas de savoir si cette décision était correcte; ce qui importe, c'est que la Cour y soit parvenue sans écarter «automatiquement» aucune des branches du droit dont il était question. Elles ont toutes contribué à la prise en compte des considérations pertinentes dans l'avis consultatif, l'autorité de celui-ci se fondant précisément sur la plausibilité de ce que la Cour a proposé comme étant l'objectif déterminant du droit.

e) Conclusion: l'ubiquité du «droit général»

119. L'adage *lex specialis derogat lege generali* renvoie à une technique courante de raisonnement juridique, qui est utilisée aussi bien en droit international que dans d'autres domaines du droit considérés comme des systèmes. Son influence dépend entièrement des considérations normatives dont elle est l'expression, à savoir la sensibilité au contexte, la capacité de traduire la volonté des États parties, le caractère pragmatique, la clarté et la précision. Toute tentative d'évaluer son mode opératoire doit tenir compte du rôle que jouent de telles considérations dans le contexte propre du raisonnement juridique. *Il n'est pas possible de proposer des réponses générales, sans lien avec le contexte, à des questions comme celles-ci: comment un accord particulier se rattache-t-il au droit général? Constitue-t-il une application de celui-ci, le conforte-t-il ou y déroge-t-il? Une telle dérogation est-elle admissible? En ce sens, on ne voit pas ce que la règle de la *lex specialis* gagnerait à être codifiée.*

120. Le rôle de la *lex specialis* ne saurait être dissocié d'une évaluation de la nature et de l'objet du droit général que la *lex specialis* entend modifier, remplacer, mettre à jour ou écarter. Ceci traduit bien la nature systémique du raisonnement dont les arguments tirés du «droit spécial» font partie intégrante. Aucune règle, aucun traité, aucune coutume, quelque spécial que puisse être son objet ou limité le nombre des États visés, ne s'applique dans le vide. Son environnement normatif – comme on le verra plus en détail dans la section F ci-dessous – est constitué non seulement par la part de droit général pertinent en la matière, mais également par les principes qui définissent les sujets de droit concernés, leurs obligations et droits fondamentaux et la façon dont ces droits et obligations peuvent être complétés, modifiés ou éteints. Des principes comme «la souveraineté», «la non-intervention», «l'autodétermination», «l'égalité souveraine», «le non-recours à la force», «*audiatur et altera pars*», «*nemo auditur turpitudinem suam allegans*»,

etc., tout comme des règles d'interprétation tirées de la *lex specialis* et de la *lex posterior*, ainsi que toute une série d'autres techniques de raisonnement juridique s'inscrivent tous dans ce cadre.

121. La question du lien existant entre le droit général et des règles particulières se pose à tout bout de champ. À propos de toute règle particulière de droit international, on peut se demander comment elle se rattache à son environnement normatif. Ce lien n'est pas toujours apparent. Il arrive que les États créent des droits et des obligations particuliers en l'absence apparente de droit général en la matière. Dans de tels cas, ces droits et obligations ne semblent pas, à les considérer de près, avoir le caractère de *leges speciales*. Ils n'ont pas pour pendant quelque chose de plus «général». La zone normative qui les entoure paraît demeurer une zone de non-droit, à l'image de ce qu'était, avant qu'ils ne la régissent, la matière à laquelle ils s'appliquent à présent.

122. On déduira cependant des réflexions qui précèdent, sans égard aux problèmes logiques, conceptuels ou politiques suscités par la vieille question des lacunes «du droit international»¹⁴⁷, qu'à au moins un égard l'idée d'une zone de non-droit en ce qui concerne la *lex specialis* est une *impossibilité* conceptuelle. Qu'un sujet de droit se prévale d'un droit découlant d'un «droit spécial», aussitôt il faudra se référer, pour déterminer la validité de cette prétention, au contexte global d'un système juridique qui précise comment les «lois spéciales» sont adoptées, ce que ces lois comportent de «spécial», comment on les applique, les modifie ou les abroge. Il est impossible d'avancer des prétentions juridiques en ne leur donnant qu'un sens limité, d'opter pour une partie seulement de la loi et de glisser sur le reste. En effet, le raisonnement juridique opère dans un système clos et circulaire dans lequel on ne peut statuer sur une prétention juridique donnée sans examiner le bien-fondé d'autres prétentions juridiques. L'éclairage de cette question peut être fourni par la matière dite des «régimes autonomes».

¹⁴⁷ La présente analyse n'a pas pour objet de prendre parti dans le débat au sujet de la permissibilité ou de la désirabilité d'un *non liquet*, comme l'envisagent Hersch Lauterpacht et Julius Stone et d'autres auteurs, notamment Lucien Siorat, Gerald Fitzmaurice et Ulrich Fastenrath.

3. Régimes autonomes (spéciaux)

a) Qu'entend-on par régimes autonomes?

123. Le commentaire de l'article 55 (*lex specialis*) du projet d'articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite établit une distinction entre les «formes faibles [de la *lex specialis*], telles que les dispositions spécifiques d'un instrument sur un point particulier» et les «formes fortes... , notamment ... ce que l'on nomme souvent régime se suffisant à lui-même» [ou autonome]. Il ne définit pas ce qu'est cette «forme forte», mais donne deux exemples: l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Vapeur «Wimbledon»* (1923) et celui de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Otages* (1980)¹⁴⁸.

124. Cette approche n'est pas dénuée d'ambiguïté. La Commission a reconnu et défini les régimes autonomes comme constituant une sous-catégorie (c'est-à-dire une «forme forte») de la *lex specialis* dans le droit de la responsabilité de l'État. Elle semble ainsi viser le cas dans lequel un ensemble spécial de règles secondaires revendique la priorité sur les règles secondaires du droit général de la responsabilité de l'État. Une telle définition suit de près l'utilisation du terme par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Otages*, dans laquelle la Cour a considéré le droit diplomatique comme un régime autonome précisément parce qu'il avait établi son propre système «interne» de réaction aux violations:

«Bref, les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même [autonome] qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus¹⁴⁹.».

125. En d'autres termes, aucune violation réciproque de l'immunité diplomatique n'est admissible; l'État accréditaire peut seulement recourir aux moyens offerts par le droit

¹⁴⁸ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Commentaire, art. 55, par. 5, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, 2001, p. 385 et 386.

¹⁴⁹ Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (*États-Unis d'Amérique c. Iran*) affaire des *Otages*, *C.I.J. Recueil*, 1980, p. 40, par. 86.

diplomatique qui, présume la Cour, sont d'une «efficacité totale». Dans l'affaire du *Nicaragua*, la Cour a considéré le droit des droits de l'homme à peu près de la même manière: les traités pertinents ont leur propre régime de responsabilité qui rendent d'autres réactions inappropriées¹⁵⁰.

126. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire du *Vapeur «Wimbledon»*, toutefois, la Cour permanente de Justice internationale utilise une notion plus large du régime autonome. La question en litige était le statut du canal de Kiel auquel s'appliquaient à la fois le droit général des voies navigables intérieures et les règles spéciales concernant le canal énoncées dans le Traité de Versailles de 1919. Voici comment la Cour a qualifié le droit applicable:

«Bien que, ayant été construit par l'Allemagne en territoire allemand, le canal de Kiel ait constitué jusqu'en 1919 une voie intérieure de l'État qui en détient les deux rives, le Traité [de Versailles] a tenu à ne pas le confondre avec les autres voies navigables intérieures de l'Empire allemand. Une section spéciale a été créée pour lui à la fin de la Partie XII ... et dans cette section spéciale, des règles exclusivement propres au canal de Kiel ont été insérées; ces règles diffèrent sur plus d'un point de celles auxquelles d'autres voies navigables intérieures de l'Empire sont assujetties... La différence apparaît notamment en ce que l'accès du canal de Kiel est ouvert aux navires de guerre et au transit de toutes les nations qui sont en paix avec l'Empire, tandis que le libre accès des autres voies navigables de l'Allemagne ... est réservé aux seules puissances alliées et associées... Les stipulations du Traité de Versailles relatives au canal de Kiel se suffisent donc à elles-mêmes... Ce n'est pas dans un argument d'analogie avec [les dispositions relatives aux autres voies navigables] qu'il convient de chercher la pensée qui [les] a inspir[ées], mais bien plutôt dans un argument *a contrario* qui les exclut¹⁵¹.».

127. Ici, la notion de «régime autonome» n'est pas limitée à un ensemble spécial de règles secondaires. Le caractère «spécial» du régime du canal de Kiel semble au contraire découler de la spécialité des règles primaires pertinentes – en particulier les obligations de l'Allemagne – énoncées dans les articles applicables du Traité de Versailles et non pas de règles spéciales concernant leur violation. Bien que la Cour parle de règles qui «se suffisent à elles-mêmes», il est fort possible qu'elle ait simplement voulu dire que lorsqu'il existe des règles

¹⁵⁰ La Cour a noté que l'emploi de la force ne saurait être «la méthode appropriée pour vérifier et assurer le respect de ces droits», car «quand les droits de l'homme sont protégés par des conventions internationales, cette protection se traduit par des dispositions prévues dans le texte des conventions elles-mêmes et qui sont destinées à vérifier ou à assurer le respect de ces droits». Affaire du *Nicaragua*, *C.I.J. Recueil* 1986, p. 134, par. 267 et 268.

¹⁵¹ Affaire du *Vapeur «Wimbledon»*, *C.P.J.I. série A*, n° 1 (1923) p. 23 et 24.

conventionnelles spécifiques sur une question, celles-ci l'emporteront sur toutes règles extérieures. C'est manifestement le sens qu'elle a donné à cette expression dans un avis rendu en 1925, dans lequel elle estimait que pour interpréter certaines expressions d'un traité, il n'était pas nécessaire de se référer à des sources extérieures: «Tout porte donc à croire que, sur ce point, la Convention se suffit à elle-même et que ... le sens naturel des mots [devrait être employé].»¹⁵². C'est là bien entendu une technique judiciaire très courante qui correspond au principe énoncé dans la section C ci-dessus concernant la priorité pragmatique des règles conventionnelles sur le droit général¹⁵³.

128. On peut donc provisoirement distinguer entre deux utilisations de la notion de «régime autonome». Au sens étroit, le terme est utilisé pour renvoyer à un ensemble spécial de règles secondaires du droit de la responsabilité de l'État qui prétend l'emporter sur les règles générales concernant les conséquences d'une violation. Dans un sens plus large, il est utilisé pour renvoyer à des ensembles imbriqués de règles primaires et secondaires, parfois également appelés «systèmes» ou «sous-systèmes» de règles qui gouvernent un problème particulier autrement que ne le ferait le droit général. Cet ensemble de règles peut soit être très limité – par exemple, le régime de la coopération judiciaire entre la Cour pénale internationale et les États parties prévu dans le Statut de Rome¹⁵⁴ – soit être assez étendu – par exemple, la technique d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme comme «instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains»¹⁵⁵. Dans ce sens plus large, l'autonomie se fonde pratiquement avec le parti pris contractuel du droit international: lorsqu'une question est régie par un traité, il n'y a normalement aucune raison d'avoir recours à d'autres sources.

¹⁵² *Échange des populations grecques et turques, Avis consultatif du 21 février 1925, C.P.J.I. série B, n° 10, p. 20.*

¹⁵³ Ce principe trouve fréquemment son application dans les différends territoriaux. Si un traité détermine une frontière, il n'y a pas besoin de s'interroger sur l'*uti possidetis* ni sur le droit intertemporel des effectivités pertinentes. Voir, par exemple, l'affaire du *différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, C.I.J. Recueil 1994, p. 38 à 40, par. 75 et 76.

¹⁵⁴ À ce sujet, voir Göran Sluiter, «The Surrender of War Criminals to the International Criminal Court», 25 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* (2003), p. 629.

¹⁵⁵ Affaire *Chypre c. Turquie*, arrêt du 10 mai 2001, CEDH 2001-IV, p. 25, par. 78.

129. Mais la notion de «régime autonome» est parfois utilisée d'une façon qui va encore plus loin que dans l'affaire du *Vapeur «Wimbledon»*. Parfois des champs entiers de spécialisation fonctionnelle, de compétence diplomatique ou académique, sont décrits comme étant autonomes (que ce terme lui-même soit ou non utilisé) en ce que des règles et techniques spéciales d'interprétation et d'administration sont censées s'appliquer¹⁵⁶. Par exemple, des domaines tels que le «droit des droits de l'homme», le «droit de l'OMC», le «droit européen/droit de l'UE», le «droit humanitaire», le «droit de l'espace», entre autres, sont souvent qualifiés de «spéciaux» en ce que les règles du droit international général sont censées être modifiées, voire exclues, dans leur administration. On parle souvent des «principes du droit international de l'environnement» ou des «principes du droit international des droits de l'homme» en sous-entendant qu'ils diffèrent d'une certaine manière de ce que prévoit le droit général pour des situations analogues.

130. Par exemple, le principe de l'interprétation «dynamique» ou téléologique est beaucoup plus profondément ancré dans le droit des droits de l'homme que dans le droit international général¹⁵⁷. Il est notoire que, pour la Cour européenne des droits de l'homme, on doit, pour appliquer un «traité normatif», rechercher quel est son objet et son but et non pas l'interprétation la plus restrictive des obligations des États parties¹⁵⁸. Accentuant encore plus le contraste avec le droit général, la Cour a déclaré que:

«À la différence des traités internationaux de type classique, la Convention [européenne] déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives...¹⁵⁹».

¹⁵⁶ Cela est implicite dans bon nombre des essais parus dans L.A.N.M. Barnhoorn et K.C. Wellens (éd.), *Diversity in Secondary Rules ... supra*, note 12.

¹⁵⁷ Pour le rôle de l'interprétation «dynamique» ou «téléologique» dans le droit des droits de l'homme, voir Patrick Wachsmann, «Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme», dans: SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, (Paris, Pedone 1998), p. 188 à 193. Voir aussi Lucius Caflish et Antonio Cançado Trindade, «Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général», *RGDIP*, vol. 108 (2004), p. 11 à 22.

¹⁵⁸ *Wemhoff c. République fédérale d'Allemagne*, arrêt du 27 juin 1968 CEDH (1968) série A n° 7, p. 23, par. 8.

¹⁵⁹ *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, CEDH série A n° 25, p. 90, par. 239. De même, la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme, *The Effect of*

131. Se comparant à la Cour internationale de Justice, la Cour européenne a estimé que «une différence aussi fondamentale de rôle et de finalité entre les institutions dont il s'agit ... constitue [un] élément commandant de distinguer la pratique de la Convention de celle de la Cour internationale»¹⁶⁰. Le fait que ce n'est pas là une particularité de la Convention européenne est attesté par l'attitude analogue adoptée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme¹⁶¹.

132. Un régime autonome, dans ce troisième sens, a principalement pour effet de fournir pour l'interprétation des orientations qui, d'une façon ou d'une autre, s'écartent des règles du droit général. Il couvre un très large ensemble de règles/systèmes différemment imbriqués et la mesure dans laquelle le droit général est censé être touché varie énormément. Quelle est au juste la valeur normative de la division du droit international en 17 «sujets» ou «branches» différents opérée dans un rapport présenté en 1971 à la Commission par le Secrétariat de l'ONU¹⁶²? Même s'il est vrai qu'une telle classification est simplement «relative» et sert principalement à des fins

Reservations, OC-2/82, série A, n° 2, p. 14 à 16, par. 29 à 33, et *Restrictions to the Death Penalty*, OC-3/83, série A n° 3, p. 76 et 77, par. 50.

¹⁶⁰ *Loizidou c. Turquie* (Exceptions préliminaires), arrêt du 23 mars 1995, CEDH 1995, série A n° 310, p. 26 et 27, par. 70 à 72, et p. 29, par. 84 et 85.

¹⁶¹ Invoquant la pratique de la Cour européenne, la Cour interaméricaine a estimé que faisait partie du «*corpus juris* du droit des droits de l'homme» le principe selon lequel «les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants qui doivent être interprétés compte tenu de l'évolution intervenue au fil du temps et des conditions actuelles», *Assistance consulaire*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Avis consultatif du 1^{er} octobre 1999*, série A, n° 16, p. 256 et 257, par. 114 et 115. Dans une observation générale controversée, l'Observation n° 24 le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies a déclaré que les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités «concernant le rôle des objections des États aux réserves ne permettent pas de régler le problème des réserves émises à l'égard des instruments relatifs aux droits de l'homme. Ces instruments, et le Pacte tout particulièrement, ne constituent pas un réseau d'échanges d'obligations interétatiques. Ils visent à reconnaître des droits aux individus. Le principe de la réciprocité interétatique ne s'applique pas...», Observation générale concernant les réserves formées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou concernant les déclarations faites conformément à l'article 41 du Pacte, CCPR/21/Rev.1/Add.6, 1994, voir également ILM, vol. 35 (1995), p. 839, par. 17.

¹⁶² Examen d'ensemble du droit international, document de travail rédigé par le Secrétaire général, *Annuaire... 1971*, vol. II (deuxième partie), p. 1 à 103.

didactiques, il est courant de lier les branches ou sous-systèmes ainsi identifiés à des principes juridiques spéciaux concernant l'administration des règles pertinentes¹⁶³.

133. Il ne faudrait pas conclure de ce qui précède que l'effet d'un régime autonome, pris dans ce troisième sens, serait clair ou simple. En fait, des auteurs tels que Brownlie ou Pellet ont fortement critiqué la trop grande insistance sur la spécialité du «droit des droits de l'homme» par exemple¹⁶⁴. De même, la question de savoir si le «droit international de l'environnement» désigne une branche spéciale du droit international au sein de laquelle s'appliquent des principes d'interprétation autres que ceux qui s'appliquent généralement, ou simplement un ensemble de règles conventionnelles et coutumières concernant l'environnement, peut sans doute sembler trop abstraite pour valoir vraiment la peine d'être posée¹⁶⁵. La qualification standard du droit des conflits armés, par exemple, de *lex specialis* et de régime autonome – ou même «d'ensemble de règles dérogatoire au droit international public¹⁶⁶» – laisse largement planer le doute sur la mesure dans laquelle les règles générales, par exemple, du droit des traités se trouvent affectées¹⁶⁷. Mais aussi sceptiques que puissent être les «généralistes» du droit international concernant la nature normative de telles qualifications, les spécialistes de ces domaines les

¹⁶³ Voir, par exemple, les développements dans Peter Malanczuk, «Space Law as a Branch of International Law» dans Barnhoorn et Wellens, *Diversity in Secondary Rules...*, *supra*, note 12, p. 144 à 146.

¹⁶⁴ Voir Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), 6^e éd., p. 529 et 530 (critique de la spécialité du droit des droits de l'homme); Alain Pellet, «Droits de l'homme et droit international», Conférence à la mémoire de Gilberto Amado, 18 juillet 2000 (Nations Unies, 2000).

¹⁶⁵ Cette question est au cœur de l'ouvrage de Tuomas Kuokkanen, *International Law and the Environment. Variations on a Theme* (La Haye: Kluwer, 2002) (retrace l'histoire du traitement des problèmes environnementaux par les internationalistes, de l'application quasiment pure et simple de règles traditionnelles à une gestion complexe des régimes applicables aux diverses ressources).

¹⁶⁶ H. H. G. Post, «Some Curiosities in the Sources of the Law of Armed Conflict Conceived in a General International Legal Perspective» dans Barnhoorn et Wellens, *Diversity in Secondary Rules...*, *supra*, note 12, p. 96.

¹⁶⁷ Le conflit potentiel entre la nécessité de préserver la force obligatoire des traités de paix et le principe énoncé à l'article 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités («l'invalidité en cas de contrainte exercée sur un État par la menace de la force»), par exemple, ne pourra très probablement pas être résolu par la seule Convention de Vienne.

jugent toujours importantes. Même si ces régimes ont essentiellement une finalité fonctionnelle, ils servent aussi à bien cerner les intérêts qui doivent guider l'administration des règles pertinentes¹⁶⁸.

134. Ce point peut être illustré par le débat sur le rôle du droit international général en droit commercial. Il ne fait pas de doute que le système de règlement des différends de l'OMC est un régime autonome puisque l'article 23 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends exclut la détermination unilatérale de violations ou de contre-mesures en dehors du «sous-système spécifique» du régime de l'OMC¹⁶⁹. On fait parfois valoir que le droit international général ne devrait pas être appliqué à l'administration des traités de l'OMC, car ceux-ci diffèrent fondamentalement dans leur orientation générale du droit international public ordinaire: alors que ce dernier est fondé sur la souveraineté des États, les traités en question tirent leur justification de la théorie de l'avantage comparatif. Les principes d'interprétation inspirés du droit international public ordinaire sont souvent totalement différents de ceux inspirés des traités de l'OMC¹⁷⁰. Il est vrai que jusqu'à présent, les organes de règlement des différends de l'OMC ont très largement eu recours au droit international coutumier et à des principes généraux pour interpréter les traités de l'OMC¹⁷¹. Peu de juristes considéreraient encore les traités visés par le Mémoire d'accord de l'OMC, quelle que soit leur nature,

¹⁶⁸ Dans un sens sociologique, on peut même dire qu'ils expriment des rationalités sociales différentes: s'ils entrent en conflit, il y a conflit de rationalités – par exemple, conflit entre rationalité environnementale et rationalité commerciale, entre rationalité des droits de l'homme et rationalité des relations diplomatiques. Ainsi décrite, la fragmentation du droit international exprimerait un aspect fondamental de la réalité sociale mondialisée elle-même – le remplacement de la territorialité comme principe de différenciation sociale par la fonctionnalité (non territoriale). Voir Martti Koskenniemi et Päivi Leino, «Fragmentation of International Law? ...», *supra*, note 14, p. 553 à 579, et Andreas Fischer-Lescano et Gunther Teubner, «Regime-Kollisionen: Kompatibilität durch vernetzung Statt Rechsteinheit», à paraître.

¹⁶⁹ Le terme «sous-système spécifique» est utilisé dans l'article de Gabrielle Marceau intitulé «WTO Dispute Settlement and Human Rights», *supra*, note 42, p. 755 et 766 à 779.

¹⁷⁰ Jeffrey Dunoff, «The WTO in Transition: Of Constituents, Competence and Coherence», *George Washington International Law Review* (2001), vol. 33, p. 991-2.

¹⁷¹ Voir James Cameron et Kevin R. Gray, «Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body», *ICLQ* (2001), vol. 50, p. 249 à 298, et Eric Canal-Forgues, «Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC», *RGDIP* (2001), vol. 105, p. 1 à 24.

comme totalement hermétiques au droit international public¹⁷². Il n'en reste pas moins, cependant, que la rationalité commerciale peut parfois – et peut-être même souvent – être en contradiction avec la rationalité de la protection du souverain et que lorsqu'un choix doit être fait, les objectifs et «principes» généraux du droit commercial – quelle que soit la façon dont on les comprend – sembleront plus rationnels aux institutions commerciales et aux experts commerciaux que les techniques d'interprétation traditionnelles.

135. La distinction entre les trois notions de «régime autonome» n'est pas très nette. Un système spécial de règles secondaires – le principal cas de figure envisagé à l'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – est généralement créé par un seul traité ou une série de traités très étroitement liés entre eux. On peut citer comme exemple la «procédure applicable en cas de non-respect» de la Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone et du Protocole de Montréal de 1987 qui a priorité sur la clause standard de règlement des différends de la Convention de Vienne¹⁷³. Un régime spécial applicable à un problème/domaine (territorial, fonctionnel) donné – comme dans l'affaire du *Vapeur «Wimbledon»* – peut englober plusieurs instruments et pratiques qui ont comme dénominateur commun d'être axés sur un seul et même problème: l'établissement d'une zone de libre-échange, par exemple, ou un régime commercial universel comme celui administré par l'OMC. Il va sans dire qu'un régime conventionnel peut être spécial à la fois aux premier et deuxième sens, c'est-à-dire constituer un régime autonome de voies de recours et de réparation (responsabilité de l'État) et un ensemble de règles spéciales concernant l'adoption, la modification, l'administration ou la cessation des obligations pertinentes.

136. La notion la plus large couvre tout un domaine de spécialisation fonctionnelle ou d'orientation téléologique à l'échelle universelle: les lois des conflits armés, par exemple, reconnues comme *leges speciales* par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, ou le droit de l'environnement, souvent

¹⁷² Voir plus loin, sect. C 3 c) ii) 2).

¹⁷³ Voir l'article 8 du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone et les observations figurant dans l'article de Martti Koskenniemi intitulé «Breach of Treaty or Non-Compliance. Reflections on the Enforcement of the Montreal Protocol», *YbIEL* (1992), vol. 3, p. 123 à 162.

considéré comme s'accompagnant de principes spéciaux, tels que le principe de précaution, le principe «pollueur-payeur» et celui du «développement durable», qui cherchent à orienter l'administration des questions environnementales¹⁷⁴. On peut voir l'importance d'une telle spécialité dans des situations comme celle de l'affaire du *Bœuf aux hormones* dans laquelle la Communauté européenne a fait valoir au sein de l'OMC que le principe de précaution qui avait été inclus dans la Déclaration de Rio de 1992 devait être pris en compte pour déterminer si son interdiction de l'importation de certaines viandes et de certains produits carnés se justifiait. L'Organe d'appel, toutefois, a déclaré que si ce principe était sans doute devenu un principe général du droit coutumier de l'environnement, il n'était pas évident qu'il fasse désormais partie du droit coutumier général¹⁷⁵. En cantonnant le principe au droit coutumier de l'environnement, l'Organe ménageait bien entendu la possibilité de déterminer dans quelles circonstances il pourrait devenir applicable en droit commercial international.

137. En fait, il semble souvent que ce qui bouge actuellement en droit international relève surtout de régimes spécialisés¹⁷⁶. Au moins en ce qui concerne la responsabilité de l'État, cela a été le prix à payer pour parvenir à un régime uniforme. Pour réussir à élaborer un ensemble unique de règles secondaires (et cela a donné lieu à certains désaccords entre les rapporteurs spéciaux), il a fallu que celles-ci revêtent un caractère général tel que lorsque les États adopteraient ensuite des règles primaires sur un sujet, ils soient naturellement tentés d'adopter également des règles secondaires qui soient spécifiquement adaptées à la violation de ces règles primaires. Le passage du règlement formel des différends à des formes de responsabilité «plus douces» et non contentieuses telles que celles prévues dans les traités sur l'environnement («mécanismes applicables en cas de non-respect») peut servir d'exemple. Une telle évolution n'est pas nécessairement problématique. Comme Crawford l'a fait observer, la Commission n'a

¹⁷⁴ Voir, par exemple, Brownlie, *Principles...*, *supra*, note 164, p. 274 à 281. Voir également détails de l'affaire *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226 et *passim*.

¹⁷⁵ *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)* rapport du 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R, DSR 1998: I, p. 180 et 181, par. 123 à 125. Pour le «principe de précaution» dans le droit de l'environnement, voir Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public* (2002), *supra*, note 73, p. 1307 à 1310.

¹⁷⁶ Daniel Bodansky et John R. Crook, «Introduction and Overview to Symposium: The ILC's State Responsibility Articles», *AJIL*, vol. 96 (2002), p. 774.

jamais pensé que son système de responsabilité serait un système «taille unique». Que les États souhaitent suivre le droit général ou s'en affranchir était à la fois une «question politique et (par rapport à des régimes existants) une question d'interprétation¹⁷⁷». Mais si au lieu de rendre les obligations pertinentes plus effectives, le régime sert à diluer les normes existantes – problème sur lequel Prosper Weil a magistralement appelé l'attention il y a des années¹⁷⁸ – une application supplétive ou un «retour» au droit général de la responsabilité de l'État peut sembler nécessaire.

b) Les régimes autonomes et les travaux de la CDI sur la responsabilité de l'État

138. Le Rapporteur spécial Roberto Ago a abordé la question dans les développements qu'il a consacrés à la «source» et au «contenu» de l'obligation internationale violée¹⁷⁹. L'identité de la norme qui a été violée influe-t-elle sur le type de responsabilité qui découle de la violation? Comme on le sait, Ago a abordé cette question essentiellement sous l'angle de la gradation de la responsabilité de l'État par le biais de la distinction entre «crimes» internationaux et «simples violations¹⁸⁰». Il n'y a pas besoin d'entrer dans cette question ici. Néanmoins, il convient de noter qu'en dehors de cette distinction, Ago n'a pas vu la nécessité de classer différentes conséquences d'après la source ou le contenu de l'obligation violée. Ce qu'il cherchait, et ce à quoi il est parvenu, était un ensemble unique et généralement applicable de règles concernant l'illicéité qui pourraient couvrir la violation de toute règle primaire. En contrepartie de cette généralité, il acceptait que les États étaient libres de prévoir des conséquences spéciales pour la violation de types particuliers de règles primaires:

¹⁷⁷ James Crawford, «The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect», *ibid.*, p. 880.

¹⁷⁸ Prosper Weil, «Towards Relative Normativity in International Law», *AJIL*, vol. 77 (1983), p. 413 à 442.

¹⁷⁹ Voir en particulier Roberto Ago, Cinquième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire... 1976*, vol. II (première partie), p. 6, par. 12 à 15.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 28, par. 80.

«Certains États peuvent très bien avoir prévu, dans le texte d'un traité particulier conclu entre eux, un régime spécial de la responsabilité pour la violation des obligations spécifiquement prévues par ce traité¹⁸¹.».

139. Ago n'a pas poussé plus loin la question de la relation entre ces régimes conventionnels spéciaux et les règles générales, mais elle a été traitée en long et en large par le Rapporteur spécial Riphagen en 1982 dans le cadre de ce que celui-ci a appelé les «problèmes généraux posés par la rédaction de la deuxième partie du projet d'articles» sur la responsabilité des États. Alors qu'Ago s'était contenté de prendre acte d'une évidence: le fait que les États avaient compétence pour établir par voie conventionnelle des régimes spéciaux de responsabilité de l'État, la question semblait devenir très importante et problématique pour la rédaction de la deuxième partie. Selon Riphagen:

«Le droit international, tel qu'il se présente aujourd'hui, n'est pas fondé sur un seul système, mais sur plusieurs sous-systèmes apparentés, au sein desquels les règles dites "primaires" et les règles dites "secondaires" sont étroitement et même indissociablement liées¹⁸².».

140. Pour Riphagen, la présence de tels «sous-systèmes» (qu'il appelait aussi parfois «régimes»), c'est-à-dire de systèmes imbriqués de règles primaires et secondaires ainsi que de procédures pour la mise en œuvre de la responsabilité¹⁸³, était un phénomène très courant: lorsque des États élaboraient des règles primaires, la question de ce qu'il convenait de faire si celles-ci étaient violées se posait presque automatiquement. Et dans un tel cas, les États prévoyaient souvent des règles spéciales concernant le contenu, le degré et les formes de la responsabilité de l'État. Même si le principal cas de figure semblait être celui dans lequel un régime spécial était prévu par un traité, Riphagen, contrairement apparemment à Ago, supposait également que le contenu d'une règle primaire déterminée pourrait justifier que celle-ci soit complétée par des règles secondaires spéciales. Il s'est attaché à chercher à établir de tels liens et, à cette fin, a consacré des développements à l'agression et à d'autres ruptures de la paix et de la sécurité internationales, ainsi qu'aux contre-mesures en rapport avec une définition large des

¹⁸¹ Ibid., p. 6, par. 14. Voir aussi le projet d'article 17, *ibid.*, p. 25, par. 71.

¹⁸² Willem Riphagen, Troisième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire... 1982*, vol. II (première partie), p. 32, par. 35.

¹⁸³ Willem Riphagen, Troisième rapport, *ibid.*, p. 32, par. 38.

régimes objectifs. À part la question des «crimes» internationaux, il n'a pas cherché à identifier d'autres types spécifiques de relations entre des règles primaires particulières et les conséquences de leur violation¹⁸⁴.

141. L'approche de Riphagen s'inspirait d'une «analyse fonctionnelle» de trois différents types de règles de droit international: celles dont le but est de maintenir les États séparés, celles qui reflètent ce qu'il appelait un «substrat commun» et celles qui visent à organiser un exercice parallèle de la souveraineté des États¹⁸⁵. Quels que soient ses mérites sociologiques, cette analyse n'a pas convaincu la Commission qui n'a pas intégré les «systèmes» ou «sous-systèmes» dans le projet d'articles. Les développements qui cherchaient, contrairement à Ago, à classer les conséquences de la violation d'obligations suivant la source ou le contenu de celles-ci (coutume générale; droit international conventionnel; décisions judiciaires, quasi judiciaires ou autres décisions institutionnelles) n'ont pas non plus débouché sur des dispositions retenues dans le projet d'articles¹⁸⁶. Cela ne veut pas dire que la Commission souhaitait exclure l'adaptation des conséquences d'une violation en fonction de la nature de la règle primaire violée, mais uniquement qu'elle jugeait suffisant de traiter de cette question dans une clause de sauvegarde qui a finalement été insérée dans ce qui est devenu l'article 55.

142. Il était, en d'autres termes, accepté que les articles avaient un caractère supplétif, et que les États pourraient adopter des régimes de responsabilité spéciaux. Quelle était la relation entre ces régimes et le droit général? Même si Riphagen a utilisé le terme «autonome», et a indiqué que «théoriquement», l'ensemble pertinent de règles de conduite, de règles de procédure et de dispositions statutaires [pourrait former] un circuit juridique fermé¹⁸⁷», il n'a en fait jamais voulu dire que celles-ci étaient complètement isolées:

«Ceci ne signifie pas nécessairement que l'existence de ce sous-système exclut de façon permanente l'application de toute règle générale du droit international coutumier relative

¹⁸⁴ Willem Riphagen, Quatrième rapport, *Annuaire... 1983*, vol. II (première partie), p. 8 à 25, par. 31 à 130.

¹⁸⁵ Willem Riphagen, Troisième rapport, *supra*, note 182, p. 32 à 35, par. 39 à 53.

¹⁸⁶ Pour la proposition, voir Willem Riphagen, *ibid.*, p. 46 à 51, par. 106 à 128.

¹⁸⁷ Willem Riphagen, Introduction, *Annuaire... 1982*, vol. I, p. 200, par. 16.

aux conséquences juridiques d'actes illicites... [T]out le sous-système peut se révéler inopérant, auquel cas il peut être nécessaire de recourir à un autre sous-système¹⁸⁸...».

143. Cela semble évident. Il convient, toutefois, de faire deux observations: premièrement, même si Riphagen parle uniquement de la possibilité qu'un sous-système se révèle «inopérant», on doit supposer que la même conséquence découlerait aussi du simple silence du sous-système. D'un autre côté, même si Riphagen parle uniquement du recours à un autre «sous-système», on voit mal pourquoi il voudrait exclure le recours aux règles générales de la responsabilité de l'État, d'autant qu'il dit expressément ailleurs:

«Chacun des multiples régimes (ou sous-systèmes) différents de responsabilité des États ... est actuellement soumis en droit international au système universel de la Charte des Nations Unies, y compris aux développements apportés par les déclarations adoptées à l'unanimité...¹⁸⁹...».

144. Riphagen n'a précisé ni la nature ni la portée de ce «système universel», si ce n'est qu'il a noté qu'il incluait le *jus cogens*. Cette question a finalement été totalement absorbée par la question des «crimes¹⁹⁰».

145. Malgré la terminologie utilisée par Riphagen, le fond de son argumentation prête relativement peu à controverse et se borne pratiquement à une récapitulation des conclusions tirées dans la première partie de la présente étude concernant le rapport entre droit spécial et droit général et la nécessité pratique de faire primer le premier sur le second. Le projet d'articles, comme Riphagen l'a noté, «ne peut traiter de façon exhaustive ... des conséquences juridiques de toutes les violations de toutes les obligations internationales¹⁹¹». Ainsi, bien qu'il ait qualifié la question des sous-systèmes de «problème général posé par la rédaction de la deuxième partie», Riphagen estimait qu'elle pouvait être résolue de façon relativement simple et ne prêtant pas vraiment à controverse par le biais d'une clause de sauvegarde générale¹⁹². Le résultat était que

¹⁸⁸ Willem Riphagen, Troisième rapport, *supra*, note 182, p. 35, par. 54.

¹⁸⁹ Ibid., p. 46, par. 104.

¹⁹⁰ Ibid., par. 104 et 105.

¹⁹¹ Ibid., p. 35, par. 55.

¹⁹² Sous sa forme originelle, en 1982, la clause se présentait comme suit:

les dispositions du projet lui-même «ne constitu[aient] plus que des présomptions réfutables quant aux conséquences juridiques d'actes internationalement illicites¹⁹³».

146. À ce stade, Riphagen a noté qu'il pourrait y avoir violation de règles appartenant à deux sous-systèmes prévoyant des conséquences parallèles ou divergentes (par exemple, les contre-mesures pourraient être autorisées dans un sous-système mais interdites dans l'autre). La règle de la *lex specialis* permettrait de résoudre certains de ces problèmes, mais elle ne pourrait automatiquement résoudre un éventuel conflit dans le cas où l'objet et le but des sous-systèmes seraient différents. L'application des principes du droit de l'environnement dans le cadre de l'administration d'un instrument commercial était un exemple possible. À cette fin, Riphagen a indiqué qu'«il serait, semble-t-il, toujours nécessaire de dresser une liste des conséquences juridiques possibles suivant l'ordre de gravité, et d'indiquer les principales circonstances juridiques qui excluraient de façon générale une ou plusieurs conséquences juridiques¹⁹⁴». Cela l'a entraîné dans des développements sur la hiérarchie des conséquences juridiques, qui ont débouché sur les développements concernant les crimes internationaux et se sont finalement arrêtés là¹⁹⁵. Au bout du compte, la seule hiérarchie proposée par Riphagen a été

«Article 3

Les dispositions de la présente partie s'appliquent à toute violation d'une obligation internationale par un État, sauf dans la mesure où les conséquences juridiques de cette violation sont définies par la règle ou les règles de droit international qui établissent l'obligation, ou par d'autres règles du droit international applicables.»

Willem Riphagen, Troisième rapport, *ibid.*, p. 55. Cette clause avait pour effet de prévoir l'application du projet de la CDI *sauf disposition contraire expresse*. Voir aussi Riphagen, *ibid.*, p. 45, par. 103. La Commission a souscrit à cette proposition. En 1983, elle a adopté la clause de sauvegarde ci-après (art. 2): «... les dispositions de la présente partie régissent les conséquences juridiques de tout fait internationalement illicite d'un État, sauf lorsque et dans la mesure où ces conséquences juridiques ont été déterminées par d'autres règles du droit international portant expressément sur le fait internationalement illicite en question». *Annuaire... 1983*, vol. II (deuxième partie), p. 46, par. 113.

¹⁹³ Willem Riphagen, Troisième rapport, *ibid.*, p. 35 et 36, par. 57.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 37, par. 77.

¹⁹⁵ Pour Willem Riphagen, les «crimes» représentaient un sous-système spécial de droit international qui prévoyait un ensemble spécial de conséquences. Voir *ibid.*, p. 51 à 53, par. 130 à 143.

deux restrictions à la clause de sauvegarde. Un régime autonome ne pouvait déroger aux règles du *jus cogens* ni «aux dispositions et procédures de la Charte des Nations Unies relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales¹⁹⁶».

147. Comme Riphagen, son successeur Arangio-Ruiz a estimé que la question se posait «dans le cas des systèmes ou ensembles de systèmes conventionnels qui tendent à définir dans leur cadre propre – conventionnel et spécial – le régime juridique d’un nombre plus ou moins considérable de relations entre les États parties, en particulier les conséquences de la violation par ces États des obligations que leur impose le système¹⁹⁷». Dans une conception systémique aussi large, a-t-il noté, «une partie de la doctrine» parlait d’une catégorie de «régimes se suffisant à eux-mêmes» qui affectait «la faculté des États parties de recourir aux remèdes que le droit international général met à leur disposition¹⁹⁸». Arangio-Ruiz a expressément fait la distinction entre la conception large qui parlait en termes de systèmes ou de sous-systèmes de règles en général et la conception étroite, qu’il a identifiée au fameux article publié en 1985 par Bruno Simma, qui était axée sur les sous-systèmes visant à:

«exclure plus ou moins totalement l’application des conséquences juridiques générales des faits illicites, en particulier l’application des contre-mesures qui sont normalement à la disposition de la partie lésée¹⁹⁹».

148. Arangio-Ruiz lui-même semblait initialement adhérer à la conception large, notant comme exemples de régimes autonomes le «système» établi par les traités instituant la Communauté européenne, les traités relatifs aux droits de l’homme ainsi que le droit diplomatique tel qu’il découlait de l’arrêt rendu par la Cour dans l’affaire des *Otagos*. Développant son argumentation, toutefois, il s’est attaché au problème restreint: celui de savoir si les «remèdes – en particulier les contre-mesures» – prévus par ces régimes «port[aient] d’une façon ou d’une autre atteinte

¹⁹⁶ Willem Riphagen, Introduction au projet d’article 2, *Annuaire... 1984*, vol. I, p. 266 et 267, par. 4 et 6 à 9.

¹⁹⁷ Gaetano Arangio-Ruiz, Troisième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire... 1991*, vol. II (première partie), p. 27, par. 84.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Ibid., p. 27, par. 84, citation tirée de Bruno Simma, «Self-Contained Regimes», *Netherlands YbIL*, vol. XVI (1985), p. 115 et 116.

au droit des États parties de recourir aux contre-mesures qu'autorise le droit international général²⁰⁰». En conséquence, le traitement des régimes autonomes par Arangio-Ruiz – en particulier les développements sur la pratique pertinente des États – visait pour l'essentiel à répondre à la question de savoir si ces régimes étaient totalement distincts du droit général («formaient des circuits juridiques fermés») ou, en d'autres termes, excluaient le recours à l'avenir aux remèdes du droit général de la responsabilité de l'État. Arangio-Ruiz a très nettement répondu par la négative. Du fait qu'il définissait les régimes autonomes comme des ensembles de règles sans aucun contact avec le droit général, il n'a trouvé aucun régime de ce genre dans la pratique: «... aucune des hypothèses envisagées ne semble constituer *in concreto* un régime se suffisant à lui-même²⁰¹.»

149. Arangio-Ruiz n'était pas opposé à la création de régimes conventionnels spéciaux. De tels régimes étaient nécessaires pour «organiser une surveillance plus efficace des violations et des réactions à ces violations au moyen d'un mécanisme ad hoc». Mais il rejetait la conclusion selon laquelle cela empêcherait tout recours au droit général²⁰². Le recours aux remèdes généraux était nécessaire au moins si l'État ne recevait pas effectivement réparation ou lorsque le fait illicite persistait pendant que les procédures du régime spécial étaient en cours²⁰³. Il admettait que des dérogations ne devaient avoir lieu que dans des «cas extrêmes». Un régime spécial était, après tout, un marché multilatéral dans lequel chaque partie recevait certains avantages en contrepartie de sa soumission à la procédure commune. Néanmoins, son principal argument concernait l'ouverture des régimes soi-disant «fermés». La priorité du régime spécial découlait des règles générales du droit international et de l'interprétation des traités. Mais elle n'impliquait aucune présomption d'abandon des garanties offertes par le droit général. C'est ainsi qu'Arangio-Ruiz interprétait la clause concernant le caractère supplétif du projet d'articles énoncée dans ce qui

²⁰⁰ Ibid., p. 27, par. 85 et 86. Voir aussi Arangio-Ruiz, Quatrième rapport, *Annuaire... 1992*, vol. II (première partie), p. 37, par. 97.

²⁰¹ Arangio-Ruiz, Quatrième rapport, Ibid., p. 42, par. 112.

²⁰² Ibid., p. 42 et 43, par. 112 et 114.

²⁰³ Ibid., p. 43, par. 115.

était alors l'article 2. Elle ne correspondrait pas à l'intention des États qui souhaitent renforcer les règles ordinaires de la responsabilité de l'État (et non pas y déroger)²⁰⁴.

150. Le Rapporteur spécial James Crawford a abordé la question des régimes autonomes en 2000 à propos des projets d'articles 37 à 39 qui traitaient du rapport entre le projet de la Commission et les autres règles du droit international. L'article 37 comportait la clause générale concernant le caractère supplétif du projet: des règles spéciales seraient autorisées. Crawford s'est abstenu de répondre en termes généraux à la question de savoir si ces règles spéciales étaient aussi exclusives. Il s'agirait «toujours d'une question d'interprétation dans chaque cas»²⁰⁵. Comme exemple de cas dans lequel le régime autonome était «exclusif», Crawford renvoyait au système de voie de recours et de réparation de l'OMC. Comme exemple de cas dans lequel le régime spécial se bornait à modifier certains aspects du droit général, il renvoyait à l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme. Crawford ne tranchait, toutefois, pas la question de savoir si par «exclusivité» il fallait entendre ici le remplacement exclusif et final du droit général ou simplement le remplacement de ce dernier à un stade initial avec la possibilité d'y «revenir» si le régime autonome s'avérait, pour reprendre les termes de Riphagen, «inopérant». Les deux exemples ont été conservés dans le commentaire du projet d'articles.

151. Il convient de préciser à ce propos que l'article 37 a été déplacé de la deuxième partie à la quatrième partie («Dispositions générales») où il est devenu l'article 55, a été intitulé *lex specialis* et en est venu à couvrir l'ensemble du projet, soit les conditions d'existence d'un fait illicite ainsi que le contenu et la mise en œuvre de la responsabilité de l'État²⁰⁶. Comme indiqué au début du présent rapport, la Commission ne voulait pas dire par là que toute

²⁰⁴ Ibid., p. 44 et 45, par. 123 et 124.

²⁰⁵ James Crawford, Troisième rapport sur la responsabilité des États, 2001, A/CN.4/507/Add.4, p. 29, par. 420.

²⁰⁶ L'article 55 (*lex specialis*) est libellé comme suit:

«Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales du droit international.»

dérogation sur le fondement de l'article 55 aurait le caractère d'un «régime autonome». Elle distinguait entre ce qu'elle appelait une forme «forte» et une forme «faible» de la *lex specialis* et qualifiait seulement la première d'«autonome». Les raisons de l'emploi des termes «forte»/«faible» sont néanmoins loin d'être claires et peuvent être source de confusion. La distinction opérée dans le commentaire n'est pas entre dispositions normativement «plus fortes» et dispositions normativement «plus faibles» mais entre «dispositions conventionnelles spécifiques portant sur un seul point» (la *lex specialis* ordinaire, soit la forme «faible» suivant la terminologie de la Commission) et ce qu'on pourrait tirer de l'affaire du *Vapeur «Wimbledon»* et de l'affaire des *Otages* (la forme «forte» suivant la terminologie de la Commission). La Commission ayant seulement défini les «régimes autonomes» par référence aux exemples tirés de ces deux affaires, elle a importé, comme nous l'avons vu, deux conceptions différentes dans le projet: 1) celle d'un régime autonome considéré comme un ensemble spécial de conséquences de l'illicéité (affaire des *Otages*) et 2) celle d'un régime autonome considéré comme un ensemble de règles primaires et secondaires régissant l'administration d'un problème (affaire du *Vapeur «Wimbledon»*). Aucune de ces conceptions n'est nécessairement plus «forte» (du moins au sens de plus contraignante ou de moins susceptible de dérogation) qu'une «disposition conventionnelle spécifique [...] sur un point donné».

152. Les conclusions ci-après peuvent être tirées du traitement des «régimes autonomes» par la Commission dans le contexte de la responsabilité de l'État:

1) *Définition.* La notion de «régimes autonomes» a constamment été utilisée par les rapporteurs spéciaux dans un sens étroit et dans un sens large et les deux conceptions ont été incluses dans le commentaire de la Commission sur l'article 55. Peuvent être qualifiés de régime autonome a) un ensemble spécial de règles secondaires déterminant les conséquences de la violation de certaines règles primaires (y compris les procédures de cette détermination) ainsi que b) tout groupe imbriqué (ensemble, régime, sous-système) de règles sur un problème donné et les règles présidant à la création, à l'interprétation, à l'application, à la modification ou à l'extinction – bref, à l'administration – de ces règles. Il est de plus constamment fait référence dans la doctrine et dans la pratique à une troisième notion – celle de «branches du droit international» – lesquelles sont également censées fonctionner comme des régimes autonomes, et être régies par leurs propres principes;

2) *Création*. Les États sont habilités à instituer des régimes autonomes ayant priorité sur les règles générales du projet d'articles. Les seules limites que connaît ce droit sont celles qui s'appliquent à la *lex specialis*. Cela signifie notamment que «les États ne peuvent pas, même par accord entre eux, prévoir des conséquences juridiques d'une violation de leurs obligations mutuelles qui autoriseraient des actes contraires à des normes impératives du droit international général ... les règles spéciales en question [doivent avoir] au moins la même valeur juridique que celles qui sont énoncées dans les articles»²⁰⁷;

3) *Rapports entre régime autonome et droit général dans des conditions normales*. Le rapport entre un régime autonome et le droit général de la responsabilité de l'État devrait être déterminé principalement en interprétant l'instrument ou les instruments ayant instauré le régime. Toutefois, aucun régime autonome n'est un «circuit juridique fermé». Si un régime conventionnel/spécial a (en tant que *lex specialis*) priorité dans sa sphère d'application, cette sphère devrait normalement être interprétée comme le sont les exceptions, c'est-à-dire de façon restreinte. En tout état de cause, les règles du droit général de la responsabilité de l'État – comme le reste du droit international général – le complètent dans la mesure où aucune dérogation spéciale n'est prévue ni ne peut être déduite de l'instrument ou des instruments instituant le régime;

4) *Défaillance du régime autonome*. La question de l'application supplétive des règles générales dans les situations qui ne sont pas expressément couvertes par le «régime autonome» ou par le «retour» possible aux règles générales de la responsabilité de l'État si ce régime s'avère inopérant n'est expressément traitée ni dans le projet ni dans le commentaire. Elle a toutefois été traitée par deux rapporteurs spéciaux, Riphagen et Arangio-Ruiz, pour lesquels il était évident que si un régime autonome s'avérait inopérant, le recours au droit général devait être autorisé. La Commission n'a jamais expressément indiqué en quoi pourrait consister une telle défaillance. On pourrait, toutefois, voir une analogie avec les conditions dans lesquelles la règle de l'épuisement des recours internes n'a pas à être suivie. Ce serait les cas dans lesquels la voie de recours ou de réparation ne

²⁰⁷ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, commentaire de l'article 55, par. 2, dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, p. 384.

serait manifestement pas disponible ou effective ou lorsqu'il serait, pour quelque autre raison, déraisonnable de s'attendre à ce qu'on y ait recours;

5) *Impropropriété du terme «autonome»*. Aucun des rapporteurs spéciaux ni aucune des affaires qu'ils ont évoquées n'avance ou n'implique l'idée de systèmes ou régimes spéciaux qui seraient totalement isolés du droit international général. La notion de «régime autonome» est donc trompeuse. Si la mesure dans laquelle un régime de responsabilité, un ensemble de règles concernant un problème ou une branche du droit international ont besoin d'être complétés par le droit général est variable, personne n'a jamais soutenu qu'il pourrait y avoir des circonstances dans lesquelles le droit général serait totalement exclu. Comme on le verra plus loin, une telle exclusion n'est sans doute même pas conceptuellement possible. Il est donc suggéré de remplacer l'expression «régime autonome» par l'expression «régime spécial».

c) La relation entre les régimes autonomes hormis la responsabilité de l'État et le droit international général

153. En ce qui concerne la fragmentation, les principales questions qui se posent touchent aux relations entre les régimes autonomes (spéciaux), sous les trois acceptions du terme qu'on a vues ci-dessus, et le droit international: a) les conditions dans lesquelles s'établit un régime spécial; b) le champ d'application d'un tel régime par rapport au droit international général dans des circonstances normales; c) les conditions dans lesquelles on se rabat sur les règles générales quand le régime s'avère inopérant.

i) Établissement de régimes autonomes (spéciaux)

154. Pour ce qui est de la première question, il n'est guère douteux que le droit international – et pas seulement le droit de la responsabilité de l'État – a pour l'essentiel une visée dispositive et qu'il est possible d'en sortir par choix, sans autres limites que les restrictions du *jus cogens* ou les règles par ailleurs impératives du droit général. Mais, outre ces normes contraignantes, on peut prendre en considération au moins les contraintes suivantes:

1) Le régime ne peut s'écarter du droit qui offre des avantages à des tiers, particuliers et entités non étatiques compris;

- 2) Le régime ne peut s'écarter du droit général si les obligations que fixe celui-ci ont un caractère «intégré» ou «interdépendant», si elles sont *erga omnes* ou si la pratique a permis de concevoir légitimement l'idée qu'il n'y serait pas dérogé²⁰⁸;
- 3) Le régime ne peut s'écarter des traités qui sont de droit public par nature ou qui portent création d'institutions internationales²⁰⁹.

155. Cependant, les considérations à retenir en ce qui concerne l'établissement d'un régime autonome (spécial) diffèrent selon le sens de l'expression que l'on choisit sur les trois qu'elle a.

156. Il n'est normalement possible de créer un régime spécial de responsabilité de l'État – c'est-à-dire de prévoir des conséquences spéciales en cas d'infraction – que par la voie d'un traité spécifiant les règles primaires auxquelles il s'applique, ainsi que sa nature, son contenu, la forme de la responsabilité (spéciale) dont il s'agit et les institutions qui l'appliqueront. S'il n'est pas impensable en théorie qu'un régime ainsi défini soit instauré tacitement ou par la coutume (par exemple un régime de contre-mesures collectives établi par des États non lésés comme le prévoit l'article 56 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État), cette éventualité semble exceptionnelle.

157. L'établissement d'un régime spécial pris dans un sens plus large (*Vapeur «Wimbledon»*), tout ensemble de règles, à la fois primaires et secondaires, formant système), se fait aussi normalement par la voie d'un traité ou de plusieurs traités (voir les traités «visés» par l'OMC). Cependant, il peut arriver qu'une série de dispositions conventionnelles se développent avec le temps indépendamment de la volonté consciente des États parties, en raison par exemple de l'activité de l'organe chargé de faire appliquer le traité, et qu'elles se transforment en un régime présentant ses propres règles d'administration, de modification et d'expiration. Il a fallu attendre 1963 pour que la Cour européenne de justice définisse comme un «nouvel ordre juridique de droit international» ce qui était alors la Communauté économique européenne²¹⁰. La

²⁰⁸ Voir les développements consacrés aux obligations *erga omnes* dans la section E ci-dessous.

²⁰⁹ Voir la section consacrée à la *lex specialis* ci-dessus.

²¹⁰ Affaire 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend et Loos c. Administration fiscale néerlandaise*. Arrêt de la Cour du 5 février 1963, *Recueil de jurisprudence*, p. 23.

transformation du droit européen en un régime autonome s'est faite dans une très large mesure (couvrant aussi les principes de l'effet direct et de la préséance, ainsi que la doctrine des droits fondamentaux) à cause de l'activité interprétative de la Cour européenne de justice, et pas toujours avec le soutien sans réserve ni exception des États membres. On peut dire la même chose, encore que ce soit dans un sens plus étroit, d'une bonne partie du droit des droits de l'homme, comme on l'a vu. Les États parties ont évidemment créé les organes chargés de faire appliquer les traités et, donc, pris les premières mesures conduisant à l'autonomie du régime, mais l'ampleur de cette autonomie est largement déterminée par ces organes mêmes. L'exemple classique est celui du développement de la doctrine de la séparabilité des réserves concernant la Convention européenne relative aux droits de l'homme²¹¹.

158. Les régimes spéciaux à la portée la plus large – qui portent des appellations comme «droit international pénal», «droit humanitaire», «droit commercial», «droit de l'environnement» etc. – sont nés des activités non formalisées des juristes, des diplomates, des groupes de pression, etc., et sont le résultat plutôt d'une évolution de la culture juridique et des solutions apportées aux nécessités pratiques de la spécialisation que de démarches créatrices délibérées. Ils sont le reflet de la diversification fonctionnelle de la société internationale ou, en termes plus prosaïques, des activités de groupes particuliers cherchant à expliciter ou à renforcer des choix et des orientations qui semblaient ne pas avoir suffisamment retenu l'attention du droit général. L'application de «principes» spéciaux par des organes spécialisés chargés d'assurer la mise en œuvre des traités est un trait caractéristique de ces régimes.

ii) Relation entre régimes autonomes (spéciaux) et droit international général dans des circonstances normales

159. La relation entre un régime spécial et le droit général, c'est-à-dire la mesure dans laquelle le régime est d'abord autonome, est essentiellement une question d'interprétation des traités qui le constituent. Dans quelle mesure le droit général intervient-il pour combler les lacunes de celui-ci ou faciliter l'interprétation de ses modalités d'exécution (c'est-à-dire son

²¹¹ Voir *Belilos c. Suisse*, arrêt du 29 avril 1988, CEDH (1988), série A, n° 132, p. 24, par. 50, et p. 28, par. 60.

administration)? Si l'on comprend bien qu'aucun régime n'est totalement isolé du droit général, le problème devient celui d'une relation *inter se*.

160. Il est possible d'illustrer cette relation dans la pratique en se référant au mode de fonctionnement des organes de surveillance des droits de l'homme et du droit commercial, deux régimes expressément mentionnés par la Commission dans son commentaire sur l'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

1) *Exemple des régimes relatifs aux droits de l'homme*

161. Les organes des droits de l'homme que sont par exemple la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme renvoient régulièrement aux règles et aux principes du droit international général non seulement pour l'interprétation des traités mais aussi pour des questions comme la qualité d'État, la compétence, l'immunité et pour toute une série de principes touchant à la bonne règle procédurale²¹². La Cour interaméricaine a largement utilisé sa compétence consultative pour interpréter non seulement d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme (par exemple la Convention européenne ou les Pactes internationaux de 1966) mais aussi des instruments comme la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963²¹³. Dans un avis de 1988, elle a expressément renvoyé au principe de droit international qu'est la continuité de l'État et selon lequel la responsabilité de l'État persiste même si le gouvernement change²¹⁴. Dans une série d'affaires récentes, la Cour européenne des droits de l'homme a de son côté précisé les relations entre les droits prévus dans la Convention européenne et l'immunité des États, en reconnaissant la validité de cette dernière, par exemple, par rapport au droit d'accès à un tribunal prévu au paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne. Elle a notamment déclaré:

²¹² Voir en particulier l'étude de Caflisch et Cançado Trindade, «Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général».

²¹³ Voir Cour interaméricaine des droits de l'homme, «*Other Treaties*» *Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court*, arrêt du 24 septembre 1982, OC-1/82, série A, n° 1.

²¹⁴ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Velásquez Rodríguez*, arrêt du 29 juillet 1988, OC-4/88, *Inter-American Yearbook on Human Rights* (1988), p. 990, par. 184.

«La Convention [...] ne saurait s'interpréter dans le vide. La Cour ne doit pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention et elle doit tenir compte des principes pertinents du droit international [...]. La Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux États²¹⁵.».

162. On ne pouvait présumer a priori que les règles de la Convention primeraient celles du droit général. Au contraire, la Cour a postulé la préséance du droit général sur l'immunité des États en faisant observer:

«On ne peut [...], de façon générale, considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6, paragraphe 1, des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des principes du droit international généralement reconnus en matière d'immunité des États. De même que le droit d'accès à un tribunal est inhérent à la garantie d'un procès équitable accordée par cet article, de même certaines restrictions à l'accès doivent être tenues pour lui être inhérentes; on en trouve un exemple dans les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant de la doctrine de l'immunité des États²¹⁶.».

163. La Cour a également affirmé que la Convention ne pouvait être considérée comme existant dans un vide juridique du point de vue des règles de la compétence et de la responsabilité de l'État. Dans l'affaire *Bankovic* (1999), elle a présenté l'argument suivant:

«la Cour rappelle que les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter ni s'appliquer dans le vide. Elle doit aussi prendre en considération toute règle de droit international éventuellement pertinente lorsqu'elle examine les questions liées à sa propre compétence et, donc, déterminer la responsabilité de l'État selon les principes de droit international en vigueur, même si elle doit garder à l'esprit que la Convention présente ce caractère particulier d'être un traité relatif aux droits de l'homme. La Convention devrait être interprétée dans toute la mesure du possible en harmonie avec les autres principes du droit international, droit dont elle fait partie²¹⁷.».

164. En d'autres termes, la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas et n'a pas été conçue pour être un régime autonome au sens qu'elle rendrait impossible d'en appeler au

²¹⁵ *McElhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001, *Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2001-XI, p. 12 et 13, par. 36; voir également *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 novembre 2001, *ibid.*, p. 17 et 18, par. 55.

²¹⁶ *Fogarty c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI, p. 13, par. 36.

²¹⁷ *Bankovic et autres c. Belgique et seize autres États*, décision du 12 décembre 2001 (recevabilité), CEDH 2001-XII, p. 351, par. 57 (avec suppression des renvois bibliographiques).

droit général. Au contraire, la Cour se réfère constamment au droit international général en partant de l'hypothèse que les droits énoncés dans la Convention s'interprètent en harmonie avec le droit général et sans partir de l'idée a priori que les premiers doivent avoir la préséance.

2) *Exemple du droit de l'OMC*

165. Bien qu'elle soit peut-être plus controversée, la matière du régime de l'OMC n'est pas sensiblement différente. Comme nous l'avons vu, on a dit parfois que les traités «visés» de l'OMC constituaient un système fermé. Cette conception a pourtant été repoussée par l'Organe d'appel en des termes qui rappellent ceux de la Cour européenne des droits de l'homme, puisqu'il a déclaré qu'il ne fallait pas lire les Accords de l'OMC en les «isolant cliniquement du droit international public»²¹⁸. Depuis lors, l'Organe d'appel a fréquemment cherché «d'autres indications à cet effet, s'il y a lieu, dans les principes généraux du droit international²¹⁹». Plus récemment, un groupe de l'OMC a eu l'occasion de préciser cette idée dans les termes suivants:

«Nous notons que l'article 3.2 du Mémoire d'accord exige que nous cherchions, dans le contexte d'un différend particulier, à clarifier les dispositions existantes des Accords de l'OMC, conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Cependant, le lien entre les Accords de l'OMC et le droit international coutumier est plus large que cela. Le droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application. En d'autres termes, dans la mesure où il n'y a pas de conflit, ni d'incompatibilité, ni d'expression dans un accord visé de l'OMC donnant à entendre qu'il en va autrement, nous estimons que les règles coutumières du droit international s'appliquent aux traités de l'OMC et au processus d'élaboration des traités à l'OMC²²⁰.».

166. Cela dit, la doctrine est partagée sur le point de savoir jusqu'où va en fait cette relation, du point de vue particulier du recours par les organes judiciaires de l'OMC à d'autres régimes spéciaux, notamment au droit de l'environnement et aux traités hors du système OMC. Cependant, quelle que soit l'opinion que l'on ait de la *compétence* des groupes et de l'Organe

²¹⁸ *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R DSR, 1996:I, p. 17.

²¹⁹ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, 6 novembre 1998, WT/DS58/AB/R, DSR 1998:1, p. 67, par. 158.

²²⁰ *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, 19 janvier 2000, WT/DS163/R, par. 7.96.

d'appel de l'OMC, il ne s'agit là ni de la question ni de la réponse à la question de savoir si le «droit de l'OMC» (plus exactement, les «traités visés de l'OMC») se suffit aussi à lui-même *quant au fond*²²¹.

167. Le point de départ de l'analyse est en général le paragraphe 2 de l'article 3 et le paragraphe 2 de l'article 19 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, selon lesquels le règlement des différends à l'OMC vise à préserver les droits et les obligations qui découlent pour les membres des accords visés²²². Cela a parfois été interprété comme signifiant qu'il est toujours impossible d'invoquer le droit hors OMC pour donner effet aux «droits et obligations», quels qu'ils soient, qui découlent du droit de l'OMC²²³. En poussant les choses à l'extrême, on pourrait y voir la mise à l'écart totale de tout autre droit qui n'est pas celui de l'OMC. Cette façon de voir les choses serait toutefois contredite par une autre formule de l'article 3.2 du Mémoire d'accord, qui veut que les groupes et l'Organe d'appel appliquent «les règles coutumières d'interprétation du droit international public», disposition qui incorpore non seulement la Convention de Vienne sur le droit des traités mais, via les articles 31 et 32 de celle-ci, toutes les autres règles d'interprétation des traités, y compris par exemple l'alinéa c du paragraphe 3 de l'article 31, selon lequel l'interprétation doit tenir

²²¹ Point que fait bien valoir Joost Pauwelyn *in Conflict of Norms...*, *supra*, note 32, p. 460 à 463.

²²² L'article 3.2 dispose:

«les recommandations et les décisions de l'ORD ne peuvent accroître ou diminuer les droits et les obligations énoncés dans les accords visés».

L'article 19.2 dispose:

«... dans leurs constatations et leurs recommandations, le groupe spécial et l'Organe d'appel ne pourront pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés».

²²³ Ainsi, Joel Trachtman a soutenu que «les groupes spéciaux de règlement des différends et l'Organe d'appel de l'OMC limitent leur action à l'application des dispositions de fond du droit de l'OMC et ne sont pas habilités à appliquer les dispositions de fond du droit international général ou de quelque autre branche du droit conventionnel», dans «The Domain of WTO Dispute Resolution», *supra*, note 46, p. 342. Trachtman autorise, évidemment, l'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne et toute autre règle faisant l'objet d'une incorporation expresse. Ces règles concerneraient à son avis essentiellement des dispositions juridiques de procédure, et non de fond.

compte «de toutes les règles pertinentes de droit international applicables aux relations entre les parties»²²⁴.

168. Les règles d'interprétation des traités de la Convention de Vienne (art. 31 et 32) sont admises en droit coutumier et largement appliquées dans le système de l'OMC²²⁵. Mais l'Organe d'appel a aussi examiné et appliqué souvent d'autres normes de droit international public. Les relations entre les traités visés de l'OMC et les accords relatifs à l'environnement ont fait l'objet de très abondants débats²²⁶. Le Groupe saisi de l'affaire *Crevettes-tortues* (1998) a défini la notion de «ressources naturelles épuisables», terme qui figure au paragraphe g) de l'article XX du GATT, de telle manière qu'elle ne couvre que «les ressources finies, comme les minerais, et non les ressources biologiques ou renouvelables». L'Organe d'appel n'a pas souscrit à ce point de vue. La notion devait à son avis s'interpréter à la lumière des événements récents: «le contenu ou la référence de l'expression générique “ressources naturelles” employée dans l'article XX g) ne sont pas “statiques”, mais plutôt “par définition évolutifs”». Pour trouver le sens le plus actuel de l'expression, l'Organe a renvoyé, entre autres instruments, à la Déclaration de Rio de 1992 et à l'Action 21, à la Convention de 1992 sur la biodiversité et à la Convention des Nations Unies sur

²²⁴ Voir la section F ci-dessous.

²²⁵ Prenant note de ce fait, l'Organe d'appel s'est appuyé sur l'autorité de la *C.I.J.* pour déterminer le caractère de droit coutumier des règles de la Convention relatives à l'interprétation. Voir *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, DSR 1996:I, p. 17. Le caractère de droit coutumier de l'article 32 est affirmé dans *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* (WT/DS8/AB/R), rapport d'appel du 4 octobre 1996, DSR 1996:I, p. 104 de la version anglaise. Pour d'autres développements, voir Anja Lindroos et Michael Mehloing, «Dispelling the Chimera...», *supra*, note 42, p. 857 à 877.

²²⁶ Voir J. Cameron et J. Robinson, «The Use of Trade Provisions in International Environmental Agreements and the Compatibility with GATT», *YBIEL*, vol. 2 (1991), p. 3. Pour un bon aperçu de la jurisprudence jusqu'à l'affaire *Crevettes-tortues* (1998), voir Michael J. Trebilcock et Robert Howse, *The Regulation of International Trade* (2^e éd., Londres: Routledge, 1999), p. 397 à 420; voir également Gabrielle Marceau, «Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions. The Relationship between the WTO Agreement and MEAS and other Treaties», *Journal of World Trade*, vol. 35 (2001), p. 1081 à 1131.

le droit de la mer, pour l'interpréter comme couvrant toutes les ressources naturelles, vivantes et non vivantes²²⁷.

169. Bien que la question du droit applicable à l'OMC ait fait l'objet de bien des considérations, deux positions principales semblent se dégager. Selon la première, le droit de l'OMC fait partie du droit international et opère dans le cadre général des règles et des principes de celui-ci. Cette conception peut être rationalisée, par exemple, si l'on postule qu'en adoptant les Accords de Marrakech, les États ont procédé en conformité et en vertu des règles et des principes de droit international et qu'il n'y a aucune raison de supposer, sauf convention contraire explicite, que ces règles et ces principes ne continuent pas de régir l'exécution des Accords. La deuxième position est centrée sur les dispositions du Mémorandum d'accord qui veulent que ni les groupes ni l'Organe d'appel n'accroissent ni ne diminuent les obligations énoncées dans les Accords visés. En pratique cependant, il n'est peut-être pas si difficile que cela de concilier ces deux positions avec la quasi-totalité des illustrations de la pratique de l'OMC. La seconde position admet peut-être même un recours plus large au droit international coutumier et aux autres traités, puisqu'elle les considère comme incorporés à l'OMC, soit expressément (art. 3.2 du Mémorandum d'accord), soit implicitement par référence au contexte dans lequel les Accords de l'OMC ont été conclus. En tout état de cause, les deux positions peuvent embrasser des pratiques très diverses (ce qui n'est pas sans rappeler les conceptions «moniste» et «dualiste» du droit interne), y compris des déclarations telles que celles qu'a faites le Groupe spécial en 2000 dans l'affaire *Corée – Mesures affectant les marchés publics* déjà citée. Il semble donc qu'il n'y ait guère de raisons, en principe, de se départir de l'idée que le droit international général complète le droit de l'OMC à moins d'en être expressément exclu, et qu'il en va de même pour les autres traités qui doivent de préférence être lus de concert avec les traités visés par l'OMC²²⁸.

²²⁷ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, décision du 6 novembre 1998, WT/DS58/AB/R DSR 1998:VII, par. 127 à 131. Le caractère épuisable a été déterminé eu égard au fait que les sept tortues marines figuraient sur la liste de l'appendice I de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, *ibid.*, par. 132 et 133.

²²⁸ La seconde position a été récemment illustrée par Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, *supra*, note 21.

170. Cela ne veut pas dire qu'il ne s'est pas constitué un *ethos* propre à l'OMC en matière d'interprétation des Accords de l'OMC, comme il y a un «*ethos* droits de l'homme» qu'il est possible de discerner dans les travaux des organes conventionnels des droits de l'homme. Cela n'empêche pas non plus d'écarter les normes courantes de la responsabilité de l'État dans l'administration des traités de l'OMC. En fait, telle était la raison d'être du système de l'OMC, qui puise sa force normative des règles relatives à la *lex specialis* du droit général lui-même. Même s'il est clair que la compétence des organes de l'OMC se limite à l'examen des griefs liés à des accords visés (et non à des traités relatifs aux droits de l'homme ou à l'environnement par exemple), ces organes doivent, lorsqu'ils veulent préciser le contenu des droits et des obligations dont il s'agit, situer ces droits et ces obligations dans le contexte d'ensemble du droit international général (y compris les traités relatifs à l'environnement et aux droits de l'homme pertinents).

171. Il ne s'agit pas non plus d'une particularité de l'OMC, cela vaut aussi pour les pratiques découlant d'accords commerciaux régionaux. Ainsi, dans *Feldman c. Mexique*, un tribunal arbitral de l'ALENA devait déterminer le sens à donner au terme «expropriation» employé à l'article 1110 de l'ALENA. Il a jugé que cet article était «tellement général qu'il était difficile à appliquer à des cas particuliers». En conséquence, il l'a lu à la lumière des «principes du droit international coutumier» afin de savoir s'il s'appliquait à la lutte menée par l'État contre les exportations de cigarettes dans le cadre du marché gris²²⁹.

3) *Conclusions sur la relation entre les régimes autonomes (spéciaux) et le droit international général dans des circonstances normales*

172. Aucun des régimes conventionnels qui existent actuellement n'est autonome au sens qu'il exclut globalement l'application du droit international général. Au contraire, les organes conventionnels des droits de l'homme et du droit commercial, par exemple, y recourent constamment pour administrer le régime spécial dont ils ont la charge. Bien que les États aient la faculté de mettre de côté la plus grande partie du droit général en instaurant des régimes spéciaux de responsabilité ou d'administration des règles, les conclusions à tirer de cette séparation sont

²²⁹ *Feldman c. États-Unis du Mexique*, sentence arbitrale du 16 décembre 2002, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB(AF)/99/1, ILR, vol. 126 (2003), p. 58 et 65, par. 98.

dans une certaine mesure fonction de la «densité» normative du régime dont il s'agit. Le champ d'application d'un régime particulier de responsabilité de l'État est normalement défini par le traité lui-même. Rien ne permet de supposer que le droit général ne s'applique pas en dehors de ces dispositions spéciales. Pour ce qui est des ensembles de règles indissociables relatives à la création, à l'administration, à l'amendement et à l'expiration d'un régime, il se peut que le droit général ait été exclu de façon plus large. L'ensemble de règles lui-même peut être soumis à des principes spéciaux d'interprétation, en fonction de l'objet et des buts du régime. Cela peut avoir en particulier un effet sur la compétence des organes chargés de l'interprétation qui ont pour mission de promouvoir les objectifs du régime.

173. Enfin, le régime autonome au sens le plus large – «droit de l'environnement», «droit de l'espace», etc. – interagit avec d'autres codifications ou ensembles juridiques qui spécifient les principes spéciaux dont il faut tenir compte. Cette troisième acception a ceci de particulier qu'elle n'a ni frontière nette ni autorité normative bien déterminée. Elle apporte à la prise de décision juridique des aspects et des considérations qui sont censés être pertinents et qui doivent se composer avec d'autres éléments. Il n'y a pas d'exclusion rigoureuse implicite, ce qui signifie que l'on s'oriente sur des considérations et des pratiques qui peuvent être plus ou moins pertinentes selon la qualification du problème: s'agit-il d'un problème de «droit commercial», de «droit humanitaire» ou de «droits de l'homme»?

174. Comme Bruno Simma le faisait observer dans son article de fond sur la question des régimes autonomes, la grande question est la suivante: *«Dans quelles circonstances est-il, le cas échéant, possible d'en revenir aux conséquences juridiques générales des faits internationalement illicites²³⁰»*. Comme on l'a dit, les rapporteurs spéciaux n'ont jamais vu dans les régimes ou les sous-systèmes autonomes des «circuits fermés juridiques», c'est-à-dire des systèmes excluant complètement et définitivement toute intervention du droit général. La pratique et la littérature amènent au moins à cette conclusion que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités s'appliquent dans tous les cas à moins qu'ils ne soient expressément écartés par d'autres principes d'interprétation. C'est ce qui a été affirmé

²³⁰ Bruno Simma, «Self-Contained Regimes», *supra*, note 199, p. 118 (souligné dans l'original).

par la quasi-totalité des organes chargés de faire appliquer le droit²³¹. Comme ces articles, en particulier l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 31, inscrivent déjà l'interprétation des traités dans le contexte général des droits et des obligations des parties, la question de l'application du droit international général (c'est-à-dire du droit coutumier général et des principes généraux de droit) devient assez rhétorique. Le fait que ces articles sont toujours applicables ressort à l'évidence de la pratique et de la doctrine, notamment des ouvrages des généralistes du droit international public²³². La position adoptée récemment par Antonio Cassese en est un bon exemple. Examinant les procédures spéciales prévues dans les traités relatifs aux droits de l'homme pour en contrôler l'exécution et organiser les réactions en cas de violation, il fait observer:

«Il serait contraire à l'esprit de l'ensemble du droit international des droits de l'homme de penser que les systèmes de contrôle prévus dans le Pacte et dans le Protocole empêcheraient les États parties de "quitter" le régime autonome envisagé dans le Pacte et d'en revenir aux contre-mesures pacifiques du droit coutumier²³³.».

²³¹ Pour des exemples récents de confirmation, voir *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie/Malaisie), *C.I.J. Recueil 2002*, par. 37 (avec liste de renvois aux confirmations antérieures de la Cour). Pour des confirmations analogues par d'autres tribunaux, voir par exemple *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, rapport d'appel du 4 octobre 1996 (WT/DS8/AB/R), point D. DSR 1996:I, p. 104 à 106 de la version anglaise; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Restrictions à la peine de mort, Avis consultatif du 8 septembre 1983*, OC-3/83, série A, n° 3, p. 76 de la version anglaise; Tribunal arbitral de l'Accord de libre-échange nord-américain, *Ethyl Corp. c. Canada*, décision du 28 novembre 1997, ILR, vol. 122 (202), p. 278 et 279, par. 50 à 52 (il est à noter que les États-Unis aussi ont accepté comme un fait coutumier le statut de ces organes); CIRDI, *Waste Management Inc. c. Mexique*, décision du 2 juin 2000, ILR, vol. 121 (2002), p. 51, note 2. La Cour européenne des droits de l'homme avait déclaré assez tôt qu'elle était «disposée à considérer [...] qu'elle devait être guidée par les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne», CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1975, série A, n° 18, par. 29, ce qu'elle a affirmé récemment («La Convention doit être interprétée à la lumière des règles fixées dans la Convention de Vienne...») dans *Bankovic et autres c. Belgique et seize autres États*, décision du 12 décembre 2001 (recevabilité), CEDH 2001-XII, par. 55. Pour la formulation assez large donnée par le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis (le Tribunal a pour tâche d'interpréter les dispositions pertinentes de l'Accord d'Alger sur la base de la Convention de Vienne sur le droit des traités), voir *Sedco Inc. v. Iran*, Iran-USCTR, vol. 9 (1985), p. 256 (avec renvoi aux formulations antérieures de la même idée).

²³² Pour l'examen des diverses positions, voir Arangio-Ruiz, Quatrième rapport, *supra*, note 200, par. 99 à 106.

²³³ Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001) p. 208.

175. La même position se retrouve dans de nombreux articles spécialisés sur les traités relatifs aux droits de l'homme. Pauwelyn la résume en ces quelques mots:

«Dans leurs relations conventionnelles, les États peuvent s'entendre pour exclure une règle ou plusieurs règles ou, en théorie, toutes les règles de droit international (hormis le *jus cogens*), mais ils ne peuvent faire de même pour le *système* du droit international²³⁴.».

176. Il y a pour cela, comme Pauwelyn le note, des raisons de politique générale. Mais on peut aussi y trouver un argument logique. Les États ne peuvent échapper au principe *pacta sunt servanda* à moins que le régime ne soit tenu pour spécial parce qu'il ne crée aucune obligation (et alors on voit mal sur quoi reposerait l'autorité contraignante d'un tel accord). D'une manière générale, l'idée, qui n'est presque jamais formulée, que les régimes autonomes existeraient dans une bulle totalement étanche au droit international rappelle la conception que se faisaient les juristes de la fin du XIX^e siècle de la relation (dualiste) entre le droit interne et le droit international²³⁵.

177. Selon cette école de pensée, le droit international général ne serait applicable que s'il était expressément incorporé dans le régime spécial. Quelle que soit sa valeur du point de vue du droit interne, on voit mal comment cette conception pourrait trouver à s'appliquer aux relations entre les «régimes» juridiques internationaux et le droit international général. En premier lieu, un régime tire – ou éventuellement ne tire pas – son autorité contraignante du droit international général. Les conditions de validité ou de nullité des actes par lesquels un régime est mis en place s'apprécient au regard du droit général. Mais cela signifie aussi que la plupart des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités – en tout cas ses aspects qui relèvent du droit coutumier – y compris surtout les articles 31 et 32, font automatiquement partie du régime, sans avoir à y être incorporées: en fait, ce n'est qu'en vertu de la Convention que le régime peut être identifié comme tel et qu'on peut en fixer les limites par rapport au reste du droit international. C'est ainsi que, dans une affaire récente, la Cour internationale de Justice a jugé qu'une disposition d'un compromis qui l'autorisait à appliquer les «règles et principes du droit international» était superflue si c'était des principes d'interprétation des traités qu'il s'agissait:

²³⁴ Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, *supra*, note 21, p. 37.

²³⁵ C'est en fait Joel Trachtman qui fait cette analogie dans «Institutional Linkage: Transcending Trade and...», *AJIL*, vol. 96 (2002), p. 89 à 91.

«[...] la Cour aurait été autorisée à faire application des règles générales d'interprétation des traités internationaux aux fins d'interpréter le Traité²³⁶».

178. En fait, il semble qu'il n'existe *pas un seul* régime qui prétend être valide ou fonctionner indépendamment de la Convention de Vienne.

179. En deuxième lieu, et à la différence du droit interne, les régimes de droit international sont toujours partiels, en ce sens qu'ils ne régissent que certains aspects du comportement des États et qu'ils présument l'existence d'un grand nombre d'autres règles pour simplement fonctionner eux-mêmes. Ils s'inscrivent toujours dans un contexte «systémique». Tel est après tout *le sens même du caractère général* de certaines règles de droit coutumier découlant de principes généraux du droit. Comme la Cour permanente d'arbitrage l'a fait observer dans l'affaire *Georges Pinson*:

«Toute convention internationale doit être réputée s'en référer tacitement au droit international commun pour toutes les questions qu'elle ne résout pas elle-même en termes exprès et d'une façon différente²³⁷.».

180. Ou, comme l'a déclaré plus récemment le Tribunal arbitral de la Convention OSPAR:

«Notre premier devoir consiste à appliquer la Convention OSPAR. Un tribunal international appliquera aussi le droit international coutumier et les principes généraux sauf si les parties ont créé une *lex specialis*²³⁸.».

181. Une abondante jurisprudence concernant des contrats passés par des États le confirme. On a pu penser dans un premier temps qu'il existait un vide juridique. Mais depuis la sentence rendue en 1958 dans l'affaire *Arabie saoudite c. Aramco*, il est devenu courant de se reporter au droit international comme régime juridique applicable. Le tribunal a déclaré ce qui suit:

«Il est évident qu'aucun contrat n'existe dans le vide, sans être fondé sur un système juridique. La conclusion d'un contrat n'est pas laissée au pouvoir discrétionnaire absolu

²³⁶ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, C.I.J. Recueil 1999, p. 1102, par. 93.

²³⁷ Affaire *Georges Pinson*, arrêt, Recueil des sentences arbitrales (1928) vol. V, p. 422.

²³⁸ Différend concernant l'accès à l'information en vertu de l'article 9 de la Convention OSPAR (*Irlande c. Royaume-Uni*), sentence finale du 2 juillet 2003, ILR, vol. 126 (2005), p. 364, par. 84.

des parties. Elle est nécessairement liée à un droit positif qui donne juridiquement effet aux manifestations réciproques et concordantes d'intention des parties²³⁹...».

182. Même si l'ordre juridique applicable à ces contrats peut demeurer matière à controverse, la plupart des juristes n'auraient rien à redire à la déclaration de l'arbitre unique dans *TOPCO/CALASIATIC* (1977) selon laquelle il s'agit d'une «branche particulière du droit international: le droit international des contrats»²⁴⁰. Le Tribunal des réclamations irano-américaines en tire à nouveau les conséquences dans les termes suivants:

«En tant que *lex specialis*, le traité prime, dans les relations entre les deux pays, la *lex generalis*, c'est-à-dire le droit international coutumier [...] cependant [...] les règles de droit international coutumier peuvent être utiles en ce qu'elles peuvent combler les lacunes éventuelles de la loi établie par le Traité, éclaircir le sens des termes incorporés à celui-ci et qui ne sont pas définis ou, plus généralement, aider à interpréter ou à mettre en œuvre ses dispositions²⁴¹...».

183. Ces règles et ces principes comprennent au moins les normes qui régissent la qualité d'État, la juridiction des États, la représentation des États, la succession d'États, la création et le transfert de souveraineté, les privilèges et immunités des diplomates, le statut territorial (par exemple, la liberté de la haute mer), les règles de nationalité, la notion de «crime contre l'humanité», sans parler de l'ensemble des diverses règles que l'Article 103 de la Charte des Nations Unies rend non seulement applicables, mais aussi hiérarchiquement supérieures aux règles fixées par les régimes autonomes. Ayant examiné la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, un membre de la première et le Président de la seconde ont expliqué en détail le recours au droit international de la responsabilité, de l'immunité et de la juridiction des États et aux «principes généraux de droit

²³⁹ *Arabie saoudite c. Aramco*, ILR, vol. 27 (1963), p. 165.

²⁴⁰ Différend entre la Texaco Overseas Company/California Asiatic Oil Company et le Gouvernement de la République arabe libyenne, ILM, vol. 17 (1978), p. 13, par. 32. Pour un aperçu du développement et de l'état actuel du «droit international des investissements», voir par exemple Andreas Lowenfeld, *International Economic Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 387 à 493.

²⁴¹ *Amoco International Finance Corporation v. Iran*, Iran – Tribunal des réclamations irano-américaines, US CTR, vol. 15, 1987-II, p. 222, par. 112. Je suis reconnaissant à Carlos Lopez Hurtado de m'avoir signalé ce passage et fourni des références et d'autres arguments.

reconnus par les nations civilisées» (qui ne sont pas toujours distincts des principes généraux de *droit international*) que faisait leur organe respectif, créé par voie de traité. Ils ont conclu:

«les systèmes en cause font partie intégrante du droit international général et conventionnel. Cela signifie que l'idée du fractionnement du droit international [...] n'a guère de pertinence pour les systèmes internationaux de protection des droits de l'homme²⁴²».

184. Pour insister sur un point qui est peut-être évident, disons qu'il n'y a pas de «règle OMC» spéciale concernant la qualité d'État ni une conception «droits de l'homme» du passage en transit, pas plus qu'il n'y a une règle spéciale sur l'immunité des États à la Cour européenne des droits de l'homme, ni encore de conception propre à l'OMC des «ressources épuisables». De surcroît, les règles générales exercent leurs effets à moins qu'elles n'aient été explicitement écartées. Telle était l'opinion de la Chambre de la Cour internationale de Justice sur l'applicabilité des règles de l'épuisement des recours internes dans l'affaire *ELSI*. Elle a dit ne pas douter:

«... que les parties à un traité peuvent convenir, dans son texte, soit que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'appliquera pas aux demandes fondées sur de prétendues violations de ce traité, soit confirmer qu'elle s'appliquera. Mais la Chambre ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarter soit verbalement précisée²⁴³».

185. Il est de la nature du droit général de s'appliquer généralement, c'est-à-dire pour autant qu'il n'a pas été expressément exclu. On ne peut raisonnablement soutenir que certaines parties du droit – les «principes importants» comme dit la Cour – ne sont valables que lorsqu'elles ont été «incorporées» dans un régime. Il n'y a jamais eu d'acte d'«incorporation». Mais, considération plus pertinente, on voit mal comment les auteurs des régimes ont pu s'accorder pour *ne pas* incorporer ces principes généraux (c'est-à-dire les mettre nommément à l'écart). Le débat sur la faculté qu'auraient les nouveaux États de choisir dans le droit coutumier ce qu'ils souhaitent appliquer s'est achevé avec la décolonisation sans qu'il y ait vraiment eu de «rejet» de la coutume ancienne. Peu de partenaires se soucieraient d'instaurer des relations avec un

²⁴² Caflich et Cançado Trindade, «Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme...», *supra*, note 157, p. 60 et 61.

²⁴³ Affaire de l'*Elettronica Sicula (ELSI)* (Italie c. États-Unis), *C.I.J. Recueil 1989*, p. 31, par. 50.

régime spécial qui prétendrait rejeter en bloc tout le droit international. Dans de telles conditions, comment quiconque, comment les membres fondateurs du régime eux-mêmes, pourraient-ils prendre au sérieux les engagements que celui-ci comporte?

iii) Retour aux règles générales par suite de la défaillance d'un régime autonome

186. Le troisième cas, celui de la «défaillance» d'un régime autonome, est celui sur lequel la plupart des commentateurs s'accorderaient à penser qu'il déclenche la mise en œuvre du droit général. Ce qui est une «défaillance» est pourtant loin d'être clair. Pour mieux cerner la notion, il faut évidemment tenir compte de la nature du régime dont il s'agit²⁴⁴. La raison d'être de la plupart des régimes spéciaux est de renforcer la loi dans un certain domaine, d'assurer plus efficacement la protection de certains intérêts ou de créer une réglementation mieux adaptée au contexte (et en ce sens, plus «juste») que ne le fait le droit général. C'est précisément ce que cherchent à faire le mécanisme des rapports et des requêtes individuelles adressés aux organes conventionnels des droits de l'homme et le mécanisme de répression des infractions aux traités relatifs à l'environnement. On peut dire la même chose du dispositif de règlement des différends à la fois rapide et efficace de l'OMC.

187. Or, il arrive parfois qu'un régime spécial atténue en fait les obligations qui découlent de lui. Cela peut se produire par exemple quand un retard excessif s'accumule dans l'examen des requêtes individuelles, quand les rapports de pays donnent lieu à un débat non professionnel ou partisan ou quand il y a quelque autre défaillance, intentionnelle ou non, des institutions créées par le régime. Ou encore, le mécanisme de règlement des différends prévu par un régime fonctionne trop lentement, ou est trop inefficace, au point que le préjudice en cause se poursuit sans que s'ouvrent des perspectives raisonnables de règlement équitable. Arrivé à un certain

²⁴⁴ Voir, par exemple, Arangio-Ruiz, Quatrième rapport sur la responsabilité des États, *supra*, note 200, par. 115 et 116; Simma, «Self-Contained Regimes», *supra*, note 199, p. 111 à 131; Denis Alland, *Justice privée et ordre juridique international – Étude théorique des contre-mesures en droit international public* (Paris: Pedone, 1994), p. 278 à 291; Christian Sano Homsy, «Self-Contained Regimes: No Cop-out for North Korea», *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 24 (2000), p. 99 à 123; et divers essais dans Barnhoorn-Wellens, *Diversity in Secondary Rules...*, *supra*, note 12. L'idée qu'un régime spécial, comme l'ordre juridique de l'OMC, «se rabat» sur le droit international général alors que le degré d'exclusion volontaire de celui-ci reste une question d'interprétation est bien analysée dans Pauwelyn, *Conflict of Norms*, *supra*, note 21, p. 205 à 236.

point, ces régimes se seront avérés «inopérants», et c'est à ce point que les bénéficiaires des droits qui en découlent peuvent avoir la faculté de se tourner vers les institutions et les mécanismes du droit international général.

188. Il est impossible de fixer un critère général pour déterminer ce qu'est la «défaillance» d'un régime. Il peut y avoir défaillance de fond ou défaillance de procédure. La première se produit lorsque le régime manque totalement le but pour lequel il a été créé: par exemple, les membres d'un régime de libre-échange persistent dans leurs pratiques protectionnistes, ou encore la pollution d'un cours d'eau se poursuit sans restriction en dépit des engagements pris par les pays riverains, parties à un traité local de protection de l'environnement. Dans la mesure où la défaillance peut être présentée comme une «violation substantielle», comme il est dit à l'article 60 de la Convention de Vienne, les options offertes par cet article doivent normalement être offertes aux parties au régime dont il s'agit. On ne peut non plus exclure l'éventualité que les faits liés à la défaillance du régime soient invoqués comme «changement fondamental de circonstances», comme il est dit à l'article 62 de la Convention.

189. L'autre défaillance est une défaillance de procédure: les institutions du régime ne fonctionnent pas comme elles le devraient. Ainsi, elles peuvent avoir prévu une réparation, mais celle-ci ne se concrétise pas²⁴⁵. Si l'on en est à se demander jusqu'à quel moment les parties au régime spécial doivent suivre les procédures spéciales, les considérations qui deviennent pertinentes sont analogues à celles qui entourent l'obligation d'épuiser les recours internes dans le droit de la protection diplomatique. À cet égard, les principes les plus importants sont énoncés dans les projets d'articles 8 à 10 du texte sur la protection diplomatique que la Commission est en voie d'étudier. Selon l'article 10, les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque:

- «a) Les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace;
- b) L'administration du recours subit un retard abusif attribuable à [l'État présumé responsable]²⁴⁶».

²⁴⁵ C'est l'exemple que mentionne Arangio-Ruiz dans son Quatrième rapport, *supra*, note 200, p. 43, par. 115 a).

²⁴⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, art. 10 [14], p. 75.

190. Cela semble s'appliquer dans le cas où l'État qui subit le préjudice est lui-même partie au régime. Pour les États qui n'y sont pas parties, évidemment, c'est le droit général qui continue de prévaloir. Mais quelle est la situation quand le préjudice n'est pas subi par un État qui est officiellement partie au régime et que celui-ci reste incapable de réaliser l'objectif fixé? Par exemple, le mécanisme chargé de déterminer les cas de non-respect prévu à l'article 8 du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone ne peut rappeler à l'ordre aucune des parties qui viole de façon courante les obligations en matière de réduction des substances considérées qui découlent pour elles de l'article 2. Par exemple encore, un certain nombre d'États parties au Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966 n'ont toujours pas renoncé aux violations massives des droits de l'homme en dépit des opinions et des conclusions du Comité des droits de l'homme. Et à quel moment les autres parties peuvent-elles adopter des contre-mesures à l'égard de l'État qui viole les obligations dont il est tenu en vertu des articles 49 et 54 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite? Ces questions n'ont pas de réponse nette mais il semble aller de soi qu'à un moment ou à un autre on doit en revenir aux règles générales de la responsabilité de l'État, y compris les contre-mesures et les mécanismes généraux de règlement des différends (par exemple le recours à la Cour internationale de Justice en vertu d'une déclaration sur la compétence obligatoire de celle-ci faite par deux membres du régime spécial)²⁴⁷.

4. Conclusions sur les régimes autonomes

191. Les arguments qui justifient l'existence d'un régime spécial sont les mêmes que pour la *lex specialis*. Un tel régime en effet tient mieux compte des particularités du sujet sur lequel il porte; il règle la matière qu'il couvre de façon plus efficace que le droit général; il épouse de près les préférences de ses parties. Lorsqu'il serait inopportun ou malencontreux en cas de violation de concevoir une réaction calquée sur les dispositions du droit général (en particulier en matière de contre-mesures), un régime autonome comparable par exemple au système de la *persona non grata* en droit diplomatique peut offrir une meilleure solution pour faire pièce à la

²⁴⁷ Voir Simma, «Self-Contained Regimes», *supra*, note 199, p. 118 à 135, et Alland, *Justice privée et ordre juridique...*, *supra*, note 244, p. 290 et 291. On pourrait dire les mêmes choses de l'échec du régime spécial de l'Union européenne. Voir aussi Laurence Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations économiques internationales* (Genève: Pedone, 1992), p. 185.

violation. Cependant, comme la Commission l'a rappelé, il est tout aussi clair que si le droit général a le caractère de *jus cogens*, il est impossible d'y déroger. En fait, il semble que pour justifier une dérogation, les règles spéciales doivent avoir «au moins la même valeur juridique que celles qui sont énoncées dans les articles»²⁴⁸.

192. Mais aucun régime ne se suffit à lui-même. Même à l'égard d'un régime bien développé, le droit général exerce au moins deux fonctions. En premier lieu, il fournit le fonds normatif qui supplée aux aspects du fonctionnement du régime que celui-ci n'a pas expressément prévus. Par exemple, en cas de dissolution d'un État qui est partie à un différend soumis aux mécanismes de règlement de l'OMC, les règles générales de la succession des États déterminent le sort à réserver à toutes les réclamations concernant cet État, qu'il soit demandeur ou défendeur. Le présent rapport a présenté des illustrations des diverses façons dont cette opération a lieu. En deuxième lieu, les règles du droit général s'appliquent aussi si le régime spécial ne fonctionne pas convenablement. Il peut s'agir d'une défaillance de fond ou d'une défaillance de procédure, et certaines des possibilités offertes aux parties au régime sont indiquées dans la Convention de Vienne elle-même. Les règles relatives à la responsabilité de l'État peuvent également être pertinentes en pareil cas.

193. Troisièmement, l'expression «régime autonome» ne convient pas. Il n'existe pas de régime juridique qui serait totalement dissocié du droit international général. On peut même douter qu'une telle dissociation soit possible: un régime ne peut acquérir (ou se voir refuser) force obligatoire (être ou non validé) que par référence à des règles ou principes (valides et contraignants) qui lui sont extérieurs. Lors de débats antérieurs au sein de la Commission sur les «régimes autonomes», «régimes» et «sous-systèmes», on n'a jamais supposé que ceux-ci seraient totalement dissociés du droit général. Il convient de noter que l'article 42 de la Convention de Vienne sur le droit des traités contient une «disposition de Münchhausen» qui est directement pertinente ici car elle situe expressément tout régime juridique dans son cadre.

²⁴⁸ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, commentaire sur l'article 55, par. 2, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, p. 357.

«Article 42

Validité et maintien en vigueur des traités

1. La validité d'un traité ou du consentement d'un État à être lié par un traité ne peut être contestée qu'en application de la présente Convention.»

194. C'est là, pourrait-on dire, le «niveau minimal» auquel la Convention de Vienne régit tout ce qui se passe dans le monde de la création et de l'administration de régimes. À travers elle – et à travers le raisonnement exposé ci-dessus – tout régime spécial se trouve lié au droit international général de trois façons:

- 1) Les conditions de validité d'un régime spécial, y compris la validité de son établissement, sont déterminées par des principes de droit international général;
- 2) Du fait même de sa «spécialité», un régime spécial ne saurait prévoir toutes les conditions de son fonctionnement. Le droit international général doit donc intervenir, et ce non pas parce qu'il a été incorporé au régime spécial, mais du fait même de sa «généralité» – ou, en d'autres termes, du caractère systémique du droit international. Le droit international général influe sur le fonctionnement d'un régime spécial essentiellement de trois façons:
 - a) Le droit international général (c'est-à-dire les coutumes générales et les principes généraux du droit) comble les lacunes du régime spécial et offre des principes d'interprétation pour le fonctionnement de ce dernier;
 - b) La plupart des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités (et avant tout les articles 31 et 32) valent en tant que droit coutumier et sont applicables au sens visé sous a);
 - c) Le droit international général comporte des principes de hiérarchie qui contrôlent le fonctionnement du régime spécial avant tout en déterminant les normes impératives du droit international, mais aussi en donnant les moyens de déterminer, en cas de conflit, quel régime devrait l'emporter ou, du moins, quelles conséquences découlent de la violation des règles d'un régime commise de façon à respecter celles d'un autre (généralement la responsabilité de l'État);

3) Enfin, le droit international général prévoit les conséquences de la «défaillance» d'un régime spécial. Il n'est toutefois pas toujours possible de déterminer en se référant uniquement au régime spécial qu'il y a défaillance de ce dernier, ce qui peut précisément constituer un aspect de la défaillance – par exemple, lorsqu'un système spécial de règlement des différends cesse de fonctionner.

5. Régionalisme

a) Qu'entend-on par «régionalisme»?

195. Le «régionalisme» n'occupe pas une place prépondérante dans les ouvrages de droit international et les auteurs qui abordent la question parlent alors rarement de «règle» ou de «principe». Quant au fond, le régionalisme n'est assimilé à aucun domaine spécifique comparable par exemple aux «droits de l'homme» ou au «droit commercial». Lorsque la question du régionalisme se pose, c'est en général dans le cadre de celle de l'universalité du droit international, de son évolution dans le temps ou des influences diverses qui ont pesé sur tel ou tel chapitre de fond. Elle apparaît très peu souvent sous une forme ouvertement normative, comme une sorte de *lex specialis* régionale censée soit mettre en œuvre une modification d'une règle de caractère général, soit peut-être plus particulièrement déroger à une telle règle.

196. Le régionalisme est un thème récurrent des débats de politique étrangère. Les échanges de vues sur la meilleure façon de régler des questions de politique économique ou de sécurité collective portent la plupart du temps sur les avantages de cadres institutionnels plus étroits que les cadres universels. À l'époque où, à la fin de la Seconde Guerre mondiale, les grandes puissances s'apprêtaient à créer l'Organisation des Nations Unies, le choix entre régionalisme et universalisme a beaucoup pesé sur la planification du système de sécurité collective de l'après-guerre. Dans un premier temps, Churchill, pour ne parler que de lui, était partisan d'un ensemble de systèmes régionaux – «un Conseil de l'Europe et un Conseil de l'Afrique coiffés par l'organisation mondiale»²⁴⁹. Alors qu'émergeait des discussions un système unique placé sous la supervision du Conseil de sécurité, à San Francisco, certains craignaient d'ouvrir ainsi

²⁴⁹ W. G. Grewe, «The History of the United Nations», dans Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 1995), p. 7.

la porte à l'intervention de puissances extérieures dans la gestion de la sécurité régionale (en particulier en Amérique latine)²⁵⁰.

197. Il arrive parfois que des orientations particulières de méthode juridique – par exemple «l'approche anglo-américaine» – ou des politiques adoptées par des groupes d'États particuliers ou propres à eux – on peut penser aux «approches du tiers monde» – soulèvent aussi des questions de régionalisme. Les discussions autour des droits de l'homme et du relativisme culturel donnent de temps à autre un coup de projecteur sur ces tensions. L'accent est alors mis sur le point de savoir si certaines règles ou certains principes – dont la notion de droits de l'homme – devraient s'appliquer automatiquement de façon universelle. Quelle est la portée des variations régionales dans un système qui se veut universel?

198. L'utilisation plus ou moins fréquente du terme «régionalisme» dans le cadre de la rhétorique juridique et politique exige une analyse de l'impact effectif de cette notion pour la question de la fragmentation du droit international actuellement à l'étude à la Commission. À cet effet, on pourrait donner au moins trois sens différents à ce terme, qui renvoient expressément au droit international et devraient être pris en compte.

b) Le «régionalisme» en tant qu'ensemble d'approches et de méthodes pour examiner le droit international

199. Un premier emploi, le plus courant, de ce terme évoque des orientations particulières de la pensée et de la culture juridiques. Ainsi, il arrive que l'on parle parfois de tradition «anglo-américaine» ou de tradition «continentale» du droit international – encore que d'aucuns nient souvent la spécificité de ces traditions²⁵¹. Plus récemment, il est devenu courant de

²⁵⁰ Voir, par exemple, Ruth Russell et Jeannette E. Muther, *A History of the United Nations Charter. The Role of the United States 1940-1945* (Washington: Brookings, 1958), p. 688 à 712. Stephen C. Schlesinger, *Act of Creation. The Founding of the United Nations* (Boulder: Westview, 2003), p. 175 à 192.

²⁵¹ Voir tout spécialement Hersch Lauterpacht, «The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law», *BYBIL*, vol. 12 (1931), p. 31 à 62. Voir également par exemple Edwin D. Dickinson, «L'interprétation et l'application du droit international dans les pays anglo-américains», *Recueil des cours...*, vol. 129 (1970), p. 305 à 395.

prétendre qu'il existait des doctrines «soviétique» ou du «tiers monde» du droit international²⁵². Dans une certaine mesure, la notion de cultures juridiques différentes a été consacrée par exemple dans le Statut de la Commission du droit international elle-même, dont l'article 8 exige que «dans l'ensemble, la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde soit assurée». La composition de nombreux autres organes de droit international doit aussi obéir à cette logique que reflète la pratique électorale habituelle – encore que la plupart du temps informelle – aux Nations Unies, consistant à suivre le principe de «la répartition géographique équitable». L'Assemblée générale des Nations Unies a souligné à l'occasion l'importance de ce principe – ainsi en 2002 lorsqu'elle a encouragé «les États parties aux instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme à instituer des quotas de répartition par région géographique pour l'élection des membres des organes créés en vertu desdits instruments»²⁵³.

200. Il ne fait aucun doute qu'il y a toujours eu des approches, voire des «cultures», régionales et locales du droit international. Nombre d'ouvrages spécialisés étudient leur influence sur le droit international général. Ainsi, on reparle beaucoup aujourd'hui du rôle d'une «tradition européenne» du droit international²⁵⁴. Des études historiques s'intéressent aussi à la «tradition américaine du droit international»²⁵⁵ et débattent du rôle de l'Afrique ou de l'Asie dans le développement du droit international²⁵⁶. Depuis le XIX^e siècle, les auteurs ont souvent souligné la spécificité et l'influence de l'Amérique latine sur le droit international²⁵⁷.

²⁵² Antony Anghie et B. S. Chimni, «Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in International Conflicts» dans Steven R. Ratner et Anne-Marie Slaughter, *The Methods of International Law* (Washington: ASIL, 2004), p. 185 à 210. Sur les doctrines «soviétique» et «russe», voir K. Gryzbowski, *Soviet Public International Law: Doctrines and Diplomatic Practice* (Leyde: Sijthoff, 1970); Tarja Långström, *Transformation in Russia and International Law* (La Haye: Nijhoff, 2002).

²⁵³ Voir A/RES/56/146 (2002).

²⁵⁴ Voir plus spécialement la série de colloques sur la tradition européenne en droit international dans *E.J.I.L.* depuis 1990.

²⁵⁵ Voir par exemple Mark W. Janis, *The American Tradition of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

²⁵⁶ Voir T. O. Elias, *Africa and the Development of International Law* (Leyde: Sijthoff, 1972); R. P. Anand, «The Role of Asian States in the Development of International Law» dans

201. Il est certes possible de discerner les influences sociologiques, culturelles et politiques que des régions particulières ont eues sur le droit international, mais ces études ne concernent pas vraiment la fragmentation. Nul ne prétend sérieusement que certaines règles doivent être interprétées ou utilisées d'une manière particulière parce qu'elles sont d'inspiration «régionale». Au contraire, ces influences régionales semblent importantes précisément parce qu'elles ont perdu leur caractère initialement circonscrit à une région géographique donnée et en sont venues à contribuer au développement du droit international universel. Il s'agit toujours de sources historiques ou culturelles ou d'influences politiques plus ou moins continues qui sont la toile de fond du droit international.

202. Les publicistes sont fermement convaincus qu'en dépit de ces influences le droit lui-même doit être interprété de manière universelle. Comme Sir Robert Jennings le faisait observer en 1987:

«... le premier principe général et essentiel de droit international public réside dans sa qualité d'universel, c'est-à-dire qu'il est reconnu comme valable et applicable dans *tous* les pays, quelles que soient leurs histoire et traditions culturelles, économiques, sociopolitiques ou religieuses²⁵⁸».

203. Et pourtant, comme le note Jennings lui-même,

«... cela ne veut pas dire naturellement qu'il n'y a pas place pour des variations régionales, peut-être même pour les questions de principe... Universalité ne veut pas dire uniformité.

R.-J. Dupuy (ed.), *The Future of International Law in a Multicultural World* (La Haye: Nijhoff, 1983), p. 105. De nombreux articles parus depuis 1999 dans le *Journal of the History of International Law* étudient les influences et les évolutions régionales sous l'angle historique.

²⁵⁷ Voir l'affaire du *Droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, *C.I.J. Recueil 1950* (opinion dissidente de M. Alvarez), p. 293 et 294. Pour un aperçu des discussions qui ont eu lieu au XIX^e siècle, voir Hector Gros Espiel, «La doctrine du droit international en Amérique latine avant la première conférence panaméricaine», *Journal of the History of International Law*, vol. 3, (2001), p. 1 à 17. Voir également Liliana Obregón, *Completing Civilization: Nineteenth Century Criollo Interventions in International Law* (SJD Diss. Harvard, multigraphié, chez l'auteur). Le principal défenseur de cette idée au XX^e siècle était sans aucun doute Alejandro Alvarez. Voir également son «Latin America and International Law», *AJIL*, vol. 3 (1909), p. 269 à 353.

²⁵⁸ Robert Jennings, «Universal International Law in a Multicultural World», dans Maarten Bos et Ian Brownlie (dir. publ.), *Liber Amicorum for the Right Honourable Lord Wilberforce* (Oxford: Oxford University Press, 1987), publié également dans *Collected Essays of Sir Robert Jennings* (La Haye: Kluwer, 1998), p. 341.

En revanche l'universalité suppose qu'un tel droit international régional, tout différent qu'il est, fait partie du système dans son ensemble et non pas d'un système à part et, en fin de compte, tire sa validité du système dans son ensemble²⁵⁹».

204. Si le régionalisme lui-même n'a pas automatiquement d'incidences normatives, son intérêt croît d'autant plus qu'il se conjugue avec la différenciation fonctionnelle. C'est dire que, là où auparavant la dynamique à l'origine du droit international pouvait être d'ordre géographique, aujourd'hui, elle provient souvent d'intérêts particuliers diversifiés à l'échelle mondiale: intérêts commerciaux, groupes de pression en faveur de la mondialisation, groupes militant pour l'environnement ou les droits de l'homme, etc. La terminologie du tiers monde reflétait déjà ce changement. Bien que les États de ce groupe soient parfois identifiés en termes géographiques – on parle du «Sud» – ce terme est censé non pas renvoyer aux caractéristiques géographiques (climatiques par exemple) qu'ils partageraient, mais traduire plutôt une certaine homogénéité fondée sur une convergence d'intérêts, de valeurs ou d'objectifs politiques. La différenciation fonctionnelle – l'émergence de types nouveaux de droit qui cherchent à répondre à des types spéciaux de préoccupation («fonctionnelle») comme le «droit des droits de l'homme» ou le «droit de l'environnement», etc. – est certainement à l'origine (sociologique) du phénomène de fragmentation et de diversification du droit international. Mais la question est traitée ailleurs dans le présent rapport et n'a pas besoin d'être développée ici.

c) Le «régionalisme» en tant que technique d'élaboration du droit international

205. Le deuxième emploi du terme régionalisme est à mettre en rapport avec une instance privilégiée qui travaillerait à l'élaboration du droit international. On part souvent de l'idée que le droit international se développe ou devrait se développer dans un cadre régional en raison de l'homogénéité relative des intérêts ou des perspectives des acteurs, garante d'une application plus efficace ou plus équitable des normes pertinentes. La présence d'une communauté culturelle soudée garantit la légitimité des réglementations et permet qu'elles soient comprises et appliquées de manière cohérente. Telle est probablement la raison pour laquelle les régimes de droits de l'homme et les régimes de libre-échange ont toujours pris naissance dans un contexte régional – malgré les prétentions universalistes de la réflexion sur les droits de l'homme ou des marchés des matières premières.

²⁵⁹ Jennings, *ibid.*, p. 342.

206. C'est là un aspect de l'argument général en faveur de la contextualisation dont il a déjà été question dans la section consacrée à la *lex specialis* ci-dessus: la proximité du contexte reflète mieux les intérêts et le consentement des parties. Au plan de la politique juridique, il peut souvent s'avérer plus efficace d'adopter une approche régionale²⁶⁰. Les droits de l'homme comme l'intégration économique constituent des exemples de ce type de raisonnement. Plus largement, le régionalisme apparaît parfois dans le cadre de théories sociologiques du droit international, en particulier d'idées qui soulignent la tendance naturelle à passer de l'État à une unité plus vaste de gouvernement international.

207. Selon la théorie sociologique («objectiviste») du droit international de Georges Scelle, par exemple, le régionalisme apparaît comme un incident de ce qu'il appelle le «phénomène fédéral», processus qui part de l'État pris individuellement à de plus grandes unités normatives progressivement et par étapes successives suite à l'expansion de cercles de «solidarité». Cela peut découler, écrit-il, d'affinités naturelles entre États voisins (histoire, langue, religion communes, etc.), mais aussi de la nécessité de répartir les tâches (comme dans l'intégration économique régionale) ou d'une menace commune (à travers notamment le développement de systèmes de sécurité régionaux)²⁶¹. Plus récemment, les théories de l'interdépendance et les régimes internationaux dans les études sur les relations internationales tout comme la sociologie de la mondialisation insistent sur les avantages de la gouvernance à partir d'unités plus larges que les États, notamment d'unités régionales.

208. De telles études ont suscité des évaluations politiques variées. Hedley Bull par exemple met le doigt sur les atouts du régionalisme dans le tiers monde: il a les avantages de la fonctionnalité et de la solidarité pour les États faibles et peut parer au risque de domination d'une grande puissance que pourrait susciter la participation à des sphères de coopération mondiales ou, à d'autres égards, plus larges²⁶². D'autres théoriciens ont pris le contre-pied de cette vision

²⁶⁰ Pour un aperçu assez complet de la coopération régionale entre les États africains, américains, anciennement socialistes et d'Europe de l'Ouest, et un échange de vues sur les commissions régionales des Nations Unies et les banques de développement régional, voir Rudolf Bernhardt (éd.), *Encyclopaedia of International Law* (Amsterdam: Elsevier, 2000), vol. IV, p. 100 à 161.

²⁶¹ Scelle, *Cours de droit...*, *supra*, note 69, p. 253.

²⁶² Hedley Bull, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics* (Londres: Macmillan, 1977), p. 305 et 306. Pour l'examen des avantages et des inconvénients des

des choses en assimilant le régionalisme à un instrument d'hégémonie. D'après eux, le régionalisme impliquerait souvent la création de larges espaces ou de «blocs» hégémoniques – la doctrine Monroe en serait un exemple – par une grande puissance soucieuse d'assurer sa suprématie ou de redresser l'équilibre du pouvoir perturbé par les activités d'une autre puissance ailleurs dans le monde²⁶³.

209. De très nombreux ouvrages ont naturellement été écrits sur la nature, les avantages et les inconvénients du régionalisme en tant qu'instrument de politique de coopération et d'hégémonie²⁶⁴. Mais on peut se demander si de tels points de vue sociologiques et spéculations historiques – quels qu'en soient leurs mérites – ont beaucoup à apporter à l'examen de la fragmentation du droit international. Ils tendent aussi à voir la coopération régionale sous l'angle fonctionnel, comme un cas particulier du besoin plus général des États soit de collaborer pour réaliser des objectifs communs, soit de se trouver des partenaires de façon à imposer ou maintenir leur hégémonie ou à s'opposer à une hégémonie. En tant qu'incidente des théories sur la logique de la coopération et du choix rationnel, le régionalisme perd sa spécificité et devrait plutôt être traité dans le cadre de la diversification fonctionnelle de la société internationale en général et des régimes spéciaux en particulier, qui font l'objet de la section précédente du présent rapport.

«régimes» de sécurité régionale, situés à mi-chemin entre les systèmes de sécurité nationaux et les systèmes mondiaux, voir par exemple Barry Buzan, *People, States and Fear. An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era* (New York, Harvester, 1991), 2^e éd., p. 186 à 229. Pour une étude des forces de mondialisation et de régionalisation économique qui se renforcent réciproquement mais ne sont pas sans poser problème, voir par exemple Charles Oman, «Globalization, Regionalization and Inequality» dans Andrew Hurrell et Ngaire Woods (éd.), *Inequality, Globalization and World Politics* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 36 à 65.

²⁶³ Voir en particulier Carl Schmitt, *Der Nomos des Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (Berlin: Duncker et Humblot, 1950). Voir, dans le même ordre d'idées, Wilhelm Grewe, *The Epochs of International Law* (Berlin: De Gruyter, 2000), p. 458 et suiv.

²⁶⁴ Voir par exemple Richard Falk et Saul Mendlowitz (éd.), *Regional Politics and World Order* (San Francisco: Freeman, 1973); Winfried Lang, *Die Internationale Regionalismus* (Springer: Vienne, 1982) et les essais recueillis dans Joseph S. Nye, *International Regionalism, Readings* (Boston: Little et Brown, 1968).

210. Quoi qu'il en soit, un aspect mérite ici d'être mentionné, à savoir le régionalisme en matière de droit commercial. Malgré la forte attraction d'un régime commercial mondial au sein du système du GATT/OMC, la conclusion d'accords commerciaux régionaux n'a pas cessé, au contraire. Au cours des derniers stades des négociations d'Uruguay, en 1990-1994 par exemple, 33 accords de cette nature ont été notifiés au secrétariat du GATT, contre 43 pendant la période allant de janvier 2004 à février 2005, ce qui fait de cette période la plus prolifique de l'histoire de l'OMC²⁶⁵. Sur le plan technique, alors que de tels accords libèrent de toute évidence les échanges entre les parties, ils limitent aussi le commerce avec le monde extérieur. Ces accords trouvent leur justification dans l'article XXIV de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et malgré la controverse endémique autour de la portée de cette disposition, on a tendance, à juste titre, au sein du système de l'OMC, comme l'Organe d'appel l'a proposé, à l'interpréter de façon restrictive²⁶⁶. Néanmoins, vu les difficultés et controverses suscitées par la mise au point d'un système commercial universel, il semble pour l'instant que les accords commerciaux régionaux aient encore de beaux jours devant eux.

d) Le «régionalisme» ou la recherche d'exceptions régionales à des règles universelles de droit international

211. Le régionalisme pourrait avoir un sens plus fort s'il renvoyait à une règle ou un principe assortis d'un champ d'application régional ou à une *limitation* régionale du champ d'application d'une règle ou d'un principe universels. Au premier sens du terme (positif), la règle ou le principe ne lierait que les États reconnus comme appartenant à une région donnée²⁶⁷. Au deuxième sens du terme (négatif), le régionalisme permettrait aux États d'une région

²⁶⁵ Friedl Weiss, «Coalitions of the Willing: The Case for Multilateralism vs. Regional and Bi-lateral Arrangements in World Trade», dans C. Calliess, G. Nolte et P. T. Stoll, *Coalitions of the Willing. Avant-Garde or Threat* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006, à paraître). Voir également la section D.4 a) i) ci-dessous.

²⁶⁶ Voir *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, rapport du 31 mai 1999, WTO/DS34/R, par. 9.92.

²⁶⁷ Telle est l'interprétation donnée par Dietrich Schindler par exemple, «Regional International Law», dans Bernhardt, Rudolf Bernhardt (éd.), *Encyclopaedia of International Law* (Amsterdam: Elsevier, 2000), vol. IV, p. 161 à 165.

géographique donnée d'échapper à la force exécutoire d'une règle ou d'un principe à tous autres égards universels.

212. De telles propositions ne sont pas sans soulever de nombreux problèmes, dont celui de la définition de la «région» pertinente et particulièrement de l'imposition de cette définition à un État qui ne la partage pas n'est pas le moindre. Il importe en effet de distinguer clairement le régionalisme *normatif* du cas habituel du traité multilatéral conclu entre États d'une même région ou d'un ensemble de pratiques convergentes d'États, constitutives d'une coutume régionale. Dans ces deux derniers cas, la règle conventionnelle ou coutumière s'impose aux États parce qu'ils y ont consenti. Le fait que des États appartiennent à la même région n'est qu'un élément factuel de leur relation au même titre que leur composition ethnique ou leur système économique et n'a donc pas, pour sa force exécutoire ou son interprétation, de conséquences particulières²⁶⁸. Au lieu d'illustrer le pouvoir normatif que possèdent, en toute indépendance, ces liens régionaux, les exemples pertinents sont étudiés dans le cadre de la *lex specialis* ci-dessus²⁶⁹.

213. Un cas à part, bien plus difficile, est celui où une règle régionale (fondée soit sur la pratique conventionnelle soit sur la coutume) lierait un État alors même qu'il ne l'a pas expressément adoptée ou acceptée. Telle est la prétention dont la Cour internationale de Justice a eu à connaître (sans pourtant qu'elle se prononce de façon définitive) dans les affaires de l'*Asile* (1950) et *Haya de la Torre* (1951). La Colombie faisait notamment valoir en l'espèce qu'un droit «américain» ou «latino-américain» avait pris naissance en matière d'asile diplomatique²⁷⁰. Selon le juge Alvarez, cette prétention tenait à la «volonté» des États

²⁶⁸ Cela ne veut naturellement pas dire que cette appartenance n'aurait aucune conséquence. Dans l'affaire *Haya de la Torre*, par exemple, la Cour internationale de Justice a estimé être habilitée à interpréter l'article 2 de la Convention pertinente (de La Havane), «conformément à la tradition latino-américaine en matière d'asile», affaire *Haya de la Torre (Colombie c. Pérou)*, C.I.J. Recueil 1951, p. 81.

²⁶⁹ Tel est le cas de nombreuses organisations régionales. Leur caractère «régional» ne les distingue pas d'autres organisations multilatérales. Il s'ensuit par exemple que les États de la région pertinente n'en sont pas tous membres et que leur compétence ne s'étend pas, même dans ce cas, aux États non membres. Schindler, «Regional International Law», p. 161.

²⁷⁰ Voir plus particulièrement les «Observations du Gouvernement de Colombie sur l'existence du droit international américain». Réplique du Gouvernement colombien (20 IV 50), C.I.J., affaire de l'*Asile (Colombie c. Pérou)*, *Plaidoiries*, vol. I, p. 330 à 334.

d'Amérique latine «dès leur indépendance» d'«apporter [au droit international] les modifications nécessaires pour qu'il soit en harmonie avec les intérêts et les aspirations de leur continent²⁷¹».

Tant le but que la justification du régionalisme sont en l'espèce clairement définis: le but est de *s'écarter* du droit général, alors que la justification réside en partie dans le consentement («volonté»), en partie dans un argument sociologique touchant le bien-fondé régional.

La force normative de ce droit était aussi claire pour la Colombie qu'elle l'était pour Alvarez.

De l'avis de la Colombie, le droit régional s'appliquait même aux États de la région qui ne l'acceptaient pas²⁷². Alvarez a fait valoir lui aussi non seulement qu'il «oblige[ait] tous les États du Nouveau Monde» au même titre que les États des autres continents «pour les matières qui doivent recevoir application en Amérique²⁷³», mais aussi qu'il «oblige[ait] tous les États du Nouveau Monde», sans qu'il fût nécessaire qu'il ait été accepté par eux²⁷⁴.

214. La question du régionalisme s'est souvent posée à propos de règles dont l'origine ou le champ d'application seraient spécifiquement sud-américains, comme les fameuses doctrines Calvo, Drago et Tobar²⁷⁵. Quoiqu'il en soit, aucune de ces doctrines n'a jamais été généralement

²⁷¹ Affaire de l'*Asile (Colombie c. Pérou)*, *C.I.J. Recueil 1950* (opinion dissidente de M. Alvarez), p. 293. De même, M. Read a fait observer qu'il existait un «ensemble de règles conventionnelles et coutumières, complémentaires du droit international universel et régissant les relations interétatiques dans le monde panaméricain», affaire de l'*Asile (Colombie c. Pérou)*, *C.I.J. Recueil 1950* (opinion dissidente de M. Read), p. 316.

²⁷² «Mémoire du Gouvernement colombien», affaire *Haya de la Torre (Colombie c. Pérou)*, *Plaidoiries 1951*, p. 25 à 27.

²⁷³ «Le droit international universel est donc encadré aujourd'hui par les droits continentaux et régionaux; et tous ces droits prennent de nouvelles orientations conformes à celles indiquées dans le Préambule et le Chapitre premier de la Charte des Nations Unies; ces orientations reflètent entièrement l'esprit international américain», affaire de l'*Asile (Colombie c. Pérou)*, *C.I.J. Recueil 1950* (opinion dissidente de M. Alvarez), p. 294.

²⁷⁴ Affaire de l'*Asile (Colombie c. Pérou)*, *C.I.J. Recueil 1950* (opinion dissidente de M. Alvarez), p. 294.

²⁷⁵ Dans l'une de ses versions, la doctrine Calvo exclut la mise en jeu de la responsabilité internationale pour les contrats conclus avec des entrepreneurs privés étrangers par l'État partie. Selon une autre formule, il s'agit de la clause d'un contrat aux termes de laquelle un étranger accepte de ne pas avoir recours à son État de nationalité pour tout différend découlant du contrat. Cette clause était habituellement insérée (ou suggérée) dans les contrats d'investissement, mais on a aussi fait valoir qu'elle constituait une règle spécifique du droit régional sud-américain. Voir par exemple D. P. O'Connell, *International Law, supra*, note 77, vol. II, p. 1059 à 1066,

acceptée et leur importance est aujourd'hui douteuse. Dans l'affaire de l'*Asile*, la Cour elle-même ne s'est pas prononcée expressément sur l'idée qu'il pouvait exister des règles spécifiquement régionales de droit international au sens fort évoqué plus haut (c'est-à-dire de règles liant automatiquement les États d'une région et s'imposant aux autres dans leurs relations avec les premiers)²⁷⁶. Elle s'est contentée de déclarer que les affaires citées par la Colombie en faveur de l'existence d'une règle régionale de l'asile diplomatique avaient pu être suscitées par des considérations de commodité ou d'opportunité politique. Aucun élément de preuve n'a été produit qui aurait donné à entendre qu'une telle règle serait le fruit d'un sentiment d'obligation juridique²⁷⁷. Le point le plus important toutefois réside peut-être dans le fait que la Cour a traité la prétention colombienne comme concernant le droit coutumier et l'a rejetée parce que la Colombie n'était pas parvenue à produire les éléments de preuve voulus. En d'autres termes, il n'a pas été expressément question de «régionalisme» dans l'arrêt et encore moins de l'adhésion au sens fort du régionalisme évoqué plus haut.

215. En fait, l'idée que le régionalisme aurait un fondement normatif reposant sur autre chose que le comportement coutumier régional, assorti naturellement de l'*opinio juris* requise de la part des États intéressés, ne fait guère recette. Dans ce cas, les États extérieurs à la région ne seraient pas automatiquement liés par la coutume régionale pertinente à moins qu'il y ait des indications précises qu'ils l'aient acceptée soit expressément, soit tacitement (ou peut-être faute de s'y être opposés). Toute discussion sur le régionalisme sous l'angle spécifiquement normatif (à la

et Eduardo Jiménez de Aréchaga, «International Responsibility» dans Max Sorensen, *Manual of Public International Law* (Londres: Macmillan, 1968), p. 590 à 593. Pour sa pertinence (contestée) aujourd'hui, voir Christopher K. Dalrymple, «Politics and Foreign Investment: The Multilateral Investment Guarantee and the Calvo Clause», *Cornell International Law Journal*, vol. 29 (1996), p. 161, et Denise Manning-Cabrol, «The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors», *Law and Policy in International Business*, vol. 26 (1995), p. 1169. La doctrine Drago quant à elle cherchait à exempter les emprunts publics des règles générales de la responsabilité, O'Connell, *International Law*, *supra*, note 77, vol. II, p. 1003 et 1004. La doctrine Tobar pour sa part a à voir avec le prétendu devoir de non-reconnaissance des gouvernements qui ont pris le pouvoir par des moyens non constitutionnels. O'Connell, *supra*, note 77, vol. I, p. 137.

²⁷⁶ Encore qu'elle y ait fait allusion en évoquant «l'une des traditions les mieux établies dans l'Amérique latine, celle de la non-intervention», affaire de l'*Asile (Colombie c. Pérou)*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 285.

²⁷⁷ Affaire de l'*Asile (Colombie c. Pérou)*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 276 et 277.

différence de ses aspects historiques, sociologiques ou législatifs et techniques) deviendrait alors superflue. Il reste malgré tout à traiter deux points bien précis.

216. Le premier concerne l'opposition universalisme/régionalisme en droit des droits de l'homme. Bien que l'on s'engage ici dans un débat philosophique sur le relativisme culturel et, par conséquent, que l'on s'éloigne du projet de la CDI sur la fragmentation, on pourrait prendre note d'une façon de voir les choses qui consiste à concevoir la «problématique régionaliste» non pas en termes d'exceptions à des normes universelles mais, pour reprendre les paroles d'Andrew Hurrell, «essentiellement en termes de mise en œuvre²⁷⁸». Cela suppose qu'il faille voir dans la diversité régionale non pas des exceptions, mais la mise en œuvre et l'application diversifiées, en fonction du contexte, de normes partagées. Dans ces conditions, la question relèverait aussi de la problématique plus générale des relations entre droit général et droit spécial, qui n'est pas bien différente du problème général de l'applicabilité et des limites de la *lex specialis*.

217. L'autre cas concerne la question des relations entre universalisme et régionalisme au sein du système de sécurité collective de l'ONU ou, en d'autres termes, des relations entre les Chapitres VII et VIII de la Charte. Il s'agit ici de répondre notamment aux questions ouvertes de la définition de ce qui peut passer pour des «organismes» ou des «accords» régionaux, ainsi que du moment où des affaires se prêteraient à une action de caractère régional selon le paragraphe 1 de l'Article 52. La question la plus importante semble toucher toutefois à la compétence respective des accords ou organismes régionaux et du Conseil de sécurité à entreprendre une action coercitive²⁷⁹. En vertu du paragraphe 2 de l'Article 52, les membres d'accords ou organismes régionaux doivent faire tous leurs efforts pour régler d'une manière pacifique les différends d'ordre local avant de les soumettre au Conseil de sécurité. Quels que soient les désaccords en l'espèce au sujet de l'ordre hiérarchique, il semble évident que l'action entreprise par un organisme ou un accord régional ne saurait être considérée comme une «exception» à la compétence du Conseil de sécurité, lequel peut à tout moment se saisir d'une question s'il le juge

²⁷⁸ Andrew Hurrell, «Power, Principles and Prudence: Protecting Human Rights in a Deeply Divided World» dans Tim Dunne et Nicholas J. Wheeler (éd.), *Human Rights in Global Politics* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), p. 294 à 297.

²⁷⁹ Pour un tour d'horizon utile, voir Hummer et Schweitzer, «Article 52», dans Bruno Simma (éd.), *The Charter of the United Nations. A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 1995), p. 683 à 722.

bon parce que, par exemple, l'action régionale n'a pas été ou risque de ne pas être appropriée ou effective. À cet égard, le Chapitre VIII devrait être considéré comme un ensemble de dispositions fonctionnelles qui permet de traiter de questions particulières au niveau le plus approprié, compte dûment tenu des problèmes de «subsidiarité²⁸⁰».

e) Intégration européenne

218. Enfin, il y a lieu de mentionner brièvement l'Union européenne. Comme chacun sait, l'UE a pris naissance en tant qu'union douanière avec la conclusion en 1957 du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne. Depuis lors, les traités fondateurs ont été modifiés à plusieurs reprises de sorte que l'instrument actuellement en vigueur – le Traité sur l'Union européenne (signé à Maastricht en 1992 et modifié à Amsterdam en 1997 et à Nice en 2001) – va bien au-delà d'un accord économique. Les activités de l'Union prendraient appui sur trois «piliers», des règles marquées par la supranationalité, régissant les activités «communautaires», d'une part, d'autres règles de caractère davantage «intergouvernemental», visant la politique étrangère et de sécurité commune et la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, d'autre part. L'intégration européenne a profondément transformé la nature des relations juridiques entre les membres de l'UE. Comme la Cour européenne de justice l'a fait observer dans un arrêt qui a fait date, les traités fondateurs sont plus que des accords internationaux – ils sont en quelque sorte la «charte constitutionnelle» de l'UE²⁸¹. Ils ont instauré entre les États Membres un ordre juridique d'un type nouveau et sont ainsi interprétés et appliqués d'une façon qui ne correspond pas nécessairement au mode d'interprétation et d'application des accords «ordinaires».

219. Il n'y a aucune raison de s'arrêter sur la spécificité des relations juridiques entre les membres de l'UE. Un phénomène qui contribue à la fragmentation tient à ce que l'Union, en tant qu'acteur international, occupe un certain nombre de rôles sur la scène internationale. Premièrement, la Communauté européenne, agissant au titre du «premier pilier» des compétences de l'UE, est sujet de droit international et, à des fins pratiques, peut être traitée

²⁸⁰ Ibid., p. 709 et 710.

²⁸¹ Affaire 294/83, *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlement européen*, arrêt du 23 avril 1986, Recueil de jurisprudence (1986) 01339, p. 8, par. 23.

à l'égard du monde extérieur comme une organisation intergouvernementale, avec les nuances que sa spécificité entraîne à cet égard²⁸². En même temps, surtout lorsqu'elle traite de questions de politique étrangère ou de coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, la CE agit au côté de ses États Membres. La distinction entre affaires relevant exclusivement de la compétence de la CE et celles relevant de la compétence partagée de l'UE et des États Membres est un aspect complexe du droit communautaire souvent très difficile à saisir. Tel est particulièrement le cas des «accords mixtes» auxquels tant la Communauté que les États Membres sont parties mais dans lesquels leurs compétences respectives contribuent au développement du droit communautaire (interne)²⁸³. L'UE a naturellement souligné que ces accords ne sauraient avoir le moindre effet sur les droits d'États tiers – et effectivement, aucun effet ne peut découler de développements juridiques qui, du point de vue de ceux-ci, sont strictement des *inter alios acta*. Néanmoins, la question du partage des compétences demeure préoccupante du point de vue de la cohérence des droits et obligations conventionnels, et notamment de la responsabilité encourue pour tout manquement éventuel. Un aspect particulier de l'action communautaire, les clauses dites de «déconnexion», en rapport direct avec la Convention de Vienne, sera étudié à part dans la section D ci-dessous.

6. Conclusion sur les conflits entre droit spécial et droit général

220. Les systèmes juridiques se composent tous de règles et de principes plus ou moins généraux ou spéciaux s'agissant de la matière visée et de leur domaine d'application. Parfois, ils pointent dans une direction différente et le raisonnement juridique a alors pour tâche d'établir entre eux des relations permettant de déterminer s'ils peuvent être appliqués de manière solidaire ou si une règle ou un principe doit avoir formellement priorité sur tel ou tel autre. On parlera à ce sujet, dans la section F ci-dessous, d'«intégration systémique».

²⁸² Voir Jan Klabbbers, «Presumptive Personality: The European Union in International Law» dans Martti Koskenniemi, *International Law Aspects of the European Union* (La Haye: Nijhoff, 1997), p. 231 à 254.

²⁸³ Pour une analyse utile, voir Joni Heliskoski, *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and Its Member States* (La Haye: Brill, 2001).

221. De nombreux systèmes de règles contiennent, outre des règles primaires spéciales, des règles secondaires spéciales touchant à la responsabilité ou au règlement des différends. Bien que ces institutions soient parfois qualifiées d'«autonomes», elles ne sont jamais «cliniquement isolées» du reste du droit. En fait, comme nous l'avons vu, leur validité et leurs limites découlent de règles et de principes juridiques ni établis ni incorporés en eux par un acte précis, règles et principes qui ne cessent de les compléter. Le phénomène sociologique du «régionalisme» n'a pas entraîné non plus l'apparition de systèmes juridiques isolés au plan régional. Le statut que les régimes de règles spécialisées ou régionales occupent dans les faits et dans l'histoire ne peut être déterminé qu'au cas par cas, là encore compte tenu du caractère «systémique» du droit dont ils font partie.

222. La présente section a mis en lumière le rôle pragmatique du caractère «spécial» ou «général» des règles normatives dans le processus de raisonnement juridique. On y a souligné ce que ces qualificatifs avaient de *relationnel* et comment ils intervenaient toujours en fonction d'un contexte déterminé. *Revendiquer un «caractère spécial» n'est possible qu'en termes «généraux»*. À cet égard, la fragmentation du droit international quant au fond – objet de la présente étude – ne pose pas vraiment de grave danger à la pratique juridique. Il est aussi normal, dans le cadre du raisonnement juridique, de relier des règles et des systèmes de règles entre eux, que de les séparer et d'établir entre eux des rapports de priorité et de hiérarchie. L'apparition de nouvelles «branches» du droit, de types novateurs de traités ou de grappes de traités est une caractéristique de la complexité sociale du village planétaire. Le fait que les juristes ne se sentent pas à même de traiter de cette complexité tient non pas à ce que leur boîte à outils laisserait à désirer mais à leur manque d'imagination pour s'en servir.

D. CONFLITS ENTRE NORMES SUCCESSIVES

223. Une autre relation transcende souvent les relations entre droit spécial et droit général, à savoir celle entre droit antérieur et droit postérieur et il peut être difficile de dire si elle modifie le fonctionnement du principe de la *lex specialis* sous l'un quelconque de ses nombreux aspects. De façon générale, il arrive souvent que, lorsqu'un État adopte une loi générale, celle-ci est censée mettre de côté la loi antérieure même si elle était en un certain sens plus «spéciale». Là encore, il ne semble pas conseillé de poser une règle générale sur la façon de gérer ces deux types de relations.

224. L'exemple type est celui de l'adoption d'un traité dans un domaine qui relevait précédemment du droit coutumier: «on doit admettre qu'en pratique il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international [général] dans des cas particuliers ou entre certaines parties²⁸⁴». Cependant, comme il est expliqué dans la section C ci-dessus, la dérogation n'entraîne pas automatiquement l'extinction pure et simple de la loi coutumière antérieure²⁸⁵. Celle-ci reste normalement applicable par les États qui ne sont pas devenus parties au traité (de codification) et peut à l'occasion s'appliquer également entre les parties au traité si, pour une raison ou une autre, le traité demeure inapplicable ou ne couvre qu'en partie le sujet en question²⁸⁶. Le fait que des accords mettent souvent de côté le droit coutumier antérieur ne se traduit pas non plus en une présomption automatique en faveur du droit postérieur. En fait, on aurait tort de supposer que coutume et traité s'opposent. D'une part, les traités peuvent faire partie du processus de création du droit coutumier²⁸⁷. De l'autre, il ne fait aucun doute que le comportement coutumier influe sur l'interprétation et l'application des traités et peut, dans certains cas, modifier le droit conventionnel²⁸⁸. Faute d'une hiérarchie générale des sources du

²⁸⁴ Affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark, République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)* C.I.J. Recueil 1969, p. 42, par. 72. Voir également affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)* (Fond) C.I.J. Recueil 1982, p. 38, par. 24.

²⁸⁵ Voir tout spécialement Hugh Thirlway, *International Customary Law and Codification* (Leiden: Sijhoff, 1972), p. 95 à 108. Voir aussi Karl Zemanek, «The Legal Foundations of the International Legal System ...» *supra*, note 31, p. 220 et 221.

²⁸⁶ Aux termes de la Cour internationale de Justice, «les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel alors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique», Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, p. 96, par. 179. Cette situation est également envisagée par l'article 43 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui prévoit que la dénonciation d'un traité n'a aucun effet sur l'obligation qui lie l'État «indépendamment du traité». Mais là encore, il est risqué de généraliser. En effet, on ne peut exclure a priori le cas de parties à une convention qui auraient l'intention d'abroger expressément la coutume antérieure dans leurs relations mutuelles. Convention sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

²⁸⁷ Affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, C.I.J. Recueil 1969, p. 41, par. 71.

²⁸⁸ C'est ce que sous-entend au minimum le paragraphe 3 b) de l'article 31 qui oblige l'interprète à tenir compte de la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application du traité.

droit international, comme on l'a vu plus haut, il faudra continuer à juger au cas par cas du rapport entre un traité donné et une norme coutumière donnée²⁸⁹.

225. Néanmoins, au côté de la maxime de la *lex specialis*, le principe selon lequel «la loi postérieure prime la loi antérieure» ou *lex posterior derogat lege priori* a souvent été cité comme principe d'interprétation ou de règlement des conflits en droit international²⁹⁰. Ce principe, ancré en droit romain, est reconnu par divers auteurs classiques (tels Grotius et Vattel)²⁹¹. Il a parfois été considéré comme l'un des «principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées» en vertu du paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice²⁹², parfois comme un principe d'interprétation du droit coutumier²⁹³. Il est arrivé qu'on y voie une

Le cas du droit intertemporel (voir chap. 6 ci-dessous) dans lequel la coutume suivie ultérieurement affecte l'interprétation des termes du traité ouverts ou «mobiles» en est un autre exemple. Voir Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), p. 172 à 180; M. E. Villiger, *Customary International Law ... supra*, note 76, p. 295 à 297.

²⁸⁹ Cela signifie entre autres choses que même si les traités et la coutume sont souvent liés de par leur caractère «spécial» ou «général», cela peut ne pas être toujours le cas. Une coutume particulière (ou bilatérale) peut naturellement être à cet égard plus particulière qu'un traité multilatéral. Michael Akehurst, «The Hierarchy of Sources of International Law», BYBIL, vol. 47 (1974-1975), p. 275.

²⁹⁰ Quincy Wright, «Conflict between International Law and Treaties», *AJIL* vol. 11 (1917), n° 3, p. 579; Charles Rousseau, «De la compatibilité des normes ...» *supra*, note 36 (1932) p. 150; C. Wilfred Jenks, «The Conflict of Law-Making Treaties», *supra*, note 8, p. 445 à 446; Akehurst, «The Hierarchy of Sources ...» *ibid.*, p. 273; W. Czaplinski et G. Danilenko, «Conflict of Norms in International Law», *supra*, note 73, p. 19 à 22; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties ...* note 62, p. 98; Wolfram Karl, «Treaties, Conflicts between», *supra*, note 127, vol. IV, p. 937 et 938; Anthony Aust, *Modern Treaty Law ... supra*, note 73, p. 201; Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms ...*, *supra*, note 21, p. 335 à 363; Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, *supra*, note 73, p. 270; Rüdiger Wolfrum et Nele Matz, *Conflicts in International Environmental law*, *supra*, note 22, p. 152 à 158.

²⁹¹ Digeste de Papinien 50, 17, 80; Digeste de Paul 32, 66, 5 et Digeste 1, 4, 1, Digeste de Justinien vol. IV, textes latins édités par T. Mommsen et P. Kruger (Philadelphie: University of Pennsylvania Press, 1985); Hugo Grotius, *De Jure belli ac pacis...* *supra*, note 63, Livre II, chap. XVI, sect. XXIX, p. 428; Emmerich de Vattel, *Le droit des Gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains* (New York: AMS Press, 1982) Livre II, chap. XVII, p. 272, par. 315.

²⁹² Voir par exemple Hans Aufricht, «Supersession of Treaties ...» *supra*, note 116, p. 655.

²⁹³ Malgosia Fitzmaurice et Olufemi Elias, *Contemporary Issues ... supra*, note 73, p. 322.

technique propre à séduire le juriste dans sa quête d'analogies avec le droit interne en matière de procédure juridique²⁹⁴. Pourtant, comme dans le cas de la *lex specialis*, l'idée qu'il pourrait s'appliquer de façon automatique a suscité bien des mises en garde. Schwarzenberger parle de «maxime» non normative qui donne un résultat obtenu par l'interprétation normale de deux traités et indiquant, en particulier, que le traité postérieur (ou antérieur) a la préséance parce que telle était l'intention des parties²⁹⁵.

226. Comme dans le cas de la *lex specialis*, il est facile d'accepter l'argument pragmatique de la *lex posterior*, quel que soit son statut formel. Préférer aujourd'hui à hier reflète plus concrètement les circonstances présentes et la volonté présente des intéressés. Naturellement cet argument ne saurait revendiquer la priorité absolue. Sans entrer dans des considérations de *jus cogens*, il peut souvent paraître inacceptable de laisser des engagements postérieurs prendre le pas sur des engagements antérieurs – surtout s'ils mettent en jeu des parties différentes ou s'adressent à des bénéficiaires différents²⁹⁶. Là comme ailleurs, la tendance au pragmatisme, les décisions *ad hoc* et l'harmonisation s'imposent²⁹⁷.

227. Peut-être est-ce la raison pour laquelle le traitement théorique ou doctrinal des traités successifs tend à y voir un «aspect particulièrement obscur du droit des traités²⁹⁸». Le manque de pratique judiciaire ou arbitrale, la tendance à régler les conflits de traités par la voie de

²⁹⁴ Suzanne Bastid recourt expressément à cette analogie avec le droit interne, *Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets* (Paris Economica, 1985), p. 161. De même, Czaplinski et Danilenko, «Conflict of Norms in International Law», *supra*, note 73, p. 21.

²⁹⁵ Georg Schwarzenberger, *International Law*, *supra*, note 79, p. 473.

²⁹⁶ La validité pragmatique simultanée des deux maximes *lex posterior* et *lex prior* tient peut-être à ce que l'une et l'autre découlent d'analogies différentes avec le droit interne. Alors que, dans le cas de la *lex posterior*, il y a analogie avec la législation interne (les lois postérieures ayant normalement la primauté sur les lois antérieures), dans celui de la *lex prior*, il y a analogie avec les contrats de droit interne (comme Lauterpacht l'a suggéré expressément). Voir également Christopher J. Borgen, «Resolving Treaty Conflicts», *supra*, note 10, p. 620 à 639.

²⁹⁷ Charles Rousseau, «De la compatibilité des normes», *supra*, note 36, p. 153.

²⁹⁸ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, *supra*, note 62, p. 93.

négociations diplomatiques ne diminuent en rien les problèmes²⁹⁹. Les obscurités touchent à la fois à l'intérêt normatif du principe – quel est son pouvoir? – et à ses conséquences – que se passe-t-il quand cette règle se propose de prévaloir sur une autre? Parfois elle peut purement et simplement céder la place à sa rivale – la *lex prior*. Comme on le verra ci-dessous, l'adoption de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités n'a pas dissipé ces incertitudes. Il importe d'essayer de clarifier la question car les conflits entre traités antérieurs et postérieurs prennent de l'importance avec l'expansion constante du droit des traités multilatéraux de caractère souvent quasi-législatif, dans le domaine de l'environnement par exemple³⁰⁰.

1. Droit général des conflits entre traités antérieurs et postérieurs

228. La question des conflits entre traités antérieurs et postérieurs relève désormais des articles 30 et 41 de la Convention de Vienne. Mais, comme on le verra plus loin, la Convention laisse de nombreuses questions en suspens et ne fait souvent que renvoyer au droit général. Quoi qu'il en soit, les règles consacrées dans la Convention codifient largement les conceptions du droit général qui existaient avant l'adoption de la Convention et qui demeurent la raison d'être de ces dispositions conventionnelles et illustrent l'esprit dans lequel elles s'appliquent. Aussi n'est-il pas inutile de traiter à part du droit général des conflits entre traités antérieurs et postérieurs. Il faudrait ici distinguer deux cas types, celui dans lequel les parties aux deux traités sont identiques et celui dans lequel elles ne le sont pas.

a) Conflit entre traités auxquels les parties sont identiques

229. Lorsque deux États ont conclu deux traités sur la même matière, mais n'ont rien dit de leurs relations mutuelles, on s'efforce habituellement dans un premier temps de les considérer

²⁹⁹ Guyora Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction ...*, *supra*, note 143, p. 17; Borgen, «Resolving Treaty Conflicts», *supra*, note 10, p. 591 à 600, 609 à 620.

³⁰⁰ Voir tout spécialement Wolfrum et Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, *supra*, note 22, p. 1 à 13; Nele Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge ...* *supra*, note 22, p. 53 à 73; Fitzmaurice et Elias, *Contemporary Issues ...* *supra*, note 73, p. 321 à 348.

comme compatibles (principe d'harmonisation)³⁰¹. Pour ce faire, il peut suffire de rechercher l'intention des parties, à partir des différentes lectures possibles du texte du traité³⁰².

230. Dans l'hypothèse où aucune intention d'harmonisation ne se dégage des textes, on peut recourir à la maxime de la *lex posterior* comme présomption de l'intention de déroger à l'accord antérieur³⁰³. C'est ce qui peut se passer par exemple lorsque les traités traitent de sujets tout à fait différents et ont été négociés par des responsables d'administrations différentes³⁰⁴.

Naturellement, la présomption est réfutable de sorte que s'il ressort clairement de l'interprétation que les parties ne souhaitent pas déroger à l'accord antérieur, cette intention devrait alors primer la maxime. Lorsque la Commission s'est occupée de cette question, par exemple, elle était manifestement d'avis qu'en l'absence de clause de conflit, l'interprétation de la volonté des parties devait permettre de trancher la question de la priorité: voulaient-elles que le dernier traité en date complète le précédent ou y déroge³⁰⁵?

231. Les mêmes considérations valent pour la relation entre des traités multilatéraux auxquels les parties sont identiques: l'interprétation doit tendre à l'harmonisation, à moins qu'il semble que les parties aient voulu remplacer le traité antérieur par le traité postérieur. L'article 59 de la Convention de Vienne prévoit expressément que:

«Un traité est considéré comme ayant pris fin lorsque toutes les parties à ce traité concluent ultérieurement un traité portant sur la même matière et:

³⁰¹ Czaplinski et Danilenko, «Conflict of Norms in International Law», *supra*, note 73, p. 13; Schwarzenberger, *International Law*, *supra*, note 79, p. 474; Aust, *Modern Treaty Law*, *supra*, note 73, p. 174; Pauwelyn, *Conflict of Norms ...*, *supra*, note 21, p. 240 à 244. Voir également Jenks, «The Conflict of Law-Making Treaties», *supra*, note 8, p. 427 à 729.

³⁰² Voir également Borgen, «Resolving Treaty Conflicts», *supra*, note 10, p. 583.

³⁰³ Rousseau, «De la compatibilité des normes ...», *supra*, note 36, p. 188 à 190; Aufricht, «Supersession of Treaties ...», *supra*, note 116, p. 657; Mus, «Conflicts between Treaties ...», *supra*, note 21, p. 220; Aust, *Modern Treaty Law ...*, *supra*, note 73, p. 174.

³⁰⁴ Borgen, «Resolving Treaty Conflicts», *supra*, note 10, p. 583.

³⁰⁵ Voir l'analyse de Mus, *ibid.*, p. 217 et 218; Fitzmaurice et Elias, *Contemporary Issues ...*, *supra*, note 73, p. 321 et 322.

a) S'il ressort du traité postérieur ou s'il est par ailleurs établi que selon l'intention des parties la matière doit être régie par ce traité; ou

b) Si les dispositions du traité postérieur sont incompatibles avec celles du traité antérieur à tel point qu'il est impossible d'appliquer les deux traités en même temps.».

232. Cependant, bien que le cas de deux traités auxquels les parties sont identiques paraisse simple, des complications peuvent malgré tout surgir. Ainsi, il se pose la question de savoir lequel des deux accords est le plus ancien. De nombreux auteurs, dont l'expert consultant à la Conférence de Vienne, Humphrey Waldock, font valoir que la date critique pour déterminer l'antériorité ou la postériorité d'un traité est celle de son adoption et non, par exemple, celle de sa ratification ou de son entrée en vigueur, sauf indication contraire du contexte³⁰⁶. Une minorité d'auteurs plaident en faveur de la date de l'entrée en vigueur ou proposent de déduire cette information de l'intention des parties³⁰⁷. Une autre complication vient de ce que la question peut être réglée différemment selon l'État considéré. Par exemple, un État A pourrait avoir conclu un traité X avant un traité Y, alors qu'un État B aurait pu devenir partie au traité Y uniquement après avoir ratifié le traité X³⁰⁸.

233. Il se pose aussi la question des relations entre la *lex posterior* et la *lex specialis*. Jenks a fait observer que ni l'un ni l'autre de ces principes ne saurait être «considéré comme ayant une validité absolue. Un certain nombre de principes doivent être pesés et accordés à la lumière des circonstances de chaque cas³⁰⁹». Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), la Cour permanente de Justice internationale a appliqué à la fois la *lex specialis* et la *lex posterior* sans établir de hiérarchie entre elles. S'agissant du rapport entre le traité

³⁰⁶ Mus, *ibid.*, p. 220 à 222; Aust, *Modern Treaty Law ... supra*, note 73, p. 183; Seyed Ali Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts ... supra*, note 21, p. 75 à 78, et pour les cas particuliers, voir également p. 78 à 82.

³⁰⁷ Pour le premier, voir Max Sorensen, «Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1973, Bâle, vol. 55. Pour la dernière proposition, voir Czaplinski et Danilenko, «Conflict of Norms in International Law», *supra*, note 73, p. 19.

³⁰⁸ E.W. Vierdag, «The Time of the "Conclusion" of a Multilateral Treaty ...», *supra*, note 20, p. 102; Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts ... supra*, note 21, p. 75 à 82.

³⁰⁹ Jenks, «The Conflict of Law-Making Treaties», *supra*, note 8, p. 407; Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, *supra*, note 62, p. 96.

instaurant le mandat sur la Palestine en 1922 et le Protocole XII du Traité de paix de Lausanne de 1923, la Cour s'est contentée de déclarer que «dans le doute, c'est le Protocole en tant qu'accord spécial et postérieur qui devrait l'emporter³¹⁰». Il s'agit en fait de savoir lequel de l'aspect «spécial» ou «temporel» semble le plus important à cet égard. Il peut parfois ne pas être du tout nécessaire de prendre position et il est arrivé que la justice ne prête aucune attention à ces principes³¹¹.

b) Conflit entre traités auxquels les parties ne sont pas identiques

234. Il s'agit là de l'aspect vraiment problématique de la question, notamment parce que des points très importants – rupture d'alliances politiques ou militaires, conclusion de traités de paix séparés, etc. – sont souvent en jeu³¹². En 1932, Rousseau par exemple ouvre sa réflexion sur le conflit de traités en notant qu'à l'époque il n'y a pas de question juridique plus urgente à régler que celle-ci. Il pensait aux relations entre le Pacte de la Société des Nations et le Pacte de Paris de 1928, aux accords de neutralité conclus par des membres de la SDN ainsi qu'à la décision que la Cour permanente de Justice internationale venait alors de prendre dans l'affaire controversée de l'*Union douanière austro-allemande*: à une courte majorité, la Cour avait conclu que l'union projetée était incompatible avec les obligations contractées par l'Autriche au titre du Protocole de Saint-Germain de 1922³¹³. Le cas d'école débattu par les juristes classiques (Gentili, Grotius, Vattel) était celui d'une guerre entre deux parties à une alliance tripartite – lequel des deux

³¹⁰ Affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, C.P.J.I. Recueil série A, n° 2 (1924), p. 31.

³¹¹ Voir par exemple l'examen de l'affaire de la réclamation Gorham (1930) dont la Commission des réclamations générales États-Unis-Mexique a eu à connaître dans Schwarzenberger, *International Law, supra*, note 79, p. 479 et 480.

³¹² Telle est la perspective reprise par Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction ...*, *supra*, note 143.

³¹³ Rousseau, «De la compatibilité des normes ...», *supra*, norme 36, p. 133 et 134 et 178 à 187. Voir également l'affaire consultative du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, C.P.J.I. Recueil série A/B, n° 41 (1931), p. 35.

belligérants le troisième devrait-il secourir? Au cours de la guerre froide, des membres des deux blocs se sont accusés parfois de telles violations³¹⁴.

235. Plus récemment, la question des relations entre traités antérieurs et postérieurs s'est posée dans le contexte de ce que Sir Humphrey Waldock a appelé des «séries de traités multilatéraux portant sur le même objet³¹⁵». L'activité législative de grande envergure des organisations mondiales et régionales a donné naissance à des grappes de dispositions conventionnelles sur des sujets particuliers, prévoyant des relations complexes entre traités particuliers au sein de ces grappes (ou «régimes») et au-delà. On peut difficilement parler de ces relations en termes de règles claires et nettes. C'est pourquoi «le droit international moderne ... n'envisage pas le problème du point de vue de la validité des traités³¹⁶». Au contraire, comme nous le verrons, la question a été abordée du point de vue de la «priorité» relative des traités, assortie de la mise en jeu de la responsabilité pour toute obligation violée.

i) *Lex prior*

236. Cependant, l'idée a parfois été émise que, sans même parler de la question du *jus cogens*, soit le traité antérieur, soit le traité postérieur pourrait jouir d'une sorte de supériorité générale. La supériorité du traité *antérieur* a souvent été avancée par les premiers tenants du droit naturel. Si un traité était considéré comme ayant aliéné le pouvoir de l'État de régler une affaire, le traité non conforme devenait automatiquement nul et non avenue faute de pertinence. En matière d'alliances militaires, Grotius, Pufendorf et Vattel préféraient tous donner la préférence à l'allié le plus ancien, ce qui semble aller de soi dans un système dans lequel une obligation n'est pas «simplement» une question de volonté réciproque, mais se trouve sanctionnée par un système juridique objectif qui a la préséance³¹⁷.

³¹⁴ Voir en particulier Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction ... supra*, note 143, p. 24 et 25, 40 à 42. Voir également les exemples donnés par Bastid, *Les traités dans la vie internationale ... supra*, note 294, p. 162 et 164.

³¹⁵ Sir Humphrey Waldock, Troisième rapport, *Annuaire... 1964*, vol. II, p. 43, par. 32.

³¹⁶ Czaplinski et Danilenko, «Conflict of Norms in International Law», *supra*, note 73, p. 20.

³¹⁷ Voir Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction ... supra*, note 143, p. 40 à 42.

237. Plus récemment, dans l'affaire des *Réserves* (1951), la Cour internationale de Justice a laissé entendre que le traité antérieur avait une supériorité a priori, en déclarant qu'on pouvait considérer:

... comme un principe reconnu que toute convention multilatérale est le fruit d'un accord librement intervenu sur ses clauses et qu'en conséquence il ne peut appartenir à aucun des contractants de détruire ou de compromettre, par des décisions unilatérales ou par des accords particuliers, ce qui est le but et la raison d'être de la Convention³¹⁸.

238. Il est un peu difficile d'interpréter le sens de ce passage. Dans la mesure où il traite de la licéité des accords *inter se*, la question sera examinée ci-dessous dans la section D.4. De façon générale, il semble tout simplement reprendre à son compte la logique de l'adage *pacta sunt servanda*. Il ne donne certainement rien à entendre au sujet de la validité que ce soit de la Convention sur le génocide ou des «accords particuliers» incompatibles. Peut-être pourrait-on s'arrêter ici sur deux considérations. Premièrement, cette déclaration peut simplement servir à rappeler aux parties que l'État qui viole ses obligations engage sa responsabilité. Deuxièmement, surtout dans le contexte dans lequel elle a été faite, elle peut vouloir souligner l'importance capitale du sujet traité dans la Convention et la gravité du devoir à accomplir³¹⁹.

Elle contribuerait alors à mettre en lumière le caractère de *jus cogens* ou, en tout état de cause, la nature «objective» de la Convention sur le génocide.

239. Les affaires souvent citées à l'appui de la *lex prior* datent du début du XX^e siècle. C'est ainsi que la Cour centraméricaine de justice a eu à connaître d'une plainte du Costa Rica et d'El Salvador, pour qui, en concluant avec les États-Unis un traité touchant au canal de Panama, le Nicaragua avait violé des traités conclus antérieurement avec eux sur la même question. La Cour a relevé l'incompatibilité des traités et la violation de ses obligations par le Nicaragua mais s'est abstenue de déclarer nul et non avenu le traité conclu ultérieurement avec

³¹⁸ Affaire des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 21.

³¹⁹ Voir également l'analyse de Schwarzenberger, *International Law*, *supra*, note 79, p. 483 et 484.

les États-Unis parce que ceux-ci n'étaient pas partie aux affaires dont elle était saisie et qu'elle ne pouvait pas se prononcer sur leurs droits³²⁰.

240. Un autre cas d'application apparente de la *lex prior* pourrait concerner les régimes territoriaux objectifs. C'est ce que donne à penser par exemple le traitement réservé par la Cour permanente de Justice internationale à l'affaire de l'*Union douanière austro-allemande* (1931), dans laquelle la Cour a décidé, par huit voix contre sept, que le traité d'union douanière envisagé aurait été incompatible avec l'obligation contractée par l'Autriche aux termes des Traités de Versailles et de Saint-Germain de 1919 et du Protocole y relatif de 1922 «de s'abstenir ... de tout acte de nature à compromettre son indépendance, directement ou indirectement et par quelque voie que ce soit³²¹». Néanmoins, la Cour n'a pas décrit les conséquences qui auraient pu découler de la conclusion de l'union douanière prévue. Un autre cas parfois cité à cet égard est celui de l'affaire *Oscar Chinn* (1934) dans laquelle deux des juges minoritaires (Eysinga et Schücking) ont laissé entendre que le Traité de Saint-Germain de 1919 ou le Protocole de 1922 pourraient être nuls et non avenue dans la mesure où certaines de leurs dispositions s'écartaient de l'Acte de Berlin de 1885 qui avait mis sur pied quelque chose se rapprochant d'un régime objectif³²². Il s'agissait toutefois d'une opinion minoritaire. La question de la validité du Traité de 1919 ou du Protocole de 1922 n'avait pas été soulevée par les parties et, en gardant le silence à ce sujet, la Cour semblait accepter que l'Acte de Berlin pût être soumis à une modification *inter se*³²³.

³²⁰ *Costa Rica c. Nicaragua*, *AJIL*, vol. 11 (1917) n° 1, p. 228. Voir également *El Salvador c. Nicaragua*, *AJIL* vol. 11 (1917) n° 3, p. 674. Pour un examen détaillé, voir par exemple Borgen, «*Resolving Treaty Conflicts*», *supra*, note 10, p. 591 à 594.

³²¹ *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, *Avis consultatif*, *C.P.J.I.* série A/B, n° 41 (1931), p. 42, art. 88 du Traité de Saint-Germain.

³²² Voir Aufricht, «*Supersession of Treaties...*», *supra*, note 116, p. 672. Affaire *Oscar Chinn*, *C.P.J.I.* série A/B, n° 63 (1934) (opinion dissidente du juge Eysinga) p. 131 et opinion dissidente du juge Schücking, p. 148.

³²³ Affaire *Oscar Chinn*. Voir également l'analyse dans Schwarzenberger, *International Law*, *supra*, note 79, p. 485: Sir Humphrey Waldock, Deuxième rapport, *Annuaire... 1963*, vol. II, p. 57, par. 15. Voir également l'*Avis consultatif* dans l'affaire de la *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla*, *C.P.J.I. Recueil* série B, n° 14 (1927), p. 23 (accord *inter se*).

241. Le principe de la *lex prior* est spécialement soutenu par une analogie avec le droit interne des contrats («l'illégalité d'un contrat entraîne sa rupture»)³²⁴. Dans son rapport à la CDI sur le droit des traités, Hersch Lauterpacht est parti de cette hypothèse. Mais il a accepté l'idée que dans certains cas elle pourrait aboutir à des résultats absurdes, en particulier lorsque la loi postérieure prétend à une application générale³²⁵. Mais si la *lex prior* est d'application générale en droit des contrats, la *lex posterior* l'est en droit public et dans les textes législatifs, de sorte que la relation entre les deux a des incidences sur la conception de la nature des traités. Les deux analogies posent toutefois problème. Comme on le soulignera fréquemment au long du présent rapport, le fait que la Convention réserve le même traitement à tous les traités cache les nombreuses différences qu'ils présentent en fait dans la réalité³²⁶.

242. Il peut aussi arriver qu'un traité postérieur influe sur les dispositions d'un précédent traité en accroissant les droits ou les avantages d'une partie, comme cela se produit le plus souvent dans le cas de la clause de la nation la plus favorisée. Les dispositions d'un traité postérieur aux termes duquel une partie promet un avantage à une autre partie s'appliquent aussi à la partie au traité antérieur³²⁷.

ii) *Lex posterior*

243. Comme on l'a constaté plus haut, le principe qui veut que la *lex posterior derogat lege prior* est bien ancré en droit interne et est aussi souvent cité en droit international. Néanmoins, rares sont les cas où il se serait appliqué tel quel. Mieux vaut souvent renvoyer directement à la volonté des parties qu'au principe de la *lex posterior* dont elle peut être simplement l'expression, ainsi qu'on l'a vu plus haut. Si les parties au traité postérieur sont *différentes* de celles au traité antérieur, on peut s'interroger sur l'utilité du rôle de la *lex posterior*.

³²⁴ C. Wilfred Jenks, «The Conflict of Law-Making Treaties», *supra*, note 8, p. 442.

³²⁵ H. Lauterpacht, Rapport, *Annuaire... 1953*, vol. II, p. 156 à 159 (en anglais seulement).

³²⁶ Rousseau, «De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international», p. 150 et 151; Borgen, «Resolving Treaty Conflicts», p. 599.

³²⁷ Aufricht, «Supersession of Treaties ...», *supra*, note 116, p. 679 à 682.

244. Il peut malgré tout y avoir quelques cas où le traité postérieur, conclu par des parties différentes de celles au traité antérieur, abroge celui-ci. Ce faisant, elles violent de toute évidence le principe selon lequel des États tiers ne sauraient être atteints par un acte visé par la maxime *res inter alios acta*. Comme Aufricht le fait observer, c'est le cas d'un traité (postérieur) inégal dans lequel l'inégalité s'expliquerait par exemple par le statut de grande puissance des parties au traité ultérieur³²⁸.

245. Existerait-il des traités normatifs de cette sorte, qui auraient la préséance sur de précédents traités sans considération aucune pour les règles de *jus cogens*? La *lex posterior* est manifestement applicable dans le cas des instruments de révision. C'est aussi le cas des accords *inter se* prévus à l'article 41 de la Convention de Vienne dont il sera question plus avant dans la section D.4. Mais qu'en est-il du cas où les parties aux deux traités sont différentes? Wilfred Jenks suggère que:

«il peut être intéressant de prévoir l'application intégrale du principe dans certains domaines d'action législative en conférant les pouvoirs nécessaires aux organes internationaux compétents³²⁹».

246. Cette question touche une fois encore au caractère spécial de certains traités multilatéraux. Dans une affaire importante, la Cour européenne des droits de l'homme a soutenu que la Convention européenne des droits de l'homme influait sur la teneur et/ou l'application d'un traité bilatéral antérieur ou du moins déterminait la façon dont il devait être interprété et appliqué par les autorités nationales. En l'occurrence, la Cour avait à connaître de l'application d'un traité russo-letton de 1994 à propos de l'expulsion du territoire letton d'anciens membres de l'armée soviétique et de membres de leur famille. Elle a examiné les droits des intéressés en se fondant sur la Convention européenne à laquelle la Lettonie avait adhéré à une date ultérieure et conclu que le:

«... traité [russo-letton] ne saurait servir de base valable pour lui retirer son pouvoir de vérifier s'il y a eu ingérence dans l'exercice, par un requérant, des droits et libertés découlant de la Convention et, dans l'affirmative, si cette ingérence était justifiée³³⁰».

³²⁸ Ibid., p. 673 et 674.

³²⁹ Jenks, «The Conflict of Law-Making Treaties», *supra*, note 8, p. 446.

³³⁰ *Slivenko c. Lettonie*, arrêt du 9 octobre 2003, CEDH 2003-X, p. 32, par. 120.

247. La Cour s'appuyait sur une décision de recevabilité dans laquelle elle faisait observer expressément:

«Il découle du texte de l'article 57 § 1 de la Convention [européenne des droits de l'homme], combiné avec l'article 1, que la ratification de la Convention par un État donné suppose que toute loi alors en vigueur sur son territoire soit conciliable avec la Convention.

La Cour estime que les mêmes principes doivent s'appliquer à l'égard de toute disposition d'un traité qu'un État contractant a conclu avant de ratifier la Convention et qui risque de ne pas cadrer avec certaines de ses dispositions³³¹.».

248. C'est là une importante déclaration de principe, en vertu de laquelle il semble difficile de refuser que si la règle de la *lex posterior* doit favoriser en l'espèce la Convention européenne des droits de l'homme, elle joue aussi en faveur de tout instrument ultérieur relatif aux droits de l'homme, sinon de tout autre traité normatif multilatéral qui serait adopté ultérieurement. Là encore, nous nous trouvons en présence d'une hiérarchie que le mieux, semble-t-il, serait de traiter en recourant à la notion d'obligations de type «intégral» spéciales – telles celles prévues dans les traités relatifs aux droits de l'homme – qui jouissent d'une certaine préséance par rapport à de simples instruments bilatéraux transactionnels. Mais il est difficile et, dans une certaine mesure, hors de propos, de préciser s'il s'agit ici de *lex specialis*, de *lex posterior* ou encore de *lex superior*. L'essentiel est de constater que le traité bilatéral ne saurait être mis en application indépendamment de son environnement normatif. Il est raisonnable de concevoir le traité bilatéral à la lumière du traité multilatéral postérieur et peu importe le reste.

249. Pourtant il est difficile de généraliser à partir de cet exemple qui, s'il souligne le pouvoir normatif des traités relatifs aux droits de l'homme (traités que l'on pourrait dire de type «intégral» ou «absolu»), ne règle probablement pas la question générale de la primauté d'un traité par rapport à un autre et ne saurait justifier une adhésion sans réserve à la règle de la *lex posterior*. Le fait que l'on doive cet exemple à la Cour européenne de justice, qui a expressément pour mandat d'appliquer la Convention européenne des droits de l'homme, n'est

³³¹ *Slivenko et autres c. Lettonie*, décision sur la recevabilité du 23 janvier 2002, CEDH 2002-II p. 14, par. 60 et 61. Pour une analyse critique, voir également Ineta Ziemele, «Case-Law of the European Court of Human Rights and Integrity of International Law», dans Karel Wellens et Charo Huesa (éd.), *L'influence des sources sur ...*, *supra*, note 14, p. 201 à 212.

pas dénué d'intérêt – encore qu'il soit quelque peu difficile à concilier avec la volonté de la Cour de favoriser, dans l'affaire *Al-Adsani*³³², une règle coutumière antérieure de l'immunité de l'État.

250. En fait, quel que soit son pouvoir normatif (comme on l'a fait observer plus haut, il est bien plus important dans un système législatif que dans un système contractuel), à l'instar de la règle de la *lex specialis*, la règle de la *lex posterior* n'est pas automatiquement applicable. Selon le cas, bien d'autres considérations peuvent entrer en ligne de compte, dont l'applicabilité simultanée des distinctions entre «loi spéciale» et «loi générale», et «loi supérieure» et «loi inférieure». Mieux vaut aborder ces problèmes dans le cadre des discussions sur l'article 30 de la Convention de Vienne.

2. Article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités: de la non-validité à la responsabilité

251. Le droit général du conflit de traités successifs ne permet pas, on l'a vu, de régler une fois pour toutes les problèmes majeurs – du moins les plus importants au plan de la *théorie* – concernant le cas où les parties au traité postérieur ne sont pas identiques à celles au traité antérieur. Il est clair que la Convention de Vienne se devait de dire quelque chose à ce sujet. Elle l'a fait à l'article 30, qui est toutefois de nature purement subsidiaire³³³.

Article 30

Application de traités successifs portant sur la même matière

1. Sous réserve des dispositions de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des États parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants.
2. Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent.
3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue

³³² *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI, p. 79.

³³³ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, *supra*, note 62, p. 97; Anthony Aust, *Modern Treaty Law...*, *supra*, note 73, p. 174.

en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.

4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur:

a) Dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3;

b) Dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques.

5. Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41, de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'article 60 ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un État de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre État en vertu d'un autre traité.

252. Une bonne partie de ce texte ne prête pratiquement pas à controverse et reflète l'état du droit général, en particulier en ce qui concerne la référence à l'Article 103 de la Charte des Nations Unies au paragraphe 1 et aux clauses de conflit au paragraphe 2. Le paragraphe 3 «codifie effectivement la règle de la *lex posterior*»³³⁴, dans le cas où, soit les parties au traité postérieur sont identiques à celles au traité antérieur, soit, de nouvelles parties se sont jointes aux parties au traité antérieur pour conclure le traité postérieur. À l'égal de la règle traditionnelle, la règle de la *lex posterior* ne s'applique qu'en l'absence d'autres dispositions découlant de l'intention des parties.

a) Question de la «même matière»

253. L'article 30 traite certes de la question du conflit entre traités antérieurs et postérieurs, mais comme de nombreux commentateurs l'ont relevé, il ne semble pas le faire avec beaucoup de bonheur³³⁵. Ainsi, le titre de l'article (et le paragraphe 1) qui semble le limiter à un conflit

³³⁴ Borgen, «Resolving Treaty Conflicts», *supra*, note 10, p. 603; Mus, «Conflicts between Treaties...», *supra*, note 21, p. 219 et 220.

³³⁵ Vierdag, «The Time of the “Conclusion” of a Multilateral Treaty...», *supra*, note 308, p. 92 à 108; Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, *supra*, note 21, p. 70 à 84; Borgen, «Resolving Treaty Conflicts», *ibid.*, p. 603; Fitzmaurice et Elias, *Contemporary Issues...*, *supra*, note 73, p. 314 à 331; Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, *supra*, note 62, p. 98.

entre traités «portant sur la même matière», pose problème. Si cette limitation est interprétée strictement, elle semble alors exclure de sa portée la plupart des affaires importantes – par exemple les conflits entre traités relatifs à l’environnement et traités commerciaux ou entre traités relatifs aux droits de l’homme et traités de droit humanitaire³³⁶. Cependant, comme il est fait observer dans la section B ci-dessus, il n’est ni nécessaire ni raisonnable de donner cette interprétation de l’expression «même matière».

254. Des expressions telles que «droit des droits de l’homme», «droit commercial» ou «droit de l’environnement» sont des étiquettes arbitraires attachées à des formes de spécialisation professionnelle. Aucune règle ne permet de qualifier des régimes conventionnels particuliers et la plupart des régimes pourraient prétendre à plusieurs de ces qualifications selon l’angle dans lequel on se place. Les traités relatifs aux droits de l’homme par exemple contribuent souvent à promouvoir des objectifs environnementaux et les régimes commerciaux supposent la protection des droits de l’homme (en particulier le droit de propriété), sur lesquels ils prennent appui. Les qualificatifs renvoient non pas à la *nature de l’instrument*, mais à l’*intérêt* qu’il présente du point de vue de l’observateur. Limiter l’application de l’article 30 aux traités «portant sur la même matière» permettrait aux États de s’écarter de leurs obligations simplement en classant un nouveau traité en fonction de la nouveauté du «sujet». Les États pourraient par exemple déroger à leurs obligations au titre d’instruments sur les réfugiés en se contentant de conclure un instrument portant sur un sujet prétendument nouveau du «droit relatif aux déplacements»³³⁷. Comme on l’a fait observer ci-dessus, c’est en examinant si l’exécution d’une obligation au titre d’un traité influe sur l’exécution de l’obligation contractée aux termes d’un autre traité que l’on répond à la question de savoir si les deux traités portent sur la «même matière». Cette «influence» peut se produire soit en empêchant purement et simplement l’exécution de l’autre obligation, soit en portant atteinte d’une façon ou d’une autre à son objet et à son but.

255. Quoi qu’il en soit, on fera aussi valoir ci-dessous que la question de la relation entre deux traités ne peut être complètement résolue indépendamment de toute relation institutionnelle entre eux. Ainsi, les relations d’un traité de l’OMC avec un traité relatif aux droits de l’homme ne sont

³³⁶ C’est ce que donne à entendre l’auteur qui s’est exprimé le plus récemment à ce sujet, Borgen, *ibid.*, p. 611 à 615. Voir Sinclair, *ibid.*, p. 98.

³³⁷ Les débats autour d’un «droit du terrorisme» illustrent en partie ce souci.

pas identiques à celles d'un traité-cadre sur une question d'environnement avec un instrument d'application régionale. Peut-être n'est-il pas possible de déterminer en théorie le moment où deux instruments portent sur la «même matière». Mais cela ne veut pas dire qu'il serait impossible d'établir une relation institutionnelle entre des «chaînes» ou des grappes de traités reliés institutionnellement et que les États parties conçoivent dans le cadre d'un même effort concerté. L'intérêt qu'il y a à recenser ces «régimes conventionnels» tient à ce qu'il semble relativement moins compliqué d'établir une relation entre deux instruments relevant d'un *seul et même* régime qu'entre deux instruments relevant de régimes *différents*. Par exemple, l'argument tiré de la *lex posterior* ou de la *lex specialis* a manifestement plus de poids pour des traités relevant d'un même régime que pour des traités de régimes différents. L'analogie législative choque moins dans le premier cas que dans celui de deux traités conclus sans que les parties aient vraiment le sentiment qu'ils s'inscrivent dans le «même projet».

256. La distinction entre traités portant sur la «même matière» et traités appartenant au même «régime» peut sembler ténue, elle constitue pourtant un changement de cap important dans la pratique. Dans le premier cas, on met l'accent sur l'objet qui est réglementé tandis que dans le second, on insiste sur l'intention des États parties et les institutions qu'ils ont créées. Le premier exemple est tributaire du classement théorique d'un sujet comme «question des droits de l'homme», «problème d'environnement» ou «question commerciale» et se heurte à la difficulté que bien des qualificatifs peuvent être souvent appliqués à un seul et même problème et que les acteurs peuvent avoir intérêt à ranger le problème chacun sous une rubrique différente pour s'assurer que leur système de règles de prédilection s'appliquera. En revanche, la notion de «régime» renvoie aux arrangements institutionnels qui ont pu être mis en place pour relier des ensembles de traités entre eux. Des traités peuvent naturellement entrer en conflit au sein d'un même régime ou opposer deux régimes. Faire une telle distinction, c'est simplement signaler que le règlement du conflit, par exemple en recherchant la «complémentarité», peut s'avérer beaucoup plus facile et plus simple dans le premier que dans le second cas où un conflit d'objectifs ou de valeurs plus larges à la base des régimes eux-mêmes est souvent en cause.

b) Débats à la Commission du droit international

257. Si une bonne partie de l'article 30 ne prête pas à controverse, tel n'est pas le cas de son paragraphe 4, c'est-à-dire des dispositions concernant le cas où le traité postérieur n'a pas pour

parties tous les États qui étaient parties au traité antérieur. Il n'est pas surprenant que la plupart des débats de la Commission se soient focalisés sur ce point. Deux questions ont été soulevées: la relation entre des traités incompatibles doit-elle être pensée en termes de «validité» ou d'«ordre de priorité» entre eux? Est-il justifié d'isoler des groupes de traités spéciaux pour un traitement à part? On s'accordait à penser (et les débats en étaient réduits d'autant) que les dispositions devraient refléter la priorité à reconnaître au *jus cogens* et à la Charte des Nations Unies, conformément à l'Article 103 de la Charte³³⁸. Le fait que dans le cas d'accords multilatéraux ou bilatéraux postérieurs conclus par des parties identiques, le traité postérieur a en général la préséance – les parties ayant toujours la faculté de mettre fin au traité antérieur par un traité postérieur (sauf la question des règles impératives), n'a pas non plus suscité de désaccord. Les cas où les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur et où des États qui sont parties au dernier ne le sont pas au premier soulevaient les questions les plus graves. Comme les ouvrages spécialisés ont souvent rendu compte de ces discussions, il suffira ici d'en faire un bref exposé³³⁹.

258. Le premier Rapporteur spécial, Lauterpacht, concevait le conflit de traités en termes de validité et prônait la règle de la *lex prior*, c'est-à-dire de la non-validité du traité postérieur³⁴⁰. Deux conditions devaient cependant être satisfaites. Premièrement, il n'y aurait non-validité (du traité postérieur) que si

la dérogation aux dispositions du traité antérieur est telle qu'elle nuit gravement aux intérêts des autres parties à ce traité ou porte sérieusement atteinte au but originel du traité.

³³⁸ G. G. Fitzmaurice, Troisième rapport, *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 27 et 42 (projet d'article 18, par. 1); Waldock, Deuxième rapport, *Annuaire... 1963*, vol. II, p. 56, 63 et 64 (projet d'article 14, par. 3 et 4). La question de savoir si le conflit avec le *jus cogens* ou l'Article 103 de la Charte entraîne nécessairement la non-validité de la règle de conflit sera examinée au chapitre 6 ci-dessous.

³³⁹ Voir par exemple Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction...*, *supra*, note 143, p. 49 à 65; Mus, «Conflicts between Treaties...», *supra*, note 21, p. 222 à 227.

³⁴⁰ Voir Lauterpacht, (Premier) rapport, *Annuaire... 1953*, vol. II, p. 156 à 159 (anglais seulement). Conformément à l'application systématique qu'il faisait de l'analogie avec le droit interne, il insistait sur le fait que les tribunaux internationaux devraient être compétents pour déclarer la non-validité du traité postérieur et prévoir réparation pour toute perte entraînée pour la partie au traité postérieur qui n'aurait pas été au courant du traité antérieur, Lauterpacht, (Premier) rapport, p. 156.

259. La deuxième exception concernait

les traités multilatéraux comme la Charte des Nations Unies, qui possèdent un caractère général tel qu'il leur confère la nature d'actes législatifs intéressant tous les membres de la communauté internationale ou qui doivent être réputés avoir été conclus dans l'intérêt international³⁴¹.

260. Dans ce dernier cas, le traité postérieur prévaudrait donc. Ces dispositions traduisent l'effort déployé par Lauterpacht pour concevoir les traités à l'image du droit interne et particulièrement assimiler les traités multilatéraux à la législation interne au sein d'un ordre juridique international bien établi. S'il pensait que la première condition était déjà définie *de lege lata*, la seconde impliquerait, pour lui, du développement progressif³⁴².

261. Le deuxième Rapporteur spécial, Fitzmaurice, rejetait la non-validité comme conséquence logique du conflit de traités. Vu la multitude de traités existants, les États sont rarement au courant des engagements des uns et des autres. Il serait donc injuste pour la partie innocente que le conflit occasionne automatiquement la non-validité³⁴³. Par ailleurs, Fitzmaurice estimait que la pratique internationale n'allait guère dans le sens d'une conséquence aussi radicale. Aussi préférait-il la solution qui avait déjà été proposée par le Centre de recherches de Harvard en 1935 et qui prévoyait, en règle générale, d'accorder la «priorité» au traité antérieur – position qui n'annulerait pas le traité postérieur ni même n'interdirait de conclure des traités incompatibles³⁴⁴. Le problème pratique serait résolu par la mise en jeu de la responsabilité à l'égard de la partie innocente. Dans la pratique, il restait (bien que Fitzmaurice fût manifestement mal à l'aise sur ce point) à l'État qui avait contracté les obligations incompatibles à choisir celui des accords qu'il exécuterait³⁴⁵.

³⁴¹ Projet d'article 16, Lauterpacht, *ibid.*, p. 156.

³⁴² *Ibid.*, p. 157, par. 5 et 6.

³⁴³ Fitzmaurice, Troisième rapport, *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 43 et 44, par. 83.

³⁴⁴ The Draft Convention on the Law of Treaties, Harvard Research in International Law, *A.J.I.L.*, vol. 29, Supplément (1935), p. 1024 et 1025.

³⁴⁵ Il admettait que même s'il n'avait pas de «droit d'option», l'État pouvait malgré tout exercer un «pouvoir d'option», Fitzmaurice, Troisième rapport, p. 44, par. 85.

262. À l'instar de Lauterpacht, Fitzmaurice jugeait nécessaire de restreindre le caractère prioritaire du traité antérieur en tenant compte du cas des traités qui impliquaient «un type plus absolu d'obligation» que les traités ordinaires fondés sur des promesses ou des avantages réciproques entre les parties. Il définissait deux catégories de traités de cette nature, à savoir les traités de type «intégral» et les traités de type «interdépendant». Les traités du premier groupe sont tels que l'obligation qui incombe à chaque partie est entièrement indépendante de l'exécution par les autres parties (conventions humanitaires ou relatives aux droits de l'homme). Dans l'autre cas, dont une convention sur le désarmement serait un exemple type, l'obligation de chaque partie « dépend d'une exécution correspondante par *toutes* les parties. » Les traités en conflit avec eux seraient sanctionnés par la non-validité. En d'autres termes, Fitzmaurice a préservé la solution de Lauterpacht pour ce type spécial de traités (« objectifs », « normatifs »)³⁴⁶..

263. Le troisième Rapporteur spécial, Waldock, a maintenu et étendu le passage de l'invalidation à l'établissement d'un ordre de priorité. Il a souligné la nécessité de traiter avec la plus grande circonspection l'idée que des traités entre États souverains pourraient être frappés de nullité. Les conflits potentiels doivent d'abord être traités à l'aide de l'interprétation et tout doit être mis en œuvre pour harmoniser les obligations. Si les traités étaient inconciliables, les États devraient alors s'accorder sur un ordre de priorité assorti de la mise en jeu de la responsabilité à l'égard de la partie innocente.

264. Contrairement à ses prédécesseurs, Waldock n'a pas réservé de traitement spécial aux traités normatifs ou «objectifs». En effet, à son avis, la pratique internationale ne va pas dans ce sens³⁴⁷. La nature et l'importance des dispositions figurant dans ces traités sont de toute façon si hétérogènes qu'une règle générale est hors de question. Dans les cas où certains traités – tels ceux sur les lois de la guerre – contiennent des dispositions particulièrement importantes, ils sont protégés par leur caractère de *jus cogens*. Mais comme les traités préservent le droit de

³⁴⁶ G.G. Fitzmaurice, Deuxième rapport, *Annuaire... 1957*, vol. II, p. 61 et 62, par. 124 à 126; Fitzmaurice, *ibid.*, *Annuaire... 1958*, p. 46, par. 91.

³⁴⁷ Waldock, *ibid.*, p. 60, par. 20.

dénonciation unilatérale, il semble illogique d'exclure la possibilité de donner effet aux traités postérieurs qui impliquent en fait une telle dénonciation³⁴⁸.

265. La solution de Waldock consistait à relativiser le problème. Pour les États qui sont parties au premier mais non au second traité, le premier est prioritaire. Si toutes les parties au second traité sont aussi parties au premier, il s'agit alors d'un accord *inter se* sur la licéité duquel il faudrait se prononcer en interprétant le premier traité³⁴⁹.

266. Au cours du débat, une distinction importante s'est fait jour entre deux types de cas:
a) ceux où des États qui n'étaient pas parties au traité antérieur sont parties au traité postérieur et b) ceux où *tous* les États parties au traité postérieur étaient déjà parties au traité antérieur. Dans ce dernier cas, il s'agit de ce que l'on a appelé ultérieurement la modification *inter se* du traité, question qui a été traitée à part à l'article 41 (voir la section D.4 ci-dessous).

3. Clauses spéciales

267. Vu l'indécision du droit général des conflits entre normes successives et les formules généralement non restrictives de l'article 30 de la Convention de Vienne, il semble important que les États donnent dans les traités eux-mêmes des indications sur ce qu'il convient de faire avec les traités postérieurs ou antérieurs en conflit. Les sections qui suivent seront consacrées a) à une brève typologie des clauses de conflit, b) à une analyse des clauses de conflit *inter et trans*-«régimes», c) aux clauses de conflit incorporées dans le traité instituant la Communauté européenne et d) à la pratique de ce qu'il est convenu d'appeler la «clause de déconnexion».

a) Typologie des clauses de conflit

268. Parmi les différentes catégories de clauses de conflit, on peut relever au moins les suivantes³⁵⁰:

³⁴⁸ Ibid., p. 61 à 63, par. 25 à 30.

³⁴⁹ Ibid., p. 63, par. 31.

³⁵⁰ Voir Rousseau, «De la compatibilité des normes», *supra*, note 36, p. 154 à 164; Czaplinski et Danilenko, «Conflict of Norms», *supra*, note 73, p. 14; Jan B. Mus, «Conflicts between Treaties», *supra*, note 21, p. 214 à 217; Aust, *Modern Treaty Law...*, *supra*, note 73, p. 174 à

1) *Clauses interdisant la conclusion de traités postérieurs incompatibles.* Il s'agit d'une exception expresse à la règle de la *lex posterior*, tendant à garantir le pouvoir normatif du traité antérieur. Ainsi, en vertu de l'article 8 du Traité de l'Atlantique Nord, «Chacune des Parties déclare qu'aucun des engagements internationaux actuellement en vigueur entre États n'est en contradiction avec les dispositions du présent Traité et assume l'obligation de ne souscrire aucun engagement international en contradiction avec le Traité»³⁵¹.

2) *Clauses autorisant expressément des traités postérieurs «compatibles».*

Le paragraphe 3 de l'article 311 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer en offre un exemple: «Deux ou plus de deux États Parties peuvent conclure des accords qui modifient ou suspendent l'application des dispositions de la Convention et qui s'appliquent uniquement à leurs relations mutuelles, à condition que ces accords ne portent pas sur une des dispositions de la Convention dont le non-respect serait incompatible avec la réalisation de son objet et de son but, et à condition également que ces accords n'affectent pas l'application des principes fondamentaux énoncés dans la Convention et ne portent atteinte ni à la jouissance par les autres États Parties des droits qu'ils tiennent de la Convention, ni à l'exécution de leurs obligations découlant de celle-ci.»

3) *Clauses du traité postérieur prévoyant qu'il «ne porte pas atteinte» au traité antérieur.* L'article 30 de la Convention de Genève sur la haute mer en serait un exemple. Il prévoit en effet:

«Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte aux conventions ou aux autres accords internationaux en vigueur dans les rapports entre États parties à ces conventions ou accords.»

181; Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, *supra*, note 21, p. 86 à 97; Fitzmaurice et Elias, *Contemporary Issues...*, *supra*, note 73, p. 323 à 325; Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, *supra*, note 73, p. 268 à 271; Borgen, «Resolving Treaty Conflicts», *supra*, note 10, p. 584 à 587.

³⁵¹ Voir Aufricht, «Supersession of Treaties...», *supra*, note 116, p. 666 et 667.

Une telle clause prévoit aussi une présomption réfutable d'harmonie entre les traités antérieur et postérieur³⁵².

4) *Clauses du traité postérieur prévoyant qu'entre les parties il a préséance sur le traité antérieur.* Il s'agit vraiment là d'un cas de «modification» d'un accord par un accord *inter se*; il en sera question plus longuement dans la section D.4 ci-dessous.

5) *Clauses du traité postérieur abrogeant expressément le traité antérieur*³⁵³.

Le paragraphe 1 de l'article 311 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer selon lequel la Convention l'emporte, entre les États parties, sur les Conventions de Genève du 29 avril 1958 sur le droit de la mer, en est une illustration.

6) *Clauses de traités postérieurs qui maintiennent expressément des traités antérieurs compatibles.* On peut citer à titre d'exemple le paragraphe 2 de l'article 311 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer selon lequel «[l]a Convention ne modifie en rien les droits et obligations des États qui découlent d'autres traités compatibles avec elle, et qui ne portent atteinte ni à la jouissance par les autres États Parties des droits qu'ils tiennent de la Convention, ni à l'exécution de leurs obligations découlant de celle-ci».

7) *Clauses promettant que des accords postérieurs abrogeront les traités antérieurs.* Il s'agit d'une sorte de *pactum contrahendo*, dont un exemple serait l'article 307 du Traité instituant la Communauté européenne (art. 234 du Traité CE) qui prévoit que les droits et obligations des membres résultant de conventions conclues antérieurement à la date de leur adhésion ne sont pas affectés. Les membres toutefois s'engagent à prendre des mesures pour abroger ces traités (voir plus loin la section D.3 c) ci-dessous).

269. Bien que de telles clauses soient sans aucun doute utiles, elles ont des effets limités. Elles ne peuvent par exemple affecter les droits de tierces parties ni intervenir dans l'application

³⁵² Convention de Genève sur la haute mer, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 450, p.13. Voir également Borgen, «Resolving Treaty Conflicts», *supra*, note 10, p. 586; Aufricht, *ibid.*, p. 669.

³⁵³ Aufricht, *ibid.*, p. 661 à 663.

du *jus cogens* ou d'autres principes hiérarchiques (tels ceux liés aux obligations intégrales ou interdépendantes)³⁵⁴.

270. Mais même s'il existe des clauses de conflit, leur sens ou leurs effets peuvent parfois manquer de clarté. Il suffit de citer l'article 22 de la Convention sur la biodiversité de 1992, ainsi conçu:

1. Les dispositions de la présente Convention ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour une Partie contractante d'un accord international existant, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations causait de sérieux dommages à la diversité biologique ou constituait pour elle une menace.
2. Les Parties contractantes appliquent la présente Convention, en ce qui concerne le milieu marin, conformément aux droits et obligations des États découlant du droit de la mer.

271. On ne voit pas très bien les substitutions opérées par ce type de formule. Il va de soi que cette disposition peut être lue comme une exhortation incitant à considérer les instruments pertinents comme compatibles les uns avec les autres (principe de l'intégration systémique – voir la section F ci-dessous) dans le cadre d'une obligation globale de coopérer³⁵⁵. Il arrive que cet objectif soit prévu dans les clauses de conflit pertinentes³⁵⁶. Mais si une partie revendique un droit en se fondant sur la Convention sur la biodiversité ou un autre traité, il semblerait difficile de lui *dénier* ce droit par voie d'interprétation ou de «coordination». En outre, les clauses de

³⁵⁴ Waldock, Troisième rapport, *Annuaire... 1964*, vol. II, p. 39, par. 15.

³⁵⁵ Comme l'ont suggéré Wolfrum et Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, *supra*, note 22, p. 125; Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge... supra*, note 22, p. 191 à 194 et suiv.; Fitzmaurice et Elias, *Contemporary Issues... supra*, note 73, p. 333. Pour une analyse utile des ambiguïtés de la clause des conflits dans le Protocole sur la biosécurité, voir Sabrina Safrin, «Treaties in Collision? The Biosafety Protocol and the World Trade Organization Agreements», *A.J.I.L.*, vol. 96 (2002), p. 606 à 628.

³⁵⁶ Le paragraphe 2 de l'article 237 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer par exemple cède le pas devant des traités spécifiquement consacrés à l'environnement pour autant que ces traités soient appliqués «d'une manière compatible avec les principes et objectifs généraux de la Convention». Voir également Fitzmaurice et Elias, *ibid.*, p. 334 à 336.

conflit peuvent parfois entrer elles-mêmes en conflit ou s'annuler³⁵⁷. On doit alors recourir aux principes généraux du règlement des conflits.

b) Relations intra et interrégimes: traités sur l'environnement

272. Comme l'ont montré les considérations qui précèdent, l'article 30 de la Convention de Vienne a ses limites. Il est le plus efficace lorsqu'il traite d'une relation entre deux traités conclus entre des parties identiques sur un sujet voisin, auquel cas on peut supposer à bon droit que le dernier traité exprime la volonté la plus récente des parties et devrait par conséquent être suivi d'effet. Lorsque les parties ne sont pas identiques, l'article 30 permet à l'État qui a conclu les obligations incompatibles de choisir le traité qu'il entend honorer. Confronté aux relations *entre* régimes conventionnels telles celles que l'on sait normalement exister en droit commercial, en droit des droits de l'homme ou en droit de l'environnement, l'article 30 reste tout aussi décevant. La priorité franche d'un traité par rapport à un autre (c'est-à-dire en fait d'un régime sur un autre) ne saurait être raisonnablement présumée d'une simple chronologie. Une approche plus nuancée s'impose. Mais il est peu probable qu'une telle approche puisse se développer dans le cadre du règlement des différends, lequel sera nécessairement limité à des considérations *ad hoc*. Elle pourrait par contre être facilitée par l'adoption de clauses de conflit appropriées. On peut distinguer deux sortes de clauses de cette nature. La première, qui s'inspirerait de l'article 30 de la Convention de Vienne, chercherait à régler le problème en établissant une fois pour toutes la priorité entre les deux traités. La seconde, examinée dans la présente section, éviterait d'établir un ordre de priorité clair et net et tenterait plutôt de coordonner autant que faire se peut l'application simultanée des deux traités.

273. Le rapport entre des traités qui relèvent de régimes différents pose un problème d'ordre général qui s'est manifesté sous sa forme la plus aiguë dans les relations entre des instruments appartenant aux régimes du commerce et de l'environnement³⁵⁸. Bien qu'apparemment les

³⁵⁷ Tel est le cas du paragraphe 3 de l'article 311 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et du paragraphe 1 de l'article 22 de la Convention sur la diversité biologique. Pour une réflexion à ce sujet, voir Fitzmaurice et Elias, *ibid.*, p. 334.

³⁵⁸ Par exemple, Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, *supra*, note 21, p. 213 à 247, s'est intéressé aux techniques spécifiques de règlement des conflits pour différents types de traités, dont ceux relatifs aux droits de l'homme et le principe de «la disposition la plus favorable»; Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in...*, *supra*, note 21, p. 345 à 361, s'est penché

négociateurs soient de plus en plus sensibilisés au problème, la pratique s'est jusqu'à présent développée sans la moindre cohérence. Ainsi, lors des négociations sur le Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique (2000), la relation du Protocole avec les obligations des parties au titre des accords visés de l'OMC a fait l'objet de longues discussions. C'est pourquoi le Protocole comprend des dispositions régissant ses relations avec les instruments commerciaux, mais laisse sans réponse bien des questions importantes sur ses relations avec d'autres traités, notamment avec la Convention internationale pour la protection des végétaux, la Convention pour l'interdiction des armes chimiques et la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines³⁵⁹.

274. Le libellé final des alinéas pertinents du préambule du Protocole sur la biosécurité illustre les problèmes actuels:

«*Estimant* que les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable,

Soulignant que le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur,

sur les clauses de conflit dans le traité de l'OMC; Deborah E. Siegel, «Legal Aspects of the IMF/WTO Relationship: The Fund's Articles of Agreement and the WTO Agreement», *A.J.I.L.*, vol. 96 (2002), p. 561 à 599; Anja Lindroos, «Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of *Lex Specialis*», *Nordic Journal of International Law* (2005), vol. 74, p. 30 à 34 et 60 à 64; Wolfrum et Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, *supra*, note 22, ont étudié à fond les conflits entre traités d'ordre environnemental et les autres. Le fait que les traités sur l'environnement aient un potentiel particulièrement important de conflit avec d'autres traités, attendu que la plupart des sujets ont un rapport ou un autre avec l'environnement, est souligné dans Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge...*, *supra*, note 22, p. 53 à 73. L'OMS a examiné la question dans le contexte du Règlement sanitaire international, *Examen et approbation des amendements proposés au Règlement sanitaire international: relations avec d'autres instruments internationaux*, document de l'OMS A/IHR/IGWG/INF.DOC./1, 30 septembre 2004, p. 1 à 11.

³⁵⁹ Safrin, «Treaties in Collision?...» *supra*, note 355, p. 617.

Considérant qu'il est entendu que le présent préambule ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux,³⁶⁰».

275. Les négociateurs ont été assez réticents à l'idée de décider des relations exactes des accords environnementaux et commerciaux entre eux ou avec tout autre nouvel accord³⁶¹. La seule chose sur laquelle ils semblent s'être mis d'accord, c'est que le Protocole sur la biosécurité ne devrait pas être jugé moins important que n'importe quel autre accord. D'autres traités contiennent des clauses similaires. Ainsi, le préambule au Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (2002) prévoit qu'il ne doit pas être interprété «comme entraînant, de quelque manière que ce soit, une modification des droits et obligations afférents aux Parties contractantes au titre d'autres accords internationaux». Il exprime ensuite l'idée que ce principe «n'a pas pour objet d'établir une hiérarchie entre le Traité et d'autres accords internationaux³⁶²».

276. De telles formules impliquent effectivement la volonté de reconnaître l'existence d'obligations conventionnelles parallèles et potentiellement conflictuelles. Mais elles n'indiquent pas clairement ce qu'il faudrait faire au cas où surgirait un conflit. Au contraire, les parties recourent à des formules de compromis qui reportent en quelque sorte la solution du problème à une date ultérieure. Le premier paragraphe de la clause de conflit du Protocole sur la biosécurité, par exemple, prévoit que «des accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable». L'idée tient à ce que les conflits peuvent et devraient être réglés entre les partenaires au fur et à mesure qu'ils

³⁶⁰ Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, notification dépositaire C.N.251.2000.TREATIES-1 du 27 avril 2000; C.N.1471.2003.TREATIES-41 du 22 décembre 2003 (Proposition de rectificatifs à la version arabe du Protocole) et C.N.291.2004.TREATIES-11 du 26 mars 2004 (Rectificatifs à la version arabe du Protocole et transmission du procès-verbal pertinent). Voir également ILM vol. 39 (2000), p. 1027.

³⁶¹ Safrin, «Treaties in Collision? ...», *supra*, note 355, p. 618 à 621, et Borgen, «Resolving Treaty Conflicts», *supra*, note 10, p. 614.

³⁶² Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, Préambule, 6 novembre 2002, <ftp://ext-ftp.fao/ag/cgrfa/it/ITPGRe.pdf> (dernière consultation le 28 mars 2006).

se présentent et dans le but de ménager les intérêts des uns et des autres³⁶³. De même, le Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture susmentionné reconnaît que «le présent Traité et les autres accords pertinents devraient être complémentaires en vue d'assurer une agriculture durable et la sécurité alimentaire». D'autres traités comportent des clauses de conflit conditionnelles qui laissent aussi une grande marge de manœuvre à l'appréciation et à la négociation. Ainsi, la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (1989) permet aux parties de conclure d'autres accords «à condition que de tels accords ou arrangements ne dérogent pas à la gestion écologiquement rationnelle des déchets dangereux et d'autres déchets prescrite dans la présente Convention³⁶⁴». Et la Convention de 1992 sur la biodiversité prévoit pour sa part que «les dispositions de la présente Convention ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour une Partie contractante d'un accord international existant, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations causait de sérieux dommages à la diversité biologique ou constituait pour elle une menace³⁶⁵».

277. De telles clauses reconnaissent le fait qu'il n'est apparemment pas recommandé de produire une règle sur la priorité des traités, en raison de la trop grande hétérogénéité des traités et des circonstances. Les parties s'exhortent donc à faire preuve de tolérance les unes envers les autres et à accepter d'envisager un rôle «complémentaire» pour leurs instruments, ce qui est simplement une autre façon de souligner combien il importe d'harmoniser l'interprétation. Cela peut marcher entre traités relevant d'un même régime, partageant un objet et un but similaires ou un système de valeurs parallèle – entre des instruments environnementaux ou commerciaux *inter se* par exemple. Mais on ne saurait partir a priori du principe que les parties à des traités ne relevant pas du même régime, à des traités qui visent des solutions concrètement incompatibles ou sont inspirés par des objectifs très différents (voire

³⁶³ La teneur et la forme de cette «obligation de coordonner» sont examinées de façon approfondie dans Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge ... supra*, note 22, p. 233 à 390.

³⁶⁴ Art. 11 de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1673, p. 57.

³⁶⁵ Art. 22 de la Convention sur la diversité biologique, Nations Unies, *Recueil...*, vol. 1760, p. 79.

diamétralement opposés) dans des situations assimilées à des jeux à somme nulle partagent le même état d'esprit. En pareil cas, un traité doit être en définitive préféré à un autre. L'attention passe alors de la coordination aux droits et obligations. Alors que des dispositions non limitatives ou programmatiques peuvent aisément se concilier, on ne peut pas en dire autant des dispositions énonçant des droits et obligations (subjectifs). Pour leur donner effet, il demeure important de prévoir la possibilité de recourir à un règlement des différends indépendant des régimes.

278. Il est plus facile de concilier deux instruments relevant d'un même régime, surtout un accord-cadre et un accord (de mise en œuvre) plus spécifique³⁶⁶. Ainsi, nombreuses sont les clauses de conflit de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer non limitatives et qui s'abstiennent de poser des priorités claires et nettes. On peut le comprendre. Il est souvent justifié d'encourager une réglementation spécifique plus poussée. L'accord de mise en œuvre primera alors en tant que *lex specialis*, alors que l'instrument-cadre restera «en arrière-plan» comme *lex generalis*, ainsi qu'il est fait observer dans la section C ci-dessus. Le paragraphe 3 de l'article 311 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer autorise les États à conclure des accords qui modifient son application:

«... à condition que ces accords ne portent pas sur une des dispositions de la Convention dont le non-respect serait incompatible avec la réalisation de son objet et de son but, et à condition également que ces accords n'affectent pas l'application des principes fondamentaux énoncés dans la Convention et ne portent atteinte ni à la jouissance par les autres États Parties des droits qu'ils tiennent de la Convention, ni à l'exécution de leurs obligations découlant de celle-ci».

279. Dans ce cas précis, la «compatibilité» a été exprimée en termes assez vagues. Les parties ont toute latitude pour conclure des accords sur des sujets dont il est question dans la Convention, à la seule condition de ne pas affecter «l'application des principes fondamentaux» et de ne pas porter atteinte aux «droits» et «obligations» des autres parties. Bien que l'on puisse interpréter les termes «droits» et «obligations» plus ou moins strictement, cette disposition vise

³⁶⁶ Wolfrum et Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, *supra*, note 22, p. 121. La relation de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer en tant que convention-cadre avec un accord de mise en œuvre en matière de système de règlement des différends a été soulevée dans le cadre de l'affaire du *Thon à nageoire bleue entre l'Australie et le Japon et entre la Nouvelle-Zélande et le Japon*, *Sentence sur la compétence et la recevabilité, décision du 4 août 2000*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII (2004), p. 1 à 57.

principalement à favoriser une conciliation raisonnable. Comme les traités sur l'environnement dont il a été question plus haut, elle tend à chercher un rôle «de type complémentaire» pour la Convention et ces instruments particuliers. Mais on ne voit pas très bien ce que cela implique si un accord semble être directement en conflit avec elle³⁶⁷.

280. La stratégie qui consiste à trouver une interprétation «de type complémentaire» pêche par son imprécision. En concluant ce type de clause de conflit, les États parties transfèrent à l'autorité chargée d'appliquer le droit leur compétence de décider de ce qu'il convient de faire en cas de conflit. Cela peut marcher dans le cas de deux traités relevant du même régime. Mais si le conflit oppose deux traités appartenant à deux régimes différents, la solution n'est valable que si l'autorité en question est une tierce partie impartiale qui aborde les traités en prenant du recul par rapport aux régimes dont ils font partie. Cela dit, il peut arriver qu'il s'agisse d'un organe ou d'un administrateur étroitement lié à l'un ou l'autre des régimes considérés. Une clause de conflit non restrictive viendra alors étayer la primauté du traité qui s'inscrit dans le régime auquel ladite autorité est liée.

281. Les clauses de conflit concernant le but fondamental du traité sont alignées sur l'alinéa *b* de l'article 41 de la Convention de Vienne qui exige que les accords *inter se* ne soient pas contraires à l'objet et au but du traité initial. Les clauses soutiennent aussi souvent l'idée qu'il faut interpréter les traités de manière à préserver autant que faire se peut les droits et obligations prévus dans l'un et l'autre traités. L'harmonisation (le souci de la complémentarité) va dans le sens d'une gestion efficace.

282. Néanmoins, cette ouverture crée un risque de «partialité structurelle», c'est-à-dire que ce que l'on conçoit comme une solution «de type complémentaire» est déterminé en fonction des priorités de l'organe qui a pour mission d'interpréter la clause de conflit. Aussi est-il recommandé de rédiger les dispositions clefs des traités multilatéraux – et en particulier celles qui ont à voir avec les droits et obligations substantiels des parties – en termes suffisamment clairs pour qu'elles ne soient pas remises en question au stade de l'application.

³⁶⁷ Fitzmaurice et Elias, *Contemporary Issues ...*, *supra*, note 73, p. 335, et Wolfrum et Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, *supra*, note 22, p. 15 à 31.

c) Clause de conflit du Traité instituant la Communauté européenne

283. Les accords portant création d'organisations internationales contiennent souvent une clause de conflit. L'exemple le plus connu en est l'Article 103 de la Charte des Nations Unies (voir plus bas la section E). De même, l'article 307 (auparavant art. 234) du Traité instituant la Communauté européenne énonce une règle de conflit pour les accords entre États membres et tierces parties³⁶⁸. Le Traité instituant la Communauté européenne a la préséance absolue sur les accords que les États membres ont conclus entre eux. Par rapport aux États tiers cependant, l'article 307 prévoit ce qui suit:

Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1^{er} janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent traité.

Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec le présent traité, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les États membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune.

Dans l'application des conventions visées au premier alinéa, les États membres tiennent compte du fait que les avantages consentis dans le présent traité par chacun des États membres font partie intégrante de l'établissement de la Communauté et sont, de ce fait, inséparablement liés à la création d'institutions communes, à l'attribution de compétences en leur faveur et à l'octroi des mêmes avantages par tous les autres États membres.

284. Cet article accorde la priorité aux traités qu'un État membre a conclus avec des États tiers avant l'entrée en vigueur des traités de la CE à son égard³⁶⁹. La Cour de justice des

³⁶⁸ I. MacLeod, I.D. Hendry et Stephen Hyett, *The External Relations of the European Communities* (Oxford: Clarendon Press, 1996), p. 229, et Piet Eeckhout, *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations* (Oxford: Oxford University Press, 2004), p. 334. Voir également Jan Klabbers, «Re-Inventing the Law of Treaties: the Contribution of the EC Courts», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXX (1999), p. 45 à 74; Jan Klabbers, «Moribund on the Fourth of July? The Court of Justice on Prior Agreements of the Member States», *European Law Review*, vol. 26 (2001), p. 187 à 197; Christian N. K. Franklin, «Flexibility vs. Legal Certainty, Article 307 EC and Other Issues in the Aftermath of the Open Skies Cases», *European Foreign Affairs Review*, vol. 10 (2005), p. 79 à 115; P.J. Kuijper, «The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Legal Issues of European Integration*, vol. 25 (1998), n° 1, p. 1 à 23; F. E. Dowrick, «Overlapping International and European Laws», *ICLQ*, vol. 27 (1978), p. 629 à 660.

³⁶⁹ Klabbers, «Moribund on the Fourth of July?...», *ibid.*, p. 187 et 188.

Communautés européennes a eu souvent l'occasion d'en préciser la portée³⁷⁰. Dans l'affaire *Burgoa*, elle a confirmé que l'article 307 «a une portée générale et s'applique à toute convention internationale, quel que soit son objet, susceptible d'avoir une incidence sur l'application du traité»³⁷¹. Ni le libellé de cet article, ni la jurisprudence ultérieure n'acceptent l'extension de cette disposition aux accords conclus par des États membres après leur adhésion³⁷². Selon l'arrêt le plus connu, cette disposition couvre les droits des tierces parties et les obligations des États membres:

«Attendu que la requérante répond que les termes “droits et obligations” de l'article 234 se réfèrent, en ce qui concerne les “droits”, aux droits des États tiers et, en ce qui concerne les “obligations”, aux obligations des États membres; qu'en vertu des principes du droit international, un État, en assumant une obligation nouvelle contraire aux droits qui lui sont reconnus par un traité antérieur, renonce par le fait même à user de ces droits dans la mesure nécessaire à l'exécution de sa nouvelle obligation;³⁷³

Attendu que l'interprétation soutenue par la requérante est fondée et que l'exception soulevée par la défenderesse doit être rejetée;³⁷⁴».

285. La distinction entre les *droits* des États tiers et les *obligations* des États membres touche à la question de savoir si un État membre peut prétendre qu'il ne peut s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire à l'égard d'autres États membres en raison d'un traité qu'il a conclu avec des États tiers. Dans le cas susmentionné, le Gouvernement italien avait fait valoir qu'il ne pouvait honorer ses obligations en matière de commerce intracommunautaire du fait de ses engagements au titre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). La Cour n'a pas tardé à dissiper ses prétentions en déclarant

³⁷⁰ Eeckhout, *External Relations of the European Union...*, *supra*, note 368, p. 334.

³⁷¹ Affaire C-812/79, *Attorney General c. Juan C. Burgoa*, arrêt de la Cour du 14 octobre 1980, ECR (1980) 2787, p. 2802, par. 6 (version anglaise).

³⁷² Eeckhout, *External Relations of the European Union...*, *supra*, note 368, p. 335.

³⁷³ Affaire 10/61, *Commission de la Communauté économique européenne c. République italienne*, arrêt de la Cour du 27 février 1962, ECR I, par. II B.3. Voir également MacLeod et consorts, *The External Relations of the European Communities*, *supra*, note 368, p. 230, et Eeckhout, *External Relations of the European Union...*, *ibid.*, p. 337 et 338.

³⁷⁴ Affaire 10/61, *Commission de la Communauté économique européenne c. République italienne*, arrêt de la Cour du 27 février 1962, ECR I, par. II B.4.

que «le Traité C.E.E. prime, dans les matières qu'il règle, les conventions conclues avant son entrée en vigueur entre les États membres, y compris les conventions intervenues dans le cadre du GATT»³⁷⁵. Un État ne peut donc pas se prévaloir de l'article 307 dans ses relations avec des membres pour justifier des restrictions commerciales au sein de la Communauté³⁷⁶. La division des droits et obligations n'est pourtant pas sans poser problème³⁷⁷. Comme Klabbers l'a fait observer, l'article 307 s'applique de toute évidence aux traités bilatéraux comme aux traités multilatéraux «bilatéralisables». S'agissant des autres types de traités multilatéraux, l'article 307 n'a qu'une applicabilité limitée³⁷⁸.

286. L'article 307 n'impose aucune obligation à la Communauté elle-même. Cependant, comme la Cour européenne de justice l'a déclaré dans l'affaire *Burgoa*:

«Bien que l'article 234, alinéa 1, ne fasse état que des obligations des États membres, il manquerait son objectif s'il n'impliquait pas l'obligation des institutions de la communauté de ne pas entraver l'exécution des engagements des États membres découlant d'une convention antérieure. Toutefois, cette obligation des institutions communautaires ne vise qu'à permettre à l'État membre concerné d'observer les engagements qui lui incombent en vertu de la convention antérieure sans, pour autant, lier la Communauté à l'égard de l'État tiers intéressé³⁷⁹.».

287. En vertu de l'article 307 du Traité instituant la CE, les États membres sont autorisés à exécuter les accords antérieurs conclus avec des États tiers, et la Communauté est tenue de ne pas les en empêcher. Cependant, ils sont aussi obligés de prendre toutes les mesures nécessaires pour éliminer les incompatibilités entre leurs obligations communautaires et ces traités

³⁷⁵ Ibid., par. II B 5.

³⁷⁶ MacLeod et consorts, *The External Relations of the European Communities*, *supra*, note 368, p. 230. L'affaire 121/85 l'a confirmé, *Conegate Limited c. HM Customs & Excise*, arrêt de la Cour (quatrième chambre) du 11 mars 1986, ECR (1986) 1007, p. 1024.

³⁷⁷ Klabbers, «Re-Inventing the Law of Treaties...», *supra*, note 368, p. 63.

³⁷⁸ Ibid., p. 64 et 65.

³⁷⁹ Affaire C-812/79, *Attorney General c. Juan C. Burgoa*, arrêt de la Cour du 14 octobre 1980, ECR (1980) 2787, p. 2803, par. 9.

antérieurs³⁸⁰. Comme la Cour européenne de justice l'a fait observer, cela suppose le devoir de s'employer à aligner les obligations extérieures sur les obligations communautaires:

«...[S]i, dans le cadre de l'article 234 du Traité, les États membres ont le choix quant aux mesures appropriées à prendre, ils n'en ont pas moins l'obligation d'éliminer les incompatibilités existant entre une convention précommunautaire et le Traité CE. Si un État membre rencontre des difficultés rendant la modification d'un accord impossible, on ne saurait donc exclure qu'il lui incombe de dénoncer cet accord³⁸¹.

Quant à l'argument selon lequel pareille dénonciation comporterait une exclusion disproportionnée des intérêts liés à la politique extérieure [...] par rapport à l'intérêt communautaire, il y a lieu d'indiquer que l'équilibre entre les intérêts liés à la politique extérieure d'un État membre et l'intérêt communautaire trouve déjà son expression dans l'article 234 du Traité, dans la mesure où cette disposition permet à un État membre de tenir en échec une norme communautaire afin de respecter les droits des pays tiers résultant d'une convention antérieure et d'observer ses obligations correspondantes. Cet article leur donne également le choix des moyens appropriés afin que l'accord concerné soit rendu compatible avec le droit communautaire³⁸².».

288. La Cour européenne de justice part du principe que l'obligation énoncée à l'article 307 d'«éliminer les incompatibilités constatées» est assez stricte³⁸³. La Cour semble disposée à accepter qu'un État membre puisse avoir du mal à concilier ses engagements extérieurs avec le droit communautaire. Un État membre peut parfois avoir à dénoncer de tels engagements. En d'autres termes, comme Eeckhout l'a fait observer, les intérêts de politique étrangère ne peuvent primer cette obligation et un État membre ne peut en principe faire valoir que cette dénonciation y porterait atteinte³⁸⁴. Il relève par ailleurs que rien ne donne à penser qu'il puisse jamais arriver que la Communauté elle-même soit tenue de faire en sorte d'éliminer des incompatibilités, c'est-à-dire de modifier le droit communautaire³⁸⁵.

³⁸⁰ Ibid., p. 2807 à 2809, par. 23 à 26, et Jan Klabbers, «Moribund on the Fourth of July?...», *supra*, note 368, p. 188 et 189.

³⁸¹ Affaire C-62/98, *Commission des Communautés européennes c. République portugaise*, arrêt de la Cour du 4 juillet 2000, ECR (2000) I-05171, p. 5211 et 5212, par. 58 (version anglaise).

³⁸² Ibid., p. 5212, par. 59.

³⁸³ Klabbers, «Moribund on the Fourth of July?...», *supra*, note 368, p. 195 et 196.

³⁸⁴ Eeckhout, *External Relations of the European Union...*, *supra*, note 368, p. 342.

³⁸⁵ Ibid.

d) Clauses de déconnexion

289. Peut-être serait-il bon de s'intéresser ici à l'expansion de la clause dite de déconnexion qui figure dans les accords multilatéraux auxquels la Communauté européenne est partie. Il existe actuellement pas moins de 17 traités multilatéraux qui ont pour parties à la fois des membres et des non-membres de la Communauté européenne (et dans certains cas, la Communauté européenne elle-même), qui contiennent une clause en ce sens³⁸⁶. Cette clause a pour but, selon la Commission européenne, de veiller à l'application continue des règles communautaires entre États membres de la CE sans chercher à affecter les obligations qui lient les États membres et d'autres parties aux traités³⁸⁷. La formulation exacte de ces clauses diffère d'une convention

³⁸⁶ Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, 16 mai 2005, Varsovie, art. 52, par. 4; Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, 16 mai 2005, Varsovie, art. 40, par. 3; Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, 16 mai 2005, Varsovie, art. 26, par. 3; Convention du Conseil de l'Europe sur les relations personnelles concernant les enfants, 15 mai 2003, Strasbourg, art. 20, par. 3; Convention européenne relative à la protection du patrimoine audiovisuel, 8 novembre 2001, Strasbourg, art. 21; Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, 24 janvier 2001, Strasbourg, art. 11, par. 4; Convention européenne sur la promotion d'un service volontaire transnational à long terme pour les jeunes, 11 mai 2000, Strasbourg, art. 19, par. 2; Accord relatif au trafic illicite par mer, mettant en œuvre l'article 17 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, 31 janvier 1995, Strasbourg, art. 30, par. 3; Convention européenne concernant des questions de droit d'auteur et de droits voisins dans le cadre de la radiodiffusion transfrontière par satellite, 11 mai 1994, Strasbourg, art. 9, par. 1; Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, 21 juin 1993, Lugano, art. 25, par. 2; Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite, 5 juin 1990, Istanbul, art. 38, par. 2; Protocole à la Convention sur les opérations financières des «initiés», 11 septembre 1989, Strasbourg, art. 1; Convention européenne sur la télévision transfrontière, 5 mai 1989, Strasbourg, art. 27, par. 1; Convention européenne sur les opérations financières des «initiés», 20 avril 1989, Strasbourg, art. 16 *bis*; Convention conjointe Conseil de l'Europe/OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, 25 janvier 1988, Strasbourg, art. 27, par. 2; Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, 21 mai 2003, Kiev, art. 20, par. 2; Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, 24 juin 2005, Rome, art. 13, par. 3.

³⁸⁷ La Communauté européenne/Union européenne et ses États membres ont aussi inséré la déclaration suivante dans le rapport explicatif sur la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme:

à l'autre mais l'article 27 de la Convention conjointe Conseil de l'Europe/OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale de 1988 rend bien compte de l'essentiel:

Par dérogation aux dispositions de la présente Convention, les Parties, membres de la Communauté économique européenne, appliquent, dans leurs relations mutuelles, les règles communes en vigueur dans cette Communauté.

290. Certaines clauses de déconnexion, d'ordre général, intéressent l'ensemble d'un traité. D'autres ne sont que partielles ou restreintes³⁸⁸. La clause du paragraphe 2 de l'article 20 du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières est un bon exemple d'une

«En demandant l'inclusion de la "clause de déconnexion", la Communauté européenne/Union européenne et ses États membres réaffirment que leur objectif est de prendre en compte la structure institutionnelle de l'Union lorsqu'elles adhèrent à des conventions internationales, en particulier en cas de transfert de pouvoirs souverains des États membres à la Communauté. Cette clause n'a pas pour objectif de réduire les droits ou d'accroître les obligations des Parties non membres de l'Union européenne vis-à-vis de la Communauté européenne/Union européenne et de ses États membres, dans la mesure où ces dernières sont également parties à la présente Convention. La clause de déconnexion est nécessaire pour les dispositions de la Convention qui relèvent de la compétence de la Communauté/Union, afin de souligner que les États membres ne peuvent invoquer et appliquer, directement entre eux (ou entre eux et la Communauté/Union), les droits et obligations découlant de la Convention. Ceci ne porte pas préjudice à l'application complète de la Convention entre la Communauté européenne/Union européenne et ses États membres, d'une part, et les autres Parties à la Convention, d'autre part; la Communauté et les États membres de l'Union européenne seront liés par la Convention et l'appliqueront comme toute autre Partie à la Convention, le cas échéant, par le biais de la législation de la Communauté/Union. Ils garantiront dès lors le plein respect des dispositions de la Convention vis-à-vis des Parties non membres de l'Union européenne.»

En tant qu'instrument établi à l'occasion de la conclusion d'un traité au sens de l'article 31, par. 2 b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, cette déclaration fait partie du «contexte» de la présente Convention, *Série des Traités européens* n° 196, par. 272; voir également Loïc Azoulay, «The Acquis of the European Union and International Organizations», *European Law Journal*, vol. 11 (2005), en particulier p. 211, et Andrea Schulz, «The Relationship between the judgments project and other international instruments», Document préliminaire n° 24 de décembre 2003, Conférence de La Haye de droit international privé, http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pdl9e.pdf (dernière consultation le 31 mars 2006).

³⁸⁸ Pour une typologie, voir Constantin P. Economidès et Alexandros G. Kolliopoulos, «La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire: une pratique critiquable», *RGDIP* (2006, à paraître).

clause de déconnexion partielle, visant à remplacer certains articles uniquement du traité initial³⁸⁹. À titre d'exemple d'une clause de déconnexion conditionnelle, on pourrait mentionner le paragraphe 3 de l'article 26 de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme qui renvoie aux règles de la CE «sans préjudice de l'objet et du but de la présente Convention et sans préjudice de son entière application à l'égard des autres Parties». L'article 30 de l'Accord relatif au trafic illicite par mer, mettant en œuvre l'article 17 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes renferme une autre clause peut-être tout aussi ambiguë, selon laquelle «[l]orsque deux ou plusieurs Parties ont déjà conclu un accord ou un traité sur un sujet visé par le présent Accord, ou lorsqu'elles ont établi d'une autre manière leurs relations quant à ce sujet, elles pourront appliquer ledit accord ou traité ou arrangement en lieu et place du présent Accord, s'il facilite la coopération internationale»³⁹⁰.

291. Dans chaque cas, les règles du traité sont remplacées en totalité ou en partie, dans les relations entre membres de la CE, par des règles communautaires. Les obligations entre membres de la CE et autres parties au traité demeurent toutefois pleinement régies par le traité. L'inclusion de telles clauses dans les traités multilatéraux a été une source de préoccupation. Il a paru difficile de les classer par référence aux dispositions de la Convention de Vienne et l'effet exercé par la prolifération de ces clauses sur la cohérence du traité initial a suscité quelques problèmes³⁹¹.

292. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 30 de la Convention de Vienne, «Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent»³⁹². Cette formule couvre aussi les clauses de déconnexion. Aussi mieux vaut-il les analyser comme des clauses de conflit dont les traités sont assortis pour régir les conflits éventuels entre le droit communautaire et le traité. Ce qui est quelque peu préoccupant, c'est que ces clauses ne sont

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Ibid.

³⁹¹ Ibid.

³⁹² Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 30, par. 2.

ouvertes qu'à certaines parties au traité initial et que la teneur du droit communautaire auquel elles se réfèrent peut être à la fois incertaine et sujette à changement. Néanmoins, la différence avec les amendements *inter se* ordinaires qui s'appliquent aussi entre certaines parties seulement et peuvent être sujets à des modifications ultérieures, est ténue.

293. Dans quelles conditions ce type de clause est-il autorisé? Le premier critère réside bien évidemment dans son acceptation par toutes les parties de sorte que la question de sa validité ne se pose pas. Pourtant, on ne peut exclure que les autres parties puissent ne pas être au courant de l'importance réelle de la clause de déconnexion parce que les règles qui y sont énoncées (les règles pertinentes de la CE) sont obscures ou ont été modifiées ou interprétées d'une nouvelle façon, d'où la tentation d'assimiler les règles de la CE à un traité successif nouveau, relevant du paragraphe 4 de l'article 30 de la Convention de Vienne. Selon le paragraphe 5 de ce même article, «Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41»³⁹³. De cette façon, une clause de déconnexion ouverte serait *aussi* conditionnée par les exigences de l'article 41. Au cours des travaux préparatoires de la Convention de Vienne, le Président de la Commission a confirmé que les États qui faisaient usage de la possibilité de modifications *inter se* ne sauraient avoir une liberté absolue et que toute modification devait tenir compte de l'objet et du but du traité³⁹⁴. Dans le cadre du sujet sur les réserves, Pellet a pris le même parti en expliquant qu'une réserve expressément autorisée sans être déterminée doit aussi être compatible avec l'objet et le but du traité³⁹⁵. Si le consentement initial des parties porte normalement sur la portée et la teneur de la clause de déconnexion, dans l'hypothèse où le règlement visé dans cette clause doit être modifié, la modification ne peut être autorisée que dans la mesure où, selon le paragraphe 1 de l'article 41 de la Convention de Vienne, elle «ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations [ou] ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble».

³⁹³ Il y a eu chevauchement dans le processus de rédaction des deux articles. Voir les sections D.2 b) et D.4.

³⁹⁴ Commission du droit international, 876^e séance, tenue le 22 juin 1966, *Annuaire... 1966*, vol. I, deuxième partie, p. 242.

³⁹⁵ Alain Pellet, Dixième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/558/Add.1 (2005), p. 3 et 4.

294. De même que la modification *inter se*, une clause de déconnexion permet à un groupe limité de parties de promouvoir les objectifs du traité en prenant des mesures qui correspondent à leur situation particulière. Mais à l'instar des accords *inter se*, cette pratique risque de miner le régime conventionnel initial. L'effet réel d'une clause de déconnexion dépend de son libellé. Ces clauses ont malgré tout pour point commun de chercher à remplacer en totalité ou en partie un traité par un régime différent qui ne devrait devenir applicable qu'entre certaines parties. L'essentiel de la clause ne réside pas dans son libellé mais dans le régime auquel elle renvoie. C'est la conformité de ce régime quant au fond avec le traité lui-même qui est vraiment source de préoccupation. Du point de vue des autres parties au traité, l'emploi de la clause de déconnexion risque d'être discriminatoire, politiquement incorrect ou tout simplement de prêter à confusion³⁹⁶. Pour remédier à ces soucis, des clauses de déconnexion sont libellées de façon à être «sans préjudice de l'objet et du but de la présente Convention». Néanmoins, même en l'absence d'une telle référence, la condition de conformité avec l'objet et le but du traité peut, comme on l'a vu plus haut, découler des règles posées pour la modification *inter se*. Pour apprécier cette conformité, il semble que deux choses soient à prendre en considération. Premièrement, une clause de déconnexion est convenue entre toutes les parties au traité. De ce point de vue, la pratique ne semble pas poser de problèmes. La validité d'une clause de déconnexion tient au consentement des parties. En revanche, il n'est pas évident que les parties soient toujours bien informées de la teneur du régime auquel la clause renvoie et sachent que ce régime peut changer indépendamment de la volonté des autres parties, voire à leur insu. En pareil cas, le critère de la conformité avec l'objet et le but du traité contribuera à l'appréciation de la pratique des parties au traité. Comme ailleurs, la question de savoir si les dispositions auxquelles

³⁹⁶ Voir par exemple le discours de Serhiy Holovaty, Président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le 7 avril 2005 à la vingt-sixième Conférence des Ministres de la justice européens à Helsinki, http://www.coe.int/T/E/Com/Files/Ministerial-Conferences/2005-Helsinki/disc_holovaty.asp (dernière consultation le 31 mars 2006); Rapport soumis au Comité permanent en vertu de la procédure d'urgence par la Rapporteuse M^{me} Ruth-Gaby Vermot-Mangold concernant le projet de convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, 15 mars 2005, <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc05/EDOC10474.htm> (dernière consultation le 31 mars 2006); Peter J. Kuijper: «The Conclusion and Implementation of the Uruguay Rounds results by the European Community», *EJIL*, vol. 6 (1995), p. 223 et 224; Interim Health Protection Agency operational statement on the International Health Regulations, 12 mai 2004, http://www.hpa.org.uk/hpa/international/IHR_statement.htm (dernière consultation le 31 mars 2006).

renvoie le traité sont, pour reprendre les mots de Fitzmaurice, des dispositions de type «intégral» ou «interdépendant» qui ne sauraient être dissociées du traité, doit se poser.

4. Accords *inter se*

295. Comme on l'a remarqué plus haut, au cours des discussions à la Commission sur le conflit de traités, les intervenants n'ont cessé de faire la distinction entre accords postérieurs entre certaines des parties au traité pour *modifier* l'application du traité dans leurs relations *inter se* et traités postérieurs auxquels participent d'autres États en plus des parties au traité antérieur. Le premier cas, celui des accords *inter se*, relève de l'article 41 de la Convention de Vienne.

296. Les Rapporteurs spéciaux de la Commission ont souligné l'importance pratique des modifications *inter se* aux traités multilatéraux. Lauterpacht a fait observer qu'il s'agissait d'une technique couramment utilisée qui permettait de développer des traités pour les adapter aux relations entre certaines parties, la seule question étant de savoir si un tel accord pouvait affecter les droits des autres parties au traité au point de lui faire perdre sa validité³⁹⁷.

Fitzmaurice a décrit le traité *inter se* comme «l'un des principaux moyens, de plus en plus utilisé à l'heure actuelle, qui permet de modifier l'état de choses résultant d'un traité d'une façon souhaitable et peut-être nécessaire»³⁹⁸. Waldock convenait que la pratique confirmait que la technique des accords *inter se* était devenue actuellement «une méthode normale de révision des traités multilatéraux généraux»³⁹⁹.

C'est ainsi que la Convention de Genève de 1864 pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne a été modifiée en 1906 par une nouvelle convention prévoyant expressément qu'après ratification cette Convention remplacerait celle de 1864 dans les relations entre les États contractants, mais que la Convention de 1864 resterait en vigueur dans les rapports avec les parties qui n'auraient pas ratifié la nouvelle Convention. Une disposition analogue figure dans la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, qui a révisé la Convention antérieure de 1899⁴⁰⁰.

³⁹⁷ H. Lauterpacht, Deuxième rapport, *Annuaire... 1954*, vol. II, p. 136 [anglais seulement].

³⁹⁸ Fitzmaurice, Troisième rapport, *ibid.*, 1958, vol. II, p. 45 et 46, par. 89 (commentaire relatif au projet d'article 18, par. 8).

³⁹⁹ Waldock, Troisième rapport, *ibid.*, 1964, vol. II, p. 49.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

297. Effectivement, la conclusion d'accords entre un nombre limité de parties à un traité multilatéral est une pratique de longue date, souvent prévue dans les clauses finales du traité lui-même⁴⁰¹. Ces accords *inter se* ne dérogent pas nécessairement au traité. Ils contribuent bien au contraire à le compléter, le mettre à jour et le renforcer dans ses relations entre les parties au traité qui le modifie. Il n'y a aucune raison en pareil cas de ne pas leur permettre d'avoir plein effet.

298. Par exemple, la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, comme la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, permettent, dans leur domaine respectif, la conclusion d'accords qui prévoient l'octroi du traitement le plus favorable ou confirment, complètent, étendent ou développent leurs dispositions pertinentes⁴⁰². On trouve un exemple de ce dernier cas dans l'accord conclu entre la Tchécoslovaquie et l'Autriche le 14 mars 1979, dans lequel les deux États se disent «désireux de confirmer et de compléter cette Convention (de 1963) dans l'esprit du paragraphe 2 de son article 73 et de contribuer ainsi à la poursuite du développement des relations d'amitié entre les deux États selon les dispositions de l'acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe»⁴⁰³. Par ailleurs, les États membres du Conseil de l'Europe, parties à la Convention de Vienne sur les relations consulaires, ont conclu le 11 décembre 1967 la Convention européenne sur les fonctions consulaires, qui étend les privilèges pertinents au-delà de ce que la Convention de Vienne avait prévu, en constatant que ces règles particulières ont été établies en raison de l'étroite coopération qui les unit⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Pour une analyse des cas d'école où des traités multilatéraux ont été mis à jour et améliorés par des accords «spéciaux» postérieurs (*inter se*), voir Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts ...*, *supra*, note 21, p. 114 à 119.

⁴⁰² Art. 47 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95, et art. 72 et 73, par. 2, de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, p. 261.

⁴⁰³ Cet accord ajoute aux catégories de personnes définies dans l'article premier de la Convention de 1963 entre autres celle de «membres de la famille», et élargit les fonctions consulaires définies dans les différents paragraphes de l'article 5 de la Convention. Voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1224, p. 21.

⁴⁰⁴ Préambule, *Série des Traités européens* (Conseil de l'Europe: Strasbourg, 1993), vol. II, n° 61, p. 274. Les États membres du Conseil de l'Europe ont conclu de multiples accords *inter se*

299. Un exemple de traité multilatéral qui contient une disposition encourageant les États parties à conclure des accords visant à étendre et développer le régime du traité est celui du Traité de non-prolifération des armes nucléaires du 1^{er} juillet 1968 qui dispose à l'article 7 qu'«aucune clause du présent Traité ne porte atteinte au droit d'un groupe quelconque d'États de conclure des traités régionaux de façon à assurer l'absence totale d'armes nucléaires sur leurs territoires respectifs». En conséquence, plusieurs accords régionaux renforçant l'interdiction des armes nucléaires au niveau régional ont été conclus⁴⁰⁵.

300. Bien que les Rapporteurs spéciaux aient tous convenu que la faculté de conclure des accords *inter se* ne pouvait pas être illimitée, dans un premier temps, ils ont insisté sur la nécessité d'agir de bonne foi, en consultation avec les autres parties⁴⁰⁶. La Commission s'est penchée de près sur le processus de notification aux autres parties de l'intention de conclure un accord *inter se*⁴⁰⁷. En 1964, ses travaux ont donné naissance à un projet séparé (projet

introduisant dans leurs relations des régimes spéciaux plus avancés que les régimes généraux des traités multilatéraux fondés sur le but du Conseil de l'Europe qui est «... de réaliser une union plus étroite entre ses membres, afin [...] de favoriser leur progrès économique et social, [et que] ce but peut être atteint notamment par la conclusion d'accords» et par l'adoption d'une action commune dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif; voir à titre d'exemple la Convention européenne relative aux formalités prescrites pour les demandes de brevets du 11 décembre 1953, et la Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention du 27 novembre 1963, conclues sur la base de l'article 15 de la Convention internationale de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, révisée en 1934. Pour les textes, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 218, p. 27; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, p. 369.

⁴⁰⁵ Voir par exemple le Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie du Sud-Est (Traité de Bangkok) du 15 décembre 1995, le Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud du 6 août 1985 (Traité de Rarotonga) entre les États du Pacifique Sud (Australie, Nouvelle-Zélande et États insulaires de la région) et le Traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique du 11 avril 1996 (Traité de Pelindaba), établissant des zones exemptes d'armes nucléaires respectivement en Asie du Sud-Est, dans le Pacifique (où un protocole interdit expressément tout essai nucléaire) et en Afrique. Pour les textes, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 729, p. 169; ILM, vol. 36, p. 635; ILM, vol. 24, p. 1440; ILM, vol. 35, p. 698.

⁴⁰⁶ Waldock, Troisième rapport, *Annuaire... 1964*, vol. II, p. 47.

⁴⁰⁷ Commission du droit international, 745^e séance tenue le 15 juin 1964, compte rendu analytique, *Annuaire... 1964*, vol. I, p. 150.

d'article 69) sur la question⁴⁰⁸. Une bonne partie du débat portait encore sur la notification, bien que Bartos s'intéressât au cas où l'accord *inter se* «touche indirectement les intérêts des parties au traité initial»⁴⁰⁹. Dans son sixième rapport, Waldock présentait le projet d'article 67 consacré aux «Accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement»⁴¹⁰. Cet article a été généralement bien accueilli par les gouvernements et, dans les débats à la Commission en 1966, Reuter a fait observer qu'il représentait un compromis ingénieux entre deux exigences, celle de reconnaître les droits des parties à un traité dans sa forme initiale et celle de permettre la modification du traité pour tenir compte de certaines nécessités internationales⁴¹¹. C'est la base sur laquelle la Conférence de Vienne a adopté ce qui est devenu l'article 41:

Article 41

Accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement

1. Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement:
 - a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité; ou
 - b) Si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle:

⁴⁰⁸ Commission du droit international, 745^e séance tenue le 15 juin 1964, compte rendu analytique, *ibid.*, p. 151, voir aussi p. 149 à 155.

⁴⁰⁹ Commission du droit international, 764^e séance tenue le 13 juillet 1964, compte rendu analytique, *ibid.*, p. 285.

⁴¹⁰ Sir Humphrey Waldock, Sixième rapport, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 129 et 130. L'article 67 (Accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement) est ainsi conçu: «Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations seulement: a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité; ou b) Si la modification en question: i) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité, ni à l'accomplissement de leurs obligations; ii) Ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective des objets et des buts du traité pris dans son ensemble; iii) N'est pas interdite par le traité.»

⁴¹¹ Commission du droit international, 876^e séance tenue le 23 juin 1966, *Annuaire... 1966*, vol. I, deuxième partie, p. 242.

- i) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations; et
- ii) Ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble.

2. À moins que, dans le cas prévu à l'alinéa *a* du paragraphe 1, le traité n'en dispose autrement, les parties en question doivent notifier aux autres parties leur intention de conclure l'accord et les modifications que ce dernier apporte au traité⁴¹².

301. Les accords *inter se* engendrent deux ordres de relations juridiques: l'un «général» qui s'applique entre toutes les parties au traité initial, l'autre «spécial» qui s'applique entre les États parties à l'accord *inter se*. Cependant cette situation n'est pas propre aux accords *inter se*. Ainsi, la faculté de formuler des objections à des réserves ou de les accepter peut faire qu'un traité multilatéral ait, d'un côté, une validité globale entre les parties dans leur ensemble et, de l'autre, une validité restreinte entre ces parties et les États réservataires⁴¹³.

302. Il peut aussi se produire une situation analogue dans le processus d'amendement des traités si certaines des parties s'avisent de réviser le traité mais que les parties n'acceptent pas toutes la révision. Le traité demeure alors en vigueur sous sa forme initiale pour les parties qui ne participent pas à l'amendement⁴¹⁴. Il en va de même pour les parties qui ne ratifient pas les amendements: le traité initial demeure en vigueur entre elles alors que le traité modifié entre en vigueur pour les autres⁴¹⁵. La différence entre «amendements» et accords *inter se* au titre de l'article 41 tient à ce que ces derniers ont pour but non pas de réviser le traité initial, mais

⁴¹² Une disposition analogue a également été prévue à l'article 41 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, A/CONF.129/15. Voir également ILM, vol. 25, (1986), p. 543. Elle vise le cas d'un accord entre deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral tendant à modifier le traité dans leurs relations uniquement. On peut concevoir que de tels accords *inter se* relèvent de la *lex posterior* ou de la *lex specialis*. Mais quels que soient les arguments avancés, la disposition s'applique de la même façon.

⁴¹³ Voir Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, révisé par Philippe Cahier (Paris: PUF, 1995), 3^e éd., p. 76.

⁴¹⁴ Voir la déclaration de M. Yasseen à la 746^e séance de la Commission, *Annuaire... 1964*, vol. I, p. 161, par. 51.

⁴¹⁵ Voir la déclaration de M. Castrén à la 752^e séance de la Commission, *ibid.*, p. 201, par. 67.

simplement de modifier son application dans les relations entre certaines parties⁴¹⁶. L'article 41 est censé ne viser que ce dernier cas⁴¹⁷.

303. L'article 41 cherche un compromis entre deux exigences, celle de répondre aux besoins d'un nombre limité de parties qui souhaitent régler leurs relations par des règles *inter se* et celle d'autoriser les autres parties à continuer d'appliquer le régime conventionnel sous sa forme initiale. Il reconnaît le droit des parties à un traité multilatéral à créer par un accord *inter se* un régime spécial, mais en soumettant l'exercice de ce droit à des conditions strictes, il vise à protéger le régime général du traité.

a) Conditions applicables à la conclusion d'accords *inter se*

304. Il va de soi qu'un traité peut, expressément, soit autoriser soit interdire complètement ou en partie la conclusion d'accords *inter se*. La question de la licéité de tels accords se pose lorsqu'un traité n'en parle pas ou dans la mesure où il n'en parle pas. Il peut arriver qu'une modification affecte les intérêts ou les droits des autres parties au traité ou la réalisation de l'objet et du but du traité. Aussi l'article 41 de la Convention de Vienne soumet-il la conclusion d'accords *inter se* à des conditions strictes⁴¹⁸. Un accord *inter se* est autorisé à condition qu'il:

⁴¹⁶ La Commission a rejeté le terme de «révision» à cause de ses connotations politiques, au profit de ceux d'«amendement» pour signifier l'altération d'un traité multilatéral par toutes les parties et de «modification» pour signifier l'altération d'un traité multilatéral par un accord *inter se*, cas traité dans un article à part. Voir les débats à la 747^e séance de la Commission, *ibid.*, p. 161 à 168.

⁴¹⁷ La Commission a néanmoins jugé nécessaire d'énoncer cette distinction dans son rapport à l'Assemblée générale en disant: «... il existe une différence essentielle entre les accords de modification conçus comme devant modifier un traité entre les parties dans leur ensemble et les accords conçus *ab initio* comme devant modifier l'application du traité dans les relations entre certaines des parties seulement, autrement dit, conçus comme des accords *inter se*. S'il est vrai qu'un instrument de modification proprement dit peut, lui aussi, n'entrer finalement en application, qu'à l'égard d'un certain nombre de parties, la Commission n'en a pas moins estimé qu'il fallait faire une distinction bien tranchée entre le processus de la modification *stricto sensu* et les accords *inter se* modifiant l'application du traité pour un nombre limité de parties.» *Annuaire... 1964*, vol. II, p. 206, par. 9.

⁴¹⁸ Voir la déclaration faite par Sir Humphrey Waldock à la 860^e séance de la Commission: «La Commission cependant attache de l'importance à l'article 67 et en fixant des conditions assez rigoureuses au paragraphe 1, elle a admis que les accords *inter se* peuvent représenter une menace virtuelle pour les intérêts des autres parties à l'accord initial.» *Annuaire... 1966*, vol. I,

- «i) ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations; et
- ii) ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble».

i) Préservation des droits et des intérêts des parties au traité initial

305. Le paragraphe 1 b) i) de l'article 41 énonce la première des conditions à laquelle un accord *inter se* doit satisfaire, à savoir qu'il ne doit porter atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations, ce qui semble aller de soi⁴¹⁹. Les effets juridiques d'un accord *inter se* sont limités aux parties, lesquelles restent liées par le traité initial et doivent continuer à l'honorer dans leurs relations avec les autres parties comme si l'accord *inter se* n'existait pas. Cependant, dans certains cas, les rédacteurs du traité initial peuvent avoir expressément prévu et autorisé des types particuliers de dérogations *inter se*. Par exemple, l'article XXIV de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce prévoit l'établissement et le fonctionnement d'«unions douanières» et de «zones de libre-échange» sous réserve que «les droits de douane appliqués ... ne seront pas, dans leur ensemble, ... d'une incidence générale plus élevée, ni les autres réglementations commerciales, plus rigoureuses que ne l'étaient les droits et réglementations commerciales en vigueur ... avant l'établissement de

deuxième partie, p. 141, par. 88. L'article 22 b) du projet de convention sur le droit des traités énonçait des conditions similaires pour les accords *inter se*, Harvard Research in International Law, *A.J.I.L.*, vol. 29, Supplément (1935), p. 1016 à 1024. Voir également Francesco Capotorti, «L'extinction et la suspension des traités», *Recueil des cours...*, vol. 134 (1971), p. 509; Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts...*, *supra*, note 21, p. 57 à 59.

⁴¹⁹ La condition selon laquelle un accord *inter se* ne doit pas ajouter («porter atteinte») au respect de leurs obligations par les autres parties a été incluse dans l'article 41 suite à une déclaration de M. Paredes. Ce dernier avait fait valoir qu'un accord *inter se* ne devait absolument pas leur imposer des obligations ou des charges plus lourdes. Il a cité l'exemple d'un accord *inter se* ayant trait à la navigation sur un fleuve ou un canal prévoyant qu'il pourra être emprunté par des navires d'un plus fort tirant d'eau ou être utilisé à d'autres périodes de l'année qu'il n'était prévu dans le traité original, et imposant par là des obligations ou charges plus lourdes aux parties au traité original qui ne sont pas parties à l'accord *inter se*. 764^e séance, *Annuaire... 1964*, vol. I, p. 285, par. 79. Voir également le commentaire de l'article 22 b) du projet de convention sur le droit des traités, Harvard Research in International Law, *A.J.I.L.*, vol. 29, Supplément (1935), p. 1016 à 1024.

l'union»⁴²⁰. On part ici clairement de l'hypothèse que les accords de commerce régionaux ne portent généralement pas atteinte au système multilatéral de libre-échange. Mais ces accords peuvent aussi créer des intérêts catégoriels et faire obstacle à toute harmonisation du commerce plus ambitieuse. Cela dit, le système de règlement des différends de l'OMC a souvent renvoyé à ces accords et l'idée n'a certainement jamais été émise qu'ils auraient été conclus a priori en violation de l'Accord général⁴²¹.

306. En revanche, l'Accord général ne contient pas de règles applicables au cas d'un accord *inter se* conclu entre deux ou plusieurs membres visant à *restreindre* entre eux le flux commercial. En l'absence de telles règles, rien ne semble interdire à des membres de conclure un accord *inter se* à l'effet de ne pas invoquer dans leurs relations mutuelles les articles III et XI de l'Accord général par exemple⁴²² au sujet de certaines restrictions au commerce qu'ils estiment justifier. Il est clair que cet accord affecterait les droits et obligations des autres membres de l'OMC mais dans un sens positif; la condition posée dans l'article 41 est donc respectée⁴²³.

307. Un accord *inter se* peut parfois ne pas porter directement atteinte aux droits des autres parties tout en risquant de léser leurs intérêts⁴²⁴. On part cependant généralement du principe que la participation à un traité multilatéral crée une communauté d'intérêts et une solidarité

⁴²⁰ Art. XXIV, Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 55, p. 187.

⁴²¹ Voir par exemple l'affaire *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, 31 mai 1999, WTO/DS34/R, par. 9.97, («nous tenons compte du fait que le nombre ainsi que l'importance des accords commerciaux régionaux se sont beaucoup accrus depuis la création du GATT de 1947 et que ces accords régissent aujourd'hui une proportion notable du commerce mondial»). En janvier 2005, 312 accords commerciaux régionaux avaient été notifiés à l'OMC, dont 170 restaient en vigueur. Voir Isabelle van Damme, «What Role is there for Regional International Law in the Interpretation of WTO Agreements?» dans Lorans Bartels et Frederico Ortino (éd.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System* (Oxford: Oxford University Press, 2006, à paraître).

⁴²² Ces articles proscrivent respectivement la discrimination à l'encontre des importations au profit des produits nationaux et l'élimination des restrictions quantitatives aux frontières.

⁴²³ V. Joost Pauwelyn, «The Role of Public International Law in The WTO, ...?» *supra*, note 42, p. 548 et 549.

⁴²⁴ Voir les déclarations de MM. Verdross et Castrén à la 860^e séance de la Commission, *Annuaire... 1966*, vol. I, deuxième partie, p. 126, par. 58 et 59.

impliquant pour les parties la possibilité d'exprimer leurs opinions sur la compatibilité des arrangements spéciaux passés entre un nombre restreint de parties à ce traité, avec l'ensemble du régime qu'il établit. C'est surtout le cas de traités visant à uniformiser les règles de droit dans des domaines particuliers. Cette idée trouve un écho dans le paragraphe 3 de l'article 311 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer où est posée la condition que les accords *inter se* n'affectent pas «l'application des principes fondamentaux énoncés dans la Convention et ne portent atteinte ni à la jouissance par les autres États Parties des droits qu'ils tiennent de la Convention, ni à l'exécution de leurs obligations découlant de celle-ci»⁴²⁵.

308. Il est bien sûr difficile de dire dans l'abstrait ce qu'il faut entendre par «obligation de solidarité». Dans la plupart des cas, il y a toutes les chances pour qu'elle soit couverte par la deuxième condition énoncée à l'article 41, à savoir que l'accord *inter se* «ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble».

ii) Préservation de l'objet et du but du traité multilatéral

309. La notion d'incompatibilité avec l'objet et le but du traité a d'abord été énoncée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Réserves* (1951) avant de se répandre et d'être appliquée en particulier aux réserves. Elle occupe aussi une place de premier plan dans la Convention de Vienne, notamment dans les articles 18 (obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur), 19 (formulation des réserves), 31 (règle générale d'interprétation), 41 (accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement), 58 (suspension de l'application d'un traité multilatéral par accord entre certaines parties seulement) et 60 (extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation). La notion d'objet et de but a été relativement peu traitée dans les ouvrages spécialisés jusqu'à ce que les rapports de la Commission sur les réserves étudient la question en profondeur⁴²⁶. Les préoccupations qui se

⁴²⁵ Non souligné dans l'original.

⁴²⁶ Pour un aperçu et une analyse récents, voir Alain Pellet, *Dixième rapport*, A/CN.4/558/Add.1 (2005). Voir également Isabelle Buffard et Karl Zemanek, «“Object and Purpose” of a Treaty: an enigma?», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3 (1998), p. 311 à 343, et

sont exprimées dans ces débats ne sont pas foncièrement différentes de celles qui entrent aussi en ligne de compte quand il s'agit de se prononcer sur la licéité des accords *inter se* au titre de l'article 41 et du paragraphe 1 b) ii) de l'article 58 qui traite de la suspension de l'application d'un traité multilatéral⁴²⁷.

310. Au cours des travaux préparatoires de la Convention de Vienne, la Commission a focalisé son attention sur la distinction entre traités contenant (simplement) des obligations réciproques et traités contenant des obligations non-réciproques – c'est-à-dire «de type plus absolu». Dans le premier cas, les accords *inter se* ne posent pas de graves problèmes. Leur licéité découle de ce qu'ils n'affectent normalement que les relations bilatérales ou, si leurs effets vont plus loin, sont positifs pour les autres parties⁴²⁸. On peut considérer l'accord *inter se* comme un développement du traité, tout à fait en phase avec son système de valeurs, son objet et son but.

311. Cependant, s'agissant d'obligations qui ne peuvent être réduites à des relations bilatérales, un accord *inter se* peut être plus facilement considéré comme contraire à l'objet et au but du traité. Au cours des travaux à la Commission, les traités énonçant des obligations non-réciproques ont été classés en fonction du type «absolu», «intégral» ou «interdépendant» de ces obligations⁴²⁹. Bien qu'aucun de ces qualificatifs n'ait été repris dans l'article 41, on s'est accordé à penser que les traités n'étaient pas tous de même nature à cet égard. Ainsi, par exemple, le paragraphe 2 c) de l'article 60 de la Convention de Vienne prévoit une règle spéciale autorisant à «toute partie autre que l'État auteur de la violation à invoquer la violation comme motif pour suspendre l'application du traité en totalité ou en partie en ce qui la concerne si ce traité est d'une nature telle qu'une violation substantielle de ses dispositions par une partie modifie radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution ultérieure de ses

Jan Klabbers, «Some Problems Regarding the Object and Purpose of Treaties», *The Finnish Yearbook of International Law*, vol. VIII (1997), p. 138 à 160.

⁴²⁷ Voir art. 57 (art. 58 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), *Projet d'articles sur le droit des traités, commentaires, Annuaire... 1966*, vol. II, deuxième partie, p. 276 à 278.

⁴²⁸ Voir par exemple Fitzmaurice, *Troisième rapport, Annuaire... 1958*, vol. II, p. 45 et 46, par. 88 et 89.

⁴²⁹ Voir généralement Fitzmaurice, *ibid.*, p. 42 à 47, par. 77 à 94; *Annuaire... 1964*, vol. II, p. 198, par. 10, et *Troisième rapport*, p. 38 et 39, par. 17. Voir également les paragraphes 109 à 262 ci-dessus.

obligations en vertu du traité». De même, l'alinéa *b ii*) de l'article 42 du projet d'articles de la Commission sur la responsabilité des États (2001) fait référence à des obligations que le commentaire qualifie d'«interdépendantes» – à savoir des obligations «dont la violation doit être considérée comme affectant, en tant que telle, tous les autres États auxquels l'obligation est due»⁴³⁰.

312. La pertinence de la distinction entre ces deux types de traités ne fait place à aucun doute. La Convention de Vienne de 1961 sur le droit des traités et la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires sont des exemples de traités qui contiennent essentiellement des obligations de type réciproque. Les parties peuvent à volonté y déroger dans leurs relations *inter se*. Il n'en va pas de même en ce qui concerne un traité de désarmement, par exemple, d'après lequel le respect par une partie de ses obligations est une condition *sine qua non* de l'exécution des leurs par les autres parties. Un manquement de la part d'une partie est effectivement un manquement à l'égard de toutes les autres parties⁴³¹. Une convention relative aux droits de l'homme est l'exemple même du traité de type absolu et «intégral». Les obligations qu'elle impose sont indépendantes de toute attente de réciprocité ou d'exécution de leurs obligations de la part des autres parties.

313. Ce sont surtout des accords *inter se* qui modifient des traités contenant des obligations de type non réciproque («intégral», «interdépendant» ou «absolu») qui risquent d'affecter la réalisation de l'objet et du but du traité et qui sont ainsi interdits par le paragraphe 1 b) ii) de l'article 41 de la Convention de Vienne. Il reste à régler la question de la procédure permettant de déterminer l'«incompatibilité». Selon la principale règle énoncée par la Cour dans l'avis consultatif dans l'affaire des *Reserves*, chaque État apprécie pour son propre compte si la réserve est ou non compatible avec l'objet et le but du traité et décide de la suite à donner à une réserve

⁴³⁰ Voir projet d'articles sur la responsabilité des États, commentaire relatif à l'article 42, par. 13, dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10). Les exemples mentionnés sont ceux d'«un traité de désarmement, un traité de dénucléarisation, ou tout autre traité dont l'exécution par chacune des parties dépend effectivement de son exécution par chacune des autres parties, et exige cette exécution».

⁴³¹ Pour l'exemple, voir également *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 278, par. 8. Voir également le commentaire relatif à l'alinéa *b ii*) de l'article 42 du projet d'articles de la Commission sur la responsabilité des États (en particulier le paragraphe 13), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10).

formulée par un autre État⁴³². La question est laissée à la discrétion des parties, encore que celles-ci doivent naturellement faire preuve de bonne foi⁴³³. Rien ne prouve qu'il n'en aille pas de même dans le cas des accords *inter se*: chaque partie à un traité multilatéral est libre de formuler une objection à la conclusion d'un accord *inter se* au motif que l'accord risque d'entraver la réalisation de l'objet et du but du traité⁴³⁴.

iii) Autres situations

314. Il peut naturellement arriver que les rédacteurs d'un traité multilatéral, animés du désir de maintenir et de consolider ses règles, insèrent des clauses interdisant aux parties de conclure des accords y dérogeant ou encore des clauses assurant la primauté de la règle contenue dans le traité multilatéral par rapport à la règle contenue dans un accord spécial, établissant ainsi une hiérarchie entre normes conventionnelles. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer en est un exemple. Selon le paragraphe 6 de son article 311, «Les États Parties conviennent qu'aucune modification ne peut être apportée au principe fondamental concernant le patrimoine commun de l'humanité énoncé à l'article 136 et qu'ils ne seront parties à aucun accord dérogeant à ce principe.»⁴³⁵.

315. Une autre clause de conflit peut permettre aux parties de conclure des accords *inter se* à condition de ne pas contrevenir aux règles établies par le traité initial. Il en est ainsi de l'article 19 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de 1979⁴³⁶. Mais, dans la plupart des cas, les traités ne contiennent pas de clauses permettant ou interdisant

⁴³² *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Avis consultatif, C.I.J., Recueil 1951, p. 26.*

⁴³³ Voir Paul Reuter, *Introduction au droit des traités, supra*, note 74, p. 74 et 75.

⁴³⁴ Voir D.N. Hutchinson, «Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties», *BYBIL*, vol. 59 (1989), p. 190.

⁴³⁵ Pour le texte, voir Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 3; voir le commentaire sur l'article 311, par. 6, dans M. Nordquist (éd.), *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), vol. V, p. 241 et suiv.

⁴³⁶ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 828, p. 305.

les accords *inter se*, si bien qu'il faudra déterminer la faculté des parties de conclure de tels accords en fonction des critères énumérés à l'article 41 dont le but est de permettre la modification du traité si et dans la mesure où elle ne porte pas atteinte à l'unité ou à l'efficacité du régime conventionnel.

b) Notification aux autres parties et réaction de celles-ci

316. D'après le paragraphe 2 de l'article 41 de la Convention de Vienne, un accord *inter se* doit être notifié aux autres parties, et ce à temps pour qu'elles puissent réagir⁴³⁷. La Commission, après avoir considéré en 1964 que la règle de la notification s'appliquait à toute proposition de conclure un accord *inter se*, a finalement, à la suite des observations du Gouvernement néerlandais, retenu l'idée que l'intention de conclure un accord *inter se* devait être notifiée aux autres parties, sauf dans les cas où le traité lui-même prévoyait la possibilité de conclure de tels accords⁴³⁸. Dans ce dernier cas, le traité peut exiger la notification de la conclusion et de l'extinction d'un accord *inter se*. La Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants du 20 mai 1980 dispose par exemple, au paragraphe 2 de son article 20, que lorsque deux ou plusieurs parties établissent un système particulier de reconnaissance ou d'exécution entre autres par voie contractuelle, elles peuvent appliquer ce système à la place de la présente Convention ou toute partie de celle-ci. Les parties qui veulent s'en prévaloir doivent «... notifier leur

⁴³⁷ Cette disposition a été, au moment de son adoption, un exemple de développement progressif du droit international plutôt que de codification. Voir la déclaration de Sir Humphrey Waldock à la 764^e séance de la Commission, *Annuaire... 1964*, vol. I, p. 286, par. 102. Cette idée est confortée par le fait que, lorsque la Commission a débattu de la notification, certains membres étaient d'avis que la notification s'imposait uniquement dans le cas d'accords *inter se* non prévus dans les traités multilatéraux, alors que pour d'autres elle n'était nécessaire que dans le cas d'un traité multilatéral conclu entre un petit nombre d'États. Voir les déclarations faites par M. Ago à la 745^e séance de la Commission, *Annuaire... 1964*, vol. I, p. 215, par. 85, et par M. Tounkine à la 764^e séance, *Annuaire... 1964*, vol. I, p. 286, par. 97.

⁴³⁸ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 93, par. 3.

décision au Secrétaire général du Conseil de l'Europe. Toute modification ou révocation de cette décision doit également être notifiée»⁴³⁹.

317. Le paragraphe 2 de l'article 41 prévoit que les parties désireuses de conclure un accord *inter se* («les parties en question») doivent notifier aux autres parties leur intention. Si la notification peut être donnée par l'une des «parties en question», un traité peut aussi stipuler qu'elle sera donnée par le truchement du dépositaire du traité⁴⁴⁰. Bien que la notification soit normalement donnée par les États ou les dépositaires des traités, il est arrivé dans la pratique qu'elle soit considérée comme étant faite lorsque l'intention de modifier est évidente pour tous du fait de l'objet même de l'accord *inter se*.

318. Si une notification vise à protéger les intérêts des autres parties, elle doit leur parvenir en temps opportun. Certains membres de la Commission pensaient que les autres parties devaient être informées immédiatement de l'intention de conclure un accord *inter se*⁴⁴¹. D'autres estimaient qu'à part la difficulté que présentait la communication d'une intention, l'information devrait être fournie une fois que l'accord avait été conclu et publié⁴⁴². La Commission a décidé qu'il faudrait laisser aux parties le temps de réagir, or ce ne peut être le cas que si des propositions concrètes leur sont communiquées, d'où la formule du paragraphe 2 indiquant que la notification doit porter à la connaissance des autres parties les «modifications que ce dernier [l'accord] apporte au traité». En d'autres termes, la notification doit être donnée à un stade relativement avancé des négociations de l'accord *inter se*, mais néanmoins suffisamment longtemps avant sa conclusion de façon à permettre aux autres parties de réagir comme il se doit.

⁴³⁹ Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1496, 1988, p. 46.

⁴⁴⁰ Voir le commentaire relatif au paragraphe 4 de l'article 311 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, dans Nordquist (éd.), *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982...*, *supra*, note 435, p. 240.

⁴⁴¹ Voir la version du projet d'article 41 (projet d'article 67) proposée par Sir Humphrey Waldock à la 860^e séance de la Commission, *Annuaire... 1966*, vol. I, p. 136 et 137.

⁴⁴² Voir la déclaration de M. Reuter à la 754^e séance de la Commission, *Annuaire... 1964*, vol. I, p. 213, par. 51.

**c) Conséquences de la violation d'un traité multilatéral par des parties à un accord
*inter se***

319. Les dispositions de l'article 41 laissent deux questions sans réponse. La première concerne l'effet juridique de la conclusion d'un accord *inter se* en violation du paragraphe 1 de l'article 41 de la Convention de Vienne et sa qualification de violation substantielle du traité; la deuxième concerne l'effet juridique d'une opposition qui serait faite une fois que la notification aurait été donnée conformément au paragraphe 2 de l'article 41⁴⁴³. Cependant, il semble évident que l'accord *inter se* conclu contrairement à l'accord initial n'est pas *ipso facto* invalidé. Il semblerait découler des considérations exposées ci-dessus au sujet d'un conflit de traités avec des parties non identiques que les conséquences qui suivront seront fonction de l'interprétation donnée du traité initial. En outre, les conséquences d'un manquement au traité font l'objet de l'article 60 de la Convention de Vienne et relèvent du régime de la responsabilité des États. Il n'y a pas lieu ici de traiter de ces questions. Pourtant deux commentaires seraient de mise. Premièrement, l'extinction ou la suspension collective du traité initial peut survenir à travers l'accord unanime des parties au traité initial qui ne sont pas parties à la modification dans le cas où celle-ci constitue une violation substantielle, c'est-à-dire touche à une disposition essentielle pour son exécution. Deuxièmement, les décisions individuelles de suspendre l'exécution d'un traité en totalité ou en partie sont autorisées dans deux cas. La partie spécialement atteinte par la modification (illégal) peut suspendre l'application du traité en totalité ou en partie dans les relations entre elle-même et les parties à l'accord *inter se*; d'autre part, si la violation substantielle que constitue la modification entraîne un changement radical de situation des autres parties quant à l'exécution ultérieure de leurs obligations en vertu du traité, celles-ci peuvent suspendre l'application du traité multilatéral en ce qui les concerne⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Voir la déclaration de M. Briggs à la 860^e séance de la Commission, *Annuaire... 1966*, vol. I, deuxième partie, p. 140, par. 71 et suiv.

⁴⁴⁴ Art. 60, par. 2, de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Voir également par exemple Reuter, *Introduction au droit des traités*, *supra*, note 74, p. 161 et 162.

d) Conclusion sur les accords successifs

320. Le droit des conflits entre accords successifs repose en grande partie sur des présomptions quant à l'intention des parties et à l'objet et au but des traités. Le règlement des conflits va ici de pair avec l'interprétation des traités. Ni le traité antérieur ni le traité postérieur ne jouissent d'une préséance automatique. Il est désormais bien établi qu'en cas de conflit il convient de s'interroger non pas sur la non-validité mais sur la priorité relative des traités. C'est bien ce que traduit l'article 30 de la Convention de Vienne qui, tout en codifiant largement une pratique non restrictive, ne règle pas certaines des questions les plus épineuses. Ainsi, il est vraiment peu satisfaisant que la partie qui a conclu des accords incompatibles ait le droit de choisir celui des accords qu'elle honorera et celles des parties qui devront se contenter de mettre éventuellement sa responsabilité en jeu.

321. La Convention de Vienne n'a pas tranché non plus la question des types de traités particuliers qui pourraient être prioritaires de par leur nature. Tandis que Lauterpacht et Fitzmaurice estimaient l'un comme l'autre légitime de supposer l'existence de telles catégories de traités – de type «intégral» ou «interdépendant» pour reprendre les mots de ce dernier –, l'article 30 s'abstient d'en faire mention – peut-être parce que Waldock pensait (à tort) que la disposition consacrée au *jus cogens* remédierait au problème. Quoi qu'il en soit, il y a là une contradiction avec une partie de la pratique en matière de traités relatifs aux droits de l'homme. Pourtant, les limites que l'article 41 impose à la modification *inter se* – limites qui s'appliquent en vertu du paragraphe 5 de l'article 30 aux autres traités postérieurs et qui peuvent aussi présenter de l'intérêt (comme on l'a vu plus haut) dans l'examen des clauses de déconnexion – sont en quelque sorte le fruit de ce débat.

322. Grâce à la faculté de conclure des accords *inter se*, instrument majeur largement admis, un nombre limité de parties à un traité peuvent tenter de garantir l'application la plus appropriée et la plus effective du traité initial entre elles. Mais l'article 41 de la Convention de Vienne limite aussi cette faculté, surtout si les accords *inter se* sont en opposition trop marquée avec l'objet et le but du traité initial.

323. Le droit est en grande partie ouvert à la réglementation *ad hoc* moyennant l'adoption de clauses de conflit spécifiques. Cela dit, dans la pratique, les États ont souvent manifesté de la

réticence à établir une hiérarchie clairement délimitée de cette façon. Appliquer plusieurs traités en les «coordonnant» peut sembler un moyen pratique de procéder surtout lorsque ces traités font partie de ce que l'on a appelé un «régime» – c'est-à-dire sont institutionnellement liés et tendent à réaliser des objectifs parallèles. La coordination pose problème lorsqu'il s'agit de relier des régimes différents – c'est-à-dire s'il semble moins pertinent d'aborder un conflit de traités dans une optique «législative». Il arrive aussi que la règle de la *lex posterior* soit moins applicable. L'essentiel devrait être alors de garantir les droits énoncés dans les conventions pertinentes. En négligeant un droit en raison de son incompatibilité avec l'autre traité, l'État mettrait en jeu sa responsabilité. Il reste à voir s'il faut vraiment escompter une telle issue dans le cadre de la «gestion» de traités relevant d'un régime donné. S'agissant du règlement de conflits entre traités relevant de régimes différents, voire d'un même régime lorsque les traités énoncent des droits (subjectifs) bien précis, il semblerait que le mieux soit de recourir aux instances générales de règlement des différends.

**E. IMPORTANCE RELATIVE DE L'ARTICLE 103 DE LA CHARTE
DES NATIONS UNIES, DU *JUS COGENS* ET DES OBLIGATIONS
ERGA OMNES EN TANT QUE RÈGLES DE CONFLIT**

324. Les préoccupations suscitées par la fragmentation du droit international s'expliquent en grande partie par la prise de conscience de l'«horizontalité» de l'ordre juridique international, les règles et les principes de droit international n'entretenant pas de relations hiérarchiques entre eux. Différence fondamentale entre ordre juridique interne et ordre juridique international, les sources du droit (traité, coutume, principes généraux du droit) ne sont pas classées non plus selon un ordre général de priorité. Le droit interne est organisé selon une hiérarchie bien établie, la constitution présidant l'ensemble du système, alors que le droit international n'obéit à aucune constitution à proprement parler, d'où l'absence d'ordre *général* de préséance entre règles de droit international.

325. Néanmoins, cela n'a jamais voulu dire que, dans certains cas, on ne pouvait pas établir un ordre de préséance entre règles conflictuelles. Dans les sections qui précèdent, nous avons vu comment les relations entre règles «de type spécial» et «de type général» ou les relations dépendant d'une succession dans le temps servaient parfois de critères pour préférer une règle à une autre. Mais nous avons vu aussi que l'on ne pouvait pas déterminer de façon purement

théorique le mode de fonctionnement de ces relations. L'applicabilité de la règle de la *lex specialis* ou de la règle de la *lex posterior* dépend d'une évaluation préalable de la pertinence d'un critère particulier. En effet, le pragmatisme incite à penser que certains critères pèsent, selon le contexte, plus que d'autres – par exemple parce qu'ils garantissent mieux tel ou tel intérêt ou protègent mieux telle ou telle valeur.

326. Il n'a jamais fait aucun doute que, sur la scène internationale, certaines considérations sont plus importantes que d'autres et doivent être tenues pour telles en droit, encore que la façon d'en tenir compte ne cesse de faire l'objet de controverses. L'idée n'est pas ici de prendre position, que ce soit sur le rôle du droit naturel ou de la justice politique en droit international ou encore sur la question de savoir si ou dans quelle mesure le droit international se trouverait en voie de «constitutionnalisation». Quelle que soit la difficulté de trouver une terminologie générale propre à traduire le rôle que doit jouer l'importance reconnue à certaines normes, la pratique du droit international a toujours reconnu l'existence de normes supérieures à d'autres, auxquelles il fallait donner effet. Il n'est pas sans intérêt de noter que la Cour internationale de Justice a pu, dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (1949), limiter la souveraineté de l'État par ce qu'elle a appelé des «considérations élémentaires d'humanité» et, dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (1996), présumer l'existence de «principes intransgressibles du droit international coutumier» sans soulever d'objections fondamentales⁴⁴⁵.

327. Une pratique abondante donne effet à l'idée informelle que certaines normes sont plus importantes que d'autres et qu'en cas de conflit les premières doivent être suivies d'effet. En l'absence de théorie générale sur les critères qui détermineraient cette importance, la pratique a vu se développer une terminologie qui traduit une sorte de hiérarchie informelle des règles de droit international. La présente section traite de trois aspects de cette terminologie, à savoir l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, la notion de normes impératives (*jus cogens*) et celle d'obligations *erga omnes*.

⁴⁴⁵ Affaire du *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), C.I.J. Recueil 1949, p. 22; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, C.I.J., Recueil 1996, p. 257, par. 79.

1. Article 103 de la Charte des Nations Unies

328. Le Pacte de la Société des Nations contenait déjà une disposition donnant à entendre que le Pacte lui-même était une «loi supérieure» aux autres obligations internationales⁴⁴⁶. L'article 20 du Pacte est libellé comme suit:

Les Membres de la Société reconnaissent, chacun en ce qui le concerne, que le présent Pacte abroge toutes obligations ou ententes *inter se* incompatibles avec ses termes et s'engagent solennellement à n'en pas contracter à l'avenir de semblables.

Si, avant son entrée dans la Société, un Membre a assumé des obligations incompatibles avec les termes du Pacte, il doit prendre des mesures immédiates pour se dégager de ces obligations.

329. Cette disposition est à l'origine de l'Article 103 de la Charte. Les États participant à la Conférence de San Francisco étaient d'ores et déjà convenus que les obligations prévues par la Charte primaient les autres engagements conventionnels des États Membres⁴⁴⁷. Suite au règlement de désaccords mineurs sur la formulation de ce principe, le texte suivant a été adopté à l'unanimité:

«En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront.»

330. Nouveauté par rapport au Pacte, l'Article 103 étend la primauté des dispositions de la Charte sur les accords que les États Membres des Nations Unies concluront à l'avenir entre eux, comme à ceux qu'ils concluront avec des États non membres.

a) Quelles sont les obligations qui priment?

331. L'Article 103 ne précise pas que la Charte prime, mais renvoie aux obligations en vertu de la Charte. Outre les droits et obligations prévus par la Charte elle-même, il vise les devoirs découlant de décisions exécutoires des organes des Nations Unies. L'Article 25, qui fait obligation aux États Membres d'accepter et d'appliquer les résolutions du Conseil de sécurité

⁴⁴⁶ Voir tout spécialement Hersch Lauterpacht, «The Covenant as the Higher Law», BYBIL, vol. 17 (1936), p. 54 à 65.

⁴⁴⁷ Rudolf Bernhardt, «Article 103» dans Bruno Simma (éd.), *The Charter of the United Nations: A Commentary* (New York: Oxford University Press, 2002), p. 1293.

adoptées au titre du Chapitre VII de la Charte, est le premier exemple qui vient à l'esprit. Même si la primauté des décisions du Conseil de sécurité selon l'Article 103 n'est pas expressément prévue dans la Charte, dans la pratique comme dans la doctrine, elle a été largement acceptée⁴⁴⁸. On s'est parfois demandé si les résolutions du Conseil adoptées *ultra vires* prévalaient elles aussi en vertu de l'Article 103⁴⁴⁹. Comme les obligations des États Membres des Nations Unies ne peuvent découler que des résolutions prises par le Conseil dans l'exercice de ses pouvoirs, les décisions *ultra vires* n'engendrent aucune obligation à proprement parler. D'où l'absence de conflit. La même question se pose en ce qui concerne les résolutions non contraignantes adoptées par les organes des Nations Unies, dont le Conseil de sécurité. L'Article 103 ne s'applique pas à ces textes⁴⁵⁰.

332. Enfin, le Conseil de sécurité donne souvent à penser que ses résolutions l'emportent non seulement sur d'autres obligations internationales, mais aussi sur les contrats de droit privé, les

⁴⁴⁸ Pour reprendre les termes de Bernhardt, «dans la mesure où les Membres des Nations Unies sont tenus par l'Article 25 "d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte", ils sont aussi tenus, selon l'Article 103, d'accorder la priorité à ces obligations sur tout autre engagement.» Bernhardt, «Article 103», dans *ibid.*, p. 1295. Voir également par exemple Pierre-Marie Dupuy, «L'unité de l'ordre juridique international», *supra*, note 14, p. 240; Karl Zemanek, «The Legal Foundations of the International System...», *supra*, note 31, p. 230. Pour un autre point de vue sur la question, voir Derek Bowett, «The Impact of Security Council Decisions to Dispute Settlement Procedures», *E.J.I.L.*, vol. 5 (1994), p. 92: «Une décision du Conseil n'est pas une obligation conventionnelle. L'obligation d'exécuter peut l'être, mais pas la décision *per se*» (en italique dans l'original).

⁴⁴⁹ Susan Lamb, «Legal Limits to United Nations Security Council Powers», dans Guy S. Goodwin-Gill *et al.* (éd.), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie* (Oxford: Clarendon Press, 1999), p. 361; Erika De Wet, *The Chapter VII powers of the United Nations Security Council* (Oxford: Hart, 2005); Niels Blokker, «Is the authorization authorized? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by "Coalitions of the Able and Willing"», *E.J.I.L.*, vol. 11 (2000), p. 541; Georg Nolte, «The limits of the Security Council's Powers and its Functions in the International Legal System: Some Reflections» dans Michael Byers (éd.), *The Role of Law in International Politics. Essays in International relations and international law* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 315.

⁴⁵⁰ Pour une analyse, voir Robert Kolb, «Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by the Security Council?», *ZaöRV*, vol. 64 (2004), p. 21.

licences, les permis, etc.⁴⁵¹. En principe, rien n'empêche de considérer les accords entre États soumis au droit interne comme des accords internationaux aux fins présentes. Mais en ce qui concerne l'effet des résolutions du Conseil de sécurité sur des instruments relevant exclusivement du droit privé, il faut partir du principe que ces instruments ne sont pas automatiquement invalidés mais que les États ont l'obligation de ne pas leur donner effet, ce qui peut susciter des questions délicates de responsabilité et d'indemnisation pour non-exécution, mais il n'est pas nécessaire d'entrer ici dans ce genre de considérations.

b) Quelles conséquences tirer de la primauté d'une obligation sur une autre?

333. Que devient l'obligation sur laquelle l'Article 103 établit une préséance? La plupart des commentateurs s'accordent à penser qu'il s'agit ici d'une question non pas de non-validité, mais de priorité. La règle de moindre importance est simplement mise à l'écart dans la mesure où elle est en conflit avec l'obligation visée à l'Article 103⁴⁵². Telle était la façon dont Waldock envisageait le problème lors du débat de la Commission sur l'article 30 de la Convention de Vienne: «les termes mêmes de l'Article 103 indiquent manifestement que cet article pose le principe de la *primauté* de la Charte et non celui de la *non-validité* des traités incompatibles avec elle⁴⁵³».

334. Un petit nombre d'auteurs, qui considèrent la Charte comme une «constitution», ont une conception plus large des effets de l'Article 103, à savoir la non-validité du traité ou de l'obligation en conflit⁴⁵⁴. Le libellé de l'Article 103 ne permet pas de trancher la question de la priorité ou de la non-validité. Grammatically, le verbe «prévaudront» n'implique pas que la

⁴⁵¹ Voir par exemple les résolutions 1160 (1998), 1127 (1997), 1173 (1998), 1267 (1999) et 1298 (2000) du Conseil de sécurité.

⁴⁵² Voir par exemple Dupuy, «L'unité de l'ordre juridique international...» *supra*, note 14, p. 243; Zemanek, «The Legal Foundations of the International System...» *supra*, note 31, p. 230.

⁴⁵³ Sir Humphrey Waldock, Troisième rapport, *Annuaire... 1964*, vol. II, p. 36.

⁴⁵⁴ Voir Bernhardt, «Article 103», *supra*, 447, p. 1297. Un autre commentateur a fait valoir que les conflits d'obligations conventionnelles avec des obligations prévues par la Charte se soldaient, comme les conflits avec le *jus cogens*, par la non-validité des premières. Voir Bardo Fassbender, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36 (1998), p. 590. Voir également A. D. McNair, *The Law of Treaties*, *supra*, note 57, p. 217.

disposition de rang inférieur serait automatiquement invalidée, ou même suspendue. L'État se voit simplement interdire d'honorer une obligation découlant de cette autre norme. L'Article 103 prévoit littéralement qu'en cas de conflit l'État considéré doit s'acquitter de ses obligations en vertu de la Charte et remplir ses devoirs en vertu de ses autres engagements pour autant qu'ils soient compatibles avec celles-ci⁴⁵⁵. Il va d'ailleurs dans le sens des travaux préparatoires de la Charte, dont il ressort que:

[La nature de ce conflit n'a pas été déterminée, mais] il suffit pour qu'il existe, d'un conflit qui naîtra de la mise en exécution d'une obligation de la Charte. Peu importe que le conflit naisse d'une incompatibilité intrinsèque entre les deux catégories d'obligations ou de l'application des dispositions de la Charte dans des circonstances déterminées⁴⁵⁶.

335. Un conflit entre une obligation en vertu de la Charte et une autre obligation quelconque peut se produire tout à fait à l'improviste. C'est ce qui s'est passé avec la Convention de Montréal dans l'affaire *Lockerbie*⁴⁵⁷. On voit mal comment les auteurs auraient pu vouloir qu'un tel conflit entraîne la nullité du traité; dans l'affaire *Lockerbie*, c'est la Convention de Montréal tout entière qui était en cause⁴⁵⁸. Ce serait absurde. Du point de vue téléologique également, mieux vaut considérer l'Article 103 comme un moyen d'assurer l'exécution effective des obligations en vertu de la Charte que comme un moyen d'abolir d'autres régimes conventionnels, sans considération de l'insignifiance du conflit.

⁴⁵⁵ Voir également Elena Sciso, «On Article 103 of the Charter of the United Nations in the Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 38 (1987), p. 169 et 170; Pierre-Marie Dupuy, «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. I (1997), p. 13 à 15. Goodrich et Hambro concluent qu'«il faut relever que cet article [103] ne prévoit pas l'abrogation automatique d'obligations incompatibles avec les dispositions de la Charte. La règle est libellée de manière à être appliquée uniquement en cas de conflit effectif.». Voir Leland M. Goodrich et Edvard Hambro, *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, (Londres: Stevens and Sons Limited, 1949) 2^e éd. révisée, p. 519.

⁴⁵⁶ Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, Rapport du Rapporteur du Comité IV/2, doc. 933, IV/2/42 (2) (Documents, XIII, p. 716), cité dans Goodrich et Hambro, *ibid.*, p. 519.

⁴⁵⁷ Voir la section E.1 d) ci-dessous, en particulier l'affaire *Lockerbie*.

⁴⁵⁸ Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 974, p. 177.

336. Dans une autre affaire récente, au Royaume-Uni, la Haute Cour de justice a rendu un arrêt affirmant la supériorité des résolutions du Conseil de sécurité sur les obligations du Royaume-Uni en matière de droits de l'homme⁴⁵⁹. Le requérant, à la double nationalité iraquienne et britannique, avait été détenu par les forces britanniques en Iraq pendant une dizaine de mois sans inculpation. Il affirmait que sa détention violait ses droits en vertu de la loi sur les droits de l'homme de 1998. Du point de vue des conflits normatifs, l'arrêt est doublement intéressant. Premièrement, la Cour a apprécié la légalité de la détention du requérant à la lumière de ce qu'elle a appelé «le contexte du droit international des droits de l'homme»⁴⁶⁰. Cependant, elle a vu dans la détention elle-même une mesure de protection des droits de l'homme de sorte qu'elle a pu court-circuiter la question du conflit:

Le Conseil de sécurité, à qui incombe au premier chef la responsabilité du maintien de la paix et de la sécurité internationales, a décidé lui-même de l'envoi d'une force multinationale, dont l'objectif est de rétablir une sécurité propre à assurer la protection effective des droits de l'homme des personnes se trouvant en Iraq. Les personnes qui choisissent d'aider le Conseil de sécurité à cet effet sont autorisées à prendre les mesures, de placement en détention notamment, nécessaires à cet effet⁴⁶¹.

337. La Cour a évoqué malgré tout une hiérarchie des normes:

aux fins de rétablir et de maintenir la paix et la sécurité sans lesquelles les droits de l'homme ne sauraient être respectés en Iraq, le Conseil de sécurité a autorisé les placements en détention nécessaires pour des raisons impératives de sécurité, conformément à l'article 78 de la Convention IV de Genève⁴⁶².

Il est à noter que «pour apprécier la légalité de la détention», la Cour ne s'est pas souciée d'éventuelles règles de *jus cogens*⁴⁶³.

⁴⁵⁹ *The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, arrêt du 12 août 2005, affaire n° CO/3673/2005, [2005] EWHC 1809 (Admin.).

⁴⁶⁰ *Ibid.*, voir par. 94 et suiv. de l'arrêt.

⁴⁶¹ *Ibid.*, par. 104.

⁴⁶² *Ibid.*, par. 108.

⁴⁶³ Néanmoins, M. Al-Jedda a reçu l'autorisation de faire recours et la Cour d'appel a connu de son affaire en janvier 2006.

338. Deuxièmement, en examinant la relation entre la Charte des Nations Unies et toutes les autres obligations conventionnelles, la Cour a conclu que l'Article 103 s'étendait aux résolutions du Conseil de sécurité et que les mesures prises pour y donner suite prévalaient sur les autres obligations conventionnelles, quand bien même elles relèveraient des droits de l'homme, telles celles découlant de la Convention européenne sur les droits de l'homme⁴⁶⁴. En conséquence, elle a jugé qu'il n'y avait pas eu violation des droits du requérant.

339. Enfin, la primauté de l'Article 103 est expressément mentionnée au paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention de Vienne:

Sous réserve des dispositions de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des États parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants.

340. Le contexte de cette disposition est instructif. Comme on l'a vu dans la section D ci-dessus, l'article 30 qui traite de l'«application de traités successifs portant sur la même matière» ne part pas du principe que le traité laissé de côté serait non valide, mais il implique tout simplement que le traité de rang supérieur doit être appliqué, dans la mesure où cela s'avère nécessaire. Ce faisant, il montre que la supériorité hiérarchique des obligations en vertu de la Charte n'entraîne pas les mêmes effets que les règles de *jus cogens*, lesquelles invalident les normes incompatibles avec elles ou y mettent fin⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ Par. 112 de l'arrêt dans *The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, *supra*, note 459.

⁴⁶⁵ On a aussi fait valoir qu'«il semble possible de trouver une solution claire au problème d'obligations conflictuelles si une disposition de la Charte reflète une norme de *jus cogens* ... En ce cas, les obligations conflictuelles sont et demeurent nulles et non avenues.». Bernhardt, «Article 103», *supra*, note 447, p. 1298. Néanmoins la source d'invalidation n'est pas à trouver en pareil cas dans la Charte, mais dans la règle qui veut que tous les accords incompatibles avec le *jus cogens* soient privés de toute validité.

c) Cas spéciaux

**i) Conflits avec des traités entre États Membres des Nations Unies
et États non membres**

341. Les conflits entre obligations au titre de la Charte et traités conclus entre des États Membres des Nations Unies et des États non membres engendrent de délicates questions juridiques⁴⁶⁶. Pour reprendre les mots de la Commission elle-même: «Peut-être l'effet exact de cette disposition dans les relations entre les Membres des Nations Unies et les États non membres n'est-il pas parfaitement clair⁴⁶⁷.». De fait, le texte de l'Article 103 ne fait pas de différence entre les obligations qui incombent aux États Membres et celles qui incombent aux États non membres ou sont à remplir à leur égard. Dans la mesure où l'on voit dans la Charte un document «constitutionnel», le problème ne se pose pas. Ainsi Bernhardt tranche-t-il la question tout simplement:

Il existe de bonnes raisons de supposer que les traités conclus avec des États tiers qui sont soit clairement, soit au moins apparemment, contraires à la Charte sont non seulement inapplicables mais aussi privés de toute validité pour ces États. La Charte est devenue la «constitution» de la communauté internationale et les États tiers doivent, dans leurs relations conventionnelles et autres, respecter les obligations qui découlent de la Charte pour les Membres des Nations Unies⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Il faut reconnaître que du fait que très peu d'États demeurent en dehors du cercle des Membres des Nations Unies, ces questions sont d'ordre plus théorique que pratique.

⁴⁶⁷ Projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire...1966*, vol. II, p. 233.

⁴⁶⁸ Bernhardt, «Article 103», *supra*, note 447, p. 1298. Voir également par exemple Fassbender, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *supra*, note 454, p. 532; mais pour un autre point de vue, voir Jean-Marc Thouvenin, «Article 103» dans Jean-Pierre Cot *et al.* (éd.), *La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article* (Paris: Economica, 2005), 3^e éd., p. 2136 à 2139, et tout particulièrement, p. 2146: «[i]l ne saurait alors être considéré, en lui-même, comme l'élément clef permettant de reconnaître à la Charte des Nations Unies les qualités d'une constitution de la communauté internationale.».

342. Dans le même ordre d'idées, Goodrich et Hambro écrivaient dans l'un des premiers commentaires de la Charte:

La Charte ... revêt le caractère de Loi fondamentale de la communauté internationale. Les non-membres qui ne l'ont pas acceptée en bonne et due forme sont cependant censés reconnaître cette loi comme un fait de la vie internationale et s'y adapter⁴⁶⁹.

343. Il reste que les non-membres ne sont pas officiellement liés par la Charte, laquelle demeure pour eux une *res inter alios acta*⁴⁷⁰. Dans le cours normal des choses, les États Membres ne devraient pas pouvoir échapper à leur devoir de s'acquitter de leurs obligations conventionnelles envers les États non membres en invoquant l'Article 103⁴⁷¹. Néanmoins, un fort courant de doctrine tend à affirmer, au moins pour les Membres des Nations Unies, la primauté absolue des obligations découlant de la Charte sur les obligations conflictuelles vis-à-vis de non-membres des Nations Unies⁴⁷², thèse qui pourrait se justifier par référence au paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention de Vienne, dans lequel on peut voir l'acceptation par les parties à la Convention de Vienne de la préséance de la Charte⁴⁷³. Quoi qu'il en soit, cela laisse ouverte la question de la responsabilité engagée envers des non-membres du fait de l'application de l'Article 103.

⁴⁶⁹ Goodrich et Hambro, *Charter of the United Nations ...*, *supra*, note 455, p. 519.

⁴⁷⁰ Voir l'article 34 de la Convention de Vienne. Lord McNair confirme aussi que même la Charte des Nations Unies n'a pas le pouvoir de rendre les règles qu'elle édicte obligatoires pour les non-membres. Voir McNair, *The Law of Treaties*, *supra*, note 57, p. 218.

⁴⁷¹ Pour une analyse plus poussée, voir Sciso, «On Article 103 of the Charter of the United Nations...», *supra*, note 455, p. 167 et suiv.

⁴⁷² Voir par exemple Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, *supra*, note 73; Dupuy, «L'unité de l'ordre juridique international ...», *supra*, note 14, p. 241; Andreas Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter des Globalisierung* (Munich: Beck, 2001), p. 113.

⁴⁷³ L'étendue de la codification du droit international coutumier par la Convention de Vienne n'est pas ici sans intérêt.

ii) Conflits avec des normes de droit international coutumier de caractère non impératif

344. La formule employée à l'Article 103, «obligations en vertu de tout autre accord» sous-entend que seules sont visées les obligations conventionnelles. Les avis sur la question de savoir si le droit coutumier est aussi visé sont partagés. Une formule selon laquelle *tous* les autres engagements, dont ceux découlant du droit coutumier, devaient céder le pas devant la Charte, n'a pas été reprise dans le texte final de la Charte⁴⁷⁴. On peut donc en conclure qu'au moins pour les auteurs l'Article 103 ne visait que les autres traités, ce qui n'exclut pas pour autant la possibilité de développements ultérieurs du droit. De fait, au moins pour les tenants d'une vision «constitutionnelle», l'Article 103 s'étend aussi au droit coutumier conflictuel:

On aurait tort de croire que les obligations en vertu de la Charte ne priment pas aussi ces autres obligations [y compris celles fondées sur le droit coutumier]. Il faut considérer l'Article 103 par rapport à l'Article 25 et à la lumière de la nature de la Charte, acte fondamental et «constitution» de la communauté internationale. C'est pourquoi les idées sous-jacentes à l'Article 103 valent aussi en cas de conflit entre les obligations en vertu de la Charte et les obligations autres que celles découlant de traités⁴⁷⁵.

345. Si d'aucuns ont soutenu cette thèse⁴⁷⁶, d'autres doutaient que l'Article 103 élevât la Charte au-dessus du droit coutumier⁴⁷⁷. Peut-être faudrait-il ici s'arrêter sur deux considérations.

Tout d'abord, d'une interprétation littérale ressort un résultat clair. Aussi large que soit

⁴⁷⁴ Jean Cambacau, *Le pouvoir de sanction de l'ONU: étude théorique de la coercition non militaire* (Paris: Pedone, 1974), p. 282. L'un des premiers commentaires de la Charte confirme aussi que la prééminence éventuelle des obligations en vertu de la Charte sur celles découlant du droit coutumier ne comptait pas même parmi les questions à traiter. Voir Goodrich et Hambro, *Charter of the United Nations ...*, *supra*, note 455, p. 517 et 518.

⁴⁷⁵ Bernhardt, «Article 103», *supra*, note 447, p. 1298 et 1299.

⁴⁷⁶ Voir par exemple Alina Kaczorowska, *Public International Law*, (Londres: Old Bailey Press, 2002), p. 21, qui déclare que «plusieurs commentateurs ont donné à entendre que cette disposition s'appliquerait également au droit coutumier incompatible». L'auteur n'indique malheureusement pas ses sources.

⁴⁷⁷ Voir, par exemple, Nigel D. White et Ademola Abass, «Countermeasures and Sanctions», dans Malcolm D. Evans (éd.), *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 518, qui soutient que «l'Article 103 donne aux obligations découlant de la Charte des Nations Unies la préséance sur celles découlant de tout autre traité international, encore que l'on ne voie pas bien si les droits coutumiers des États Membres en sont affectés».

l'interprétation donnée des «accords internationaux», elle n'englobe pas la coutume internationale. Ensuite, comme on l'a fait observer dans la section C ci-dessus, en tant que *lex generalis*, le droit coutumier cède normalement le pas devant les traités en leur qualité de *leges speciales*, notamment, on peut le supposer, les traités portant création d'une organisation internationale telle que l'ONU. Quoiqu'il en soit, la pratique du Conseil de sécurité a toujours été fondée sur l'idée que ses résolutions primaient le droit coutumier conflictuel. Comme le Conseil de sécurité est une création de la Charte, il serait étrange que l'effet de primauté de ses résolutions ne s'étende pas à la Charte elle-même. Aussi semble-t-il juste d'adhérer à l'opinion majoritaire selon laquelle il faudrait lire l'Article 103 dans un sens non restrictif, de façon à affirmer que les obligations en vertu de la Charte l'emportent aussi sur les obligations des États Membres des Nations Unies découlant du droit coutumier⁴⁷⁸.

iii) Conflits avec des normes de *jus cogens*

346. Pas plus qu'ils ne peuvent rédiger des accords contraires au *jus cogens* qui soient valides, les États Membres des Nations Unies ne doivent pouvoir conférer à une organisation internationale le pouvoir d'aller à l'encontre de règles impératives. Tant la doctrine que la pratique confirment d'ailleurs sans équivoque aucune que les conflits entre la Charte des Nations Unies et les normes de *jus cogens* se soldent non pas par la prééminence des obligations prévues par la Charte, mais par leur non-validité⁴⁷⁹. En ce sens, la Charte des Nations Unies est un accord international comme n'importe quel autre traité, ce qui est particulièrement vrai des résolutions du Conseil de sécurité, lequel a été accusé plus d'une fois d'enfreindre des normes impératives⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Voir par exemple l'Affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro))*, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, (opinion individuelle du juge Lauterpacht), p. 440, par. 110.

⁴⁷⁹ Voir par exemple Fassbender, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *supra*, note 454, p. 590 et suiv.

⁴⁸⁰ Voir par exemple Zemanek, «The Legal Foundations of the International System ...», *supra*, note 31, p. 231, et le chapitre sur le *jus cogens*.

347. La question s'est posée en septembre 2005 au Tribunal de première instance des Communautés européennes⁴⁸¹, saisi de la question du gel des biens de particuliers et d'entités soupçonnés par le Conseil de l'Union européenne d'entretenir des liens avec des terroristes, sur la base de résolutions adoptées par le Conseil de sécurité. Le Tribunal a jugé que les Communautés européennes étaient habilitées à prendre ces mesures, lesquelles échappaient en grande partie au contrôle judiciaire. Il y a lieu de s'arrêter sur cet arrêt pour deux raisons.

348. Premièrement, le Tribunal a estimé que, selon le droit international, les obligations des États Membres des Nations Unies en vertu de la Charte l'emportaient sur toute autre obligation, dont celles prévues par la Convention européenne des droits de l'homme et le Traité instituant la Communauté européenne. Cette primauté s'étendait aux décisions du Conseil de sécurité:

[...] les résolutions en cause du Conseil de sécurité échappent en principe au contrôle juridictionnel du Tribunal et [...] celui-ci n'est pas autorisé à remettre en cause, fût-ce de manière incidente, leur légalité au regard du droit communautaire. Au contraire, le Tribunal est tenu, dans toute la mesure possible, d'interpréter et d'appliquer ce droit d'une manière qui soit compatible avec les obligations des États Membres au titre de la Charte des Nations Unies⁴⁸².

349. Deuxièmement, cette primauté n'est pas pour autant absolue. Selon le Tribunal:

Le droit international permet [...] de considérer qu'il existe une limite au principe de l'effet obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité: elles doivent respecter les dispositions péremptoires fondamentales du *jus cogens*. Dans le cas contraire, aussi improbable soit-il, elles ne lieraient pas les États Membres de l'ONU ni, dès lors, la Communauté⁴⁸³.

⁴⁸¹ Arrêts rendus dans deux affaires: arrêts du Tribunal de première instance du 21 septembre 2005 dans l'affaire T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, et affaire T-315/01 *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, à paraître.

⁴⁸² Ibid., affaire T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, par. 276. Le Tribunal a ajouté que bien que la Communauté elle-même ne soit pas membre de l'ONU, elle doit être réputée liée par les obligations qui découlent de la Charte des Nations Unies, au même titre que ses États Membres, en vertu du Traité portant création de la Communauté. Voir par. 210 de l'arrêt.

⁴⁸³ Ibid., affaire T-306/01, par. 281.

350. Analysant ensuite la question de savoir si le gel des fonds des requérants constituait un manquement au *jus cogens*, le Tribunal a conclu par la négative.

d) Application

351. On constate sans surprise que l'Article 103 a été surtout invoqué dans la pratique des organes des Nations Unies, notamment à propos de décisions exécutoires du Conseil de sécurité, prises en vertu du Chapitre VII. Par ailleurs, ce n'est pas tant directement qu'il y est fait référence que quant au fond.

352. Dès le début des années 90, de nombreuses résolutions du Conseil de sécurité prises en vertu du Chapitre VII (c'est-à-dire des résolutions créant des obligations) ont souligné leur priorité sur toute autre obligation. C'est en ces termes que la résolution 670 (1990), dans laquelle le Conseil arrêtait des mesures contre l'Iraq, fait une référence remarquée à l'Article 103:

Rappelant les dispositions de l'Article 103 de la Charte, *agissant* en application du Chapitre VII de la Charte, ...*Demande* à tous les États de s'acquitter de leur obligation d'assurer l'application stricte et complète de la résolution 661 (1990) ...⁴⁸⁴.

353. À peine 12 mois plus tard, la crise qui a éclaté sur le territoire de l'ancienne Yougoslavie a incité le Conseil de sécurité à adopter un certain nombre de résolutions imposant un embargo, dont beaucoup soulignent expressément ou implicitement leur priorité et celle de résolutions antérieures sur tout autre engagement⁴⁸⁵. La résolution 748 (1992) concernant la Jamahiriya arabe libyenne – à laquelle la Cour internationale de Justice se référait dans son arrêt du 14 avril 1992 (voir ci-dessous) – prévoyait dans son paragraphe 7:

Demande à tous les États, y compris aux États non membres de l'Organisation des Nations Unies, et à toutes les organisations internationales d'agir de façon strictement conforme aux dispositions de la présente résolution nonobstant l'existence de tous droits ou obligations conférés ou imposés par des accords internationaux ...⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ Résolution 670 (1990) du Conseil de sécurité.

⁴⁸⁵ Voir les résolutions 713 (1991), 724 (1991), 727 (1992), 743 (1992), 757 (1992), 787 (1992) et 820 (1993) du Conseil de sécurité.

⁴⁸⁶ Résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité. Voir également des décisions analogues relatives à la Somalie (résolution 733 (1992) du Conseil de sécurité) et au Libéria (résolution 788 (1992) du Conseil de sécurité).

354. Le Conseil de sécurité a recouru ultérieurement à une clause type que l'on retrouve, assortie de modifications mineures, dans nombre de résolutions adoptées au titre du Chapitre VII. Ainsi, la résolution 1298 (2000) prévoit ce qui suit:

[Le Conseil de sécurité] [d]emande à tous les États et à toutes les organisations internationales et régionales de se conformer strictement aux dispositions de la présente résolution, nonobstant l'existence de droits conférés ou d'obligations imposées par un accord international, un contrat, une licence ou une autorisation ayant pris effet avant l'entrée en vigueur des mesures imposées [par le Conseil] ...⁴⁸⁷.

355. Bien que cette clause ne cite pas expressément l'Article 103, elle en tire sa force juridique. Aussi est-ce la raison pour laquelle elle ne s'adresse pas uniquement aux Membres des Nations Unies, mais à tous les États et organisations internationales et régionales. Elle vise les droits et obligations fondés non seulement sur des traités, mais aussi des contrats privés, des licences et des autorisations. Cela va de soi puisqu'il s'agit de la raison d'être même des régimes de sanctions destinés à influencer sur les transactions privées passées entre des entités situées dans l'État en cause et le monde extérieur. Comme on l'a fait observer plus haut, la question de la responsabilité privée demeure.

356. Dans des opinions individuelles, des membres de la Cour internationale de Justice ont à l'occasion mentionné l'Article 103⁴⁸⁸. Avant 1992 toutefois, la Cour elle-même ne l'a évoqué que dans une seule décision. Pourtant dès ce moment-là, en 1984 dans l'affaire *Nicaragua*, elle soulignait la priorité des obligations en vertu de la Charte sur d'autres obligations

⁴⁸⁷ Résolution 1298 (2000) du Conseil de sécurité. Voir par exemple les résolutions 1127 (1997), 1132 (1997), 1173 (1998) et 1267 (1999) du Conseil de sécurité.

⁴⁸⁸ Voir par exemple l'affaire relative à l'*Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, C.I.J. Recueil 1958 (opinion individuelle du juge Moreno Quintana), p. 107; Affaires du Sud-Ouest africain (*Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud*) (*exceptions préliminaires*), C.I.J. Recueil 1962 (opinion individuelle du juge Jessup), p. 407; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité (1970-1971)*, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971 (opinion individuelle du juge Ammoun), p. 99; *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne) (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne)* C.I.J. Recueil 1985 (opinion individuelle du juge Ruda), p. 232 et 233.

conventionnelles⁴⁸⁹. Dans l'affaire *Lockerbie* (1992), tous les projecteurs étaient braqués sur l'Article 103⁴⁹⁰. Les Gouvernements britannique et américain avaient demandé à la Jamahiriya arabe libyenne de leur livrer certains individus dans le cadre de l'enquête sur la destruction d'un aéronef au-dessus du village de Lockerbie (Écosse). Le Conseil, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte, a appuyé les mesures qui devaient être prises contre la Jamahiriya arabe libyenne, laquelle jugeait pour sa part les requêtes des gouvernements susmentionnés incompatibles avec la Convention de Montréal de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, et a alors saisi la Cour internationale de Justice.

357. Dans un premier temps, la Jamahiriya arabe libyenne a adressé à la Cour une demande en indication de mesures conservatoires, alors que les défendeurs faisaient valoir qu'une décision contraignante du Conseil de sécurité interdisait de telles indications. Dans son ordonnance du 14 avril 1992, la Cour déclarait:

«39. Considérant que la Libye et les États-Unis, en tant que Membres de l'Organisation des Nations Unies, sont dans l'obligation d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à l'Article 25 de la Charte; que la Cour, qui, à ce stade de la procédure, en est à l'examen d'une demande en indication de mesures conservatoires, estime que *prima facie* cette obligation s'étend à la décision contenue dans la résolution 748 (1992); et que, conformément à l'Article 103 de la Charte, les obligations des Parties à cet égard prévalent sur leurs obligations en vertu de tout autre accord international, y compris la Convention de Montréal;

40. Considérant que si, à ce stade, la Cour n'a donc pas à se prononcer définitivement sur l'effet juridique de la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité, elle estime cependant que, quelle qu'ait été la situation avant l'adoption de cette résolution, les droits que la Libye dit tenir de la Convention de Montréal ne peuvent à présent être considérés comme des droits qu'il conviendrait de protéger par l'indication de mesures conservatoires;⁴⁹¹».

⁴⁸⁹ Voir affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*) (*Compétence de la Cour et recevabilité de la requête*) C.I.J. Recueil 1984, p. 440, par. 107.

⁴⁹⁰ Affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (*Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique*) (*Exceptions préliminaires*) C.I.J. Recueil 1998, p. 8.

⁴⁹¹ Affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (*Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique*) (*Mesures conservatoires*) C.I.J. Recueil 1992, p. 15, par. 39 et 40.

358. Plusieurs juges ont confirmé la même argumentation dans leurs opinions individuelles ou dissidentes⁴⁹². Il est à noter que la Cour, comme chacun des juges, ne se réfère qu'à l'applicabilité, non à la non-validité ou à la suspension des obligations conventionnelles en conflit.

359. Le juge Lauterpacht, dans son opinion individuelle jointe à l'ordonnance rendue par la Cour en l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, a analysé la relation entre l'Article 103 et le *jus cogens* en ces termes:

La notion de *jus cogens* fait fonction de norme supérieure à la fois pour le droit international coutumier et le traité. Le secours que l'Article 103 peut apporter au Conseil de sécurité en cas de conflit entre l'une de ses décisions et une obligation conventionnelle en vigueur ne saurait – par le simple jeu de la hiérarchie des normes – s'étendre à un conflit entre une résolution du Conseil de sécurité et le *jus cogens*. De fait, il suffit d'énoncer la proposition inverse – à savoir qu'une résolution du Conseil de sécurité peut aller jusqu'à exiger la participation à un génocide – pour que l'on constate qu'un tel critère est inacceptable⁴⁹³.

360. Cela semble aller de soi. Si, comme on l'a fait observer plus haut, la Charte des Nations Unies n'est pas au-dessus du *jus cogens*, alors elle ne peut pas non plus transférer un pouvoir qui contredirait le *jus cogens* à des organes recevant leur compétence de la Charte.

⁴⁹² Par exemple, le juge Shahabuddeen a écrit dans son opinion individuelle que «L'Article 25 de la Charte des Nations Unies oblige la Libye à se conformer à la décision énoncée dans la résolution [748 (1992)]... En vertu de l'Article 103 de la Charte, cette obligation prévaut sur toute obligation conventionnelle en conflit dont la Libye pourrait être tenue ... Les obligations issues de traités peuvent être supplantées par une décision du Conseil de sécurité qui impose des sanctions ... Par conséquent, à supposer que la Libye ait les droits qu'elle invoque, ces droits ne peuvent, à première vue, pas recevoir exécution tant que la résolution reste en vigueur. Affaire relative à des *questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)(Mesures conservatoires)* (Opinion individuelle de M. Shahabuddeen) *C.I.J. Recueil 1992*, p. 28.

⁴⁹³ Affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, ordonnance du 13 septembre 1993 (opinion individuelle du juge Lauterpacht) *C.I.J. Recueil 1993*, p. 440, par. 110.

2. *Jus cogens*

361. L'idée que certaines normes sont, en droit, de rang supérieur à d'autres a, d'une façon ou d'une autre, trouvé son expression dans tous les systèmes juridiques⁴⁹⁴. De plus, les internationalistes n'ont cessé de soutenir qu'il existe une catégorie de normes si fondamentales qu'aucune dérogation n'y serait jamais permise. Il ne fait d'ailleurs aucun doute que l'idée de normes impératives (*jus cogens*) est plus ancienne que le droit international moderne lui-même. Les commentateurs rappellent souvent la distinction faite en droit romain entre *jus strictum* et *jus dispositivum*⁴⁹⁵ et la maxime *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*⁴⁹⁶. Les tenants du droit naturel des XVII^e et XVIII^e siècles étaient absolument convaincus que certaines normes existaient hors de toute considération temporelle et l'emportaient sur la volonté des États, limitant les dispositions que pouvaient prendre légitimement les dirigeants ou leurs communautés⁴⁹⁷. Qui plus est, le développement de la notion de *jus cogens* en droit international a certainement subi l'influence du droit interne qui frappe de nullité les accords incompatibles

⁴⁹⁴ «Il est difficile d'imaginer une société, qu'elle soit composée d'individus ou d'États, dont le droit n'imposerait aucune limite à la liberté contractuelle.» McNair, *The Law of Treaties*, *supra*, note 57, p. 213 et 214.

⁴⁹⁵ Jochen Frowein, «*Jus cogens*», dans Rudolf Bernhardt (éd.), *Encyclopaedia of Public International Law* (Amsterdam: Elsevier, 1997), vol. 3, p. 65.

⁴⁹⁶ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, *supra*, note 62, p. 110. Voir également Dinah Shelton, «International Law and Relative Normativity» dans Evans, *International Law*, *supra*, note 477, p. 151. Le terme *jus cogens* lui-même était pourtant inconnu du droit ancien. Voir Manfred Lachs, «The Development and General Trends of International Law in our Time», *Recueil des cours...* vol. 169 (1980/IV), p. 202.

⁴⁹⁷ Emmerich de Vattel a énoncé ce qui est devenu une formule classique, à savoir: «Puisque donc le Droit des Gens ... consiste dans l'application, que l'on fait aux États, du Droit Naturel, lequel est immuable, comme étant fondé sur la nature des choses et en particulier sur la nature de l'homme, il s'ensuit que le Droit des Gens nécessaire est *immuable*. Dès-là que ce Droit est immuable, et l'obligation qu'il impose nécessaire et indispensable, les Nations ne peuvent y apporter aucun changement par leurs conventions, ni s'en dispenser elles-mêmes, ou réciproquement l'une l'autre. C'est ici le Principe au moyen duquel on peut distinguer les Conventions, ou Traités légitimes, de ceux qui ne le sont pas, et les Coutumes innocentes et raisonnables de celles qui sont injustes, ou condamnables.» Voir *Le Droit des Gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*. Carnegie Institution of Washington, 1916, vol. I, Préliminaires, p. 4.

avec les objectifs d'ordre public ou d'intérêt général⁴⁹⁸. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a résumé comme suit l'origine, la nature et les effets du *jus cogens*:

En raison de l'importance des valeurs [l'interdiction de la torture] qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang supérieur à celui du droit conventionnel et même à celui des règles de droit coutumier «ordinaire». Il s'ensuit bien évidemment que les États ne peuvent y déroger par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative⁴⁹⁹.

362. Le *jus cogens* s'est imposé en droit international positif lors des travaux préparatoires de la Convention de Vienne. La Commission l'a présenté dans les articles 50 et 61 de la version finale du projet sur le droit des traités en 1966⁵⁰⁰. À Vienne, ce concept a été repris dans les articles 53 et 64 sous la forme suivante:

Article 53

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

⁴⁹⁸ L'article 6 du Code Napoléon en donne une bonne illustration: «On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.».

⁴⁹⁹ *Le Procureur c. Anto Furundžija*, jugement rendu le 10 décembre 1998, affaire n°IT-95-17/1, Chambre de première instance II, voir également ILR vol. 121 (2002), p. 260, par. 153.

⁵⁰⁰ Art. 50: Est nul tout traité en conflit avec une norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. Art. 61: Si une nouvelle norme impérative du droit international général du genre mentionné à l'article 50 est établie, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin. Voir projet d'articles sur le droit des traités, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 200 et 201.

Article 64

Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin⁵⁰¹.

363. Les ouvrages spécialisés ont attaché énormément d'attention à cette notion, en particulier depuis qu'elle a été reprise dans la Convention de Vienne⁵⁰². Au fil des années, le scepticisme initial suscité par la notion elle-même a quasiment fini par disparaître. La Commission le remarquait dernièrement, la notion de normes impératives du droit international général est reconnue dans la pratique internationale, la jurisprudence des tribunaux nationaux et internationaux et la doctrine⁵⁰³. Mais le désaccord au sujet de ses fondements théoriques, son champ d'application et sa teneur demeure aussi vif que jamais. Comme le dit Anthony Aust: «la notion *prêtait à controverse*. Désormais ce sont davantage sa portée et son applicabilité qui manquent de clarté⁵⁰⁴.».

364. Deux points méritent d'être approfondis: les effets du *jus cogens* et sa teneur.

⁵⁰¹ Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 53 et 64.

⁵⁰² Néanmoins, le terme *jus cogens* était employé, bien que peu souvent, avant même d'être repris par la Commission du droit international. Voir en général, Jerzy Sztucki, *Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (Vienne: Springer-Verlag, 1974). Cassese y voit surtout le résultat de l'évolution des années 60. Voir Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 2^e éd., p. 199 et 200.

⁵⁰³ Commission du droit international, commentaire relatif au projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II, deuxième partie [à paraître].

⁵⁰⁴ Anthony Aust, *Handbook of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 11 (non souligné par l'auteur). De même, *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, *US District Court of Appeals* (3 juin 2003), ILR, vol. 127 (2005), p. 705. Michael Byers par exemple a écrit que «aujourd'hui les internationalistes accueillent pratiquement tous la notion de *jus cogens*.» Voir Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, *supra*, note 288, p. 184. Pour une évaluation plus sceptique, voir Prosper Weil, «Towards Relative Normativity in International Law?», *A.J.I.L.*, vol. 77 (1983), p. 413, qui estime que toute tendance à la reconnaissance de la distinction entre normes impératives et «normes simplement obligatoires» contribue à «diluer» la normativité elle-même et gangrène le système international.

a) **L'effet du *jus cogens*: nullité de la norme en conflit**

365. L'article 53 de la Convention de Vienne prévoit la nullité des traités qui, au moment de leur conclusion, sont en conflit avec une norme impérative du droit international général. Ainsi, et contrairement à la simple «priorité» prévue à l'article 31 de la Convention de Vienne, la notion de *jus cogens* renferme une règle hiérarchique au sens strict et non pas seulement une règle de préséance⁵⁰⁵. C'est pourquoi les conflits entre traités et *jus cogens* se soldent par le fait que les premiers sont non seulement inapplicables, mais aussi nuls et non avendus, privés de toute conséquence juridique⁵⁰⁶. Il s'ensuit une autre conséquence, énoncée au paragraphe 1 de l'article 71 de la Convention de Vienne:

Dans le cas d'un traité qui est nul en vertu de l'article 53, les parties sont tenues:
a) d'éliminer, dans la mesure du possible, les conséquences de tout acte accompli sur la base d'une disposition qui est en conflit avec la norme impérative du droit international général; et b) de rendre leurs relations mutuelles conformes à la norme impérative du droit international général.

366. Cette disposition doit être entendue dans le contexte de l'article 64 de la Convention de Vienne, qui précise que le statut hiérarchiquement supérieur des normes de *jus cogens* n'a pas de caractère rétroactif⁵⁰⁷. Si une norme impérative du droit international général prend naissance postérieurement à la conclusion d'un traité incompatible avec elle, celui-ci prend fin, mais les droits et obligations qu'il consacrait ne deviendront nuls et non avendus que dans la mesure où ils sont eux-mêmes contraires au (nouveau) *jus cogens*. Ce mécanisme est repris au paragraphe 2 de l'article 71 de la Convention de Vienne, ainsi conçu:

Dans le cas d'un traité qui devient nul et prend fin en vertu de l'article 64, la fin du traité:
a) libère les parties de l'obligation de continuer d'exécuter le traité; [et] b) ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation, ni aucune situation juridique des parties, créés par

⁵⁰⁵ Cette idée est largement admise. Voir par exemple Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public* (Paris: Montchrestien 2004), p. 157.

⁵⁰⁶ Mais il n'est pas nécessaire que le traité tout entier soit invalidé. Les clauses qui ne sont pas incompatibles avec le *jus cogens* et sont dissociables de celles qui le sont, peuvent demeurer en vigueur. Cassese, *International Law, supra*, note 502, p. 206.

⁵⁰⁷ Selon les termes de la Commission du droit international elle-même, il n'était pas question que la disposition appelée à devenir l'article 53 de la Convention de Vienne produise des effets rétroactifs. Voir projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 271.

l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin; toutefois, ces droits, obligations ou situations ne peuvent être maintenus par la suite que dans la mesure où leur maintien n'est pas en soi en conflit avec la nouvelle norme impérative du droit international général.

367. On peut envisager trois types de situations conflictuelles. Une norme de *jus cogens* pourrait être incompatible avec un traité ordinaire, avec une règle de droit international coutumier (général) ou avec une autre norme de *jus cogens*. La première situation est la plus simple. Le conflit d'un traité avec le *jus cogens* fait perdre sa validité au traité – ou à l'une de ses dispositions. Peu importe que le traité soit bilatéral ou multilatéral. Comme on l'a fait observer plus haut, la Charte des Nations Unies n'échappe pas à la règle⁵⁰⁸, pas plus que les résolutions des organisations internationales. Il en va de même en cas de conflit entre *jus cogens* et droit coutumier (général), celui-ci se retrouvant invalidé. Le cas où des normes de *jus cogens* seraient en conflit, comme le cas du droit de recourir à la force pour exercer le droit à l'autodétermination, est bien plus complexe. Pour l'instant, rien ne permet de penser que la doctrine du *jus cogens* pourrait d'elle-même résoudre de tels conflits, faute de hiérarchie des normes de *jus cogens* entre elles.

368. À l'occasion déjà des travaux de la Commission du droit international, comme de la Conférence de Vienne, plusieurs représentants se sont dits préoccupés par le fait que l'introduction de la notion de *jus cogens* en droit positif risquait de déstabiliser les relations conventionnelles. On craignait que les États ne se mettent à recourir à des arguments fondés sur le *jus cogens* pour justifier l'inexécution d'obligations conventionnelles⁵⁰⁹. Pour empêcher qu'une telle situation ne se produise ou en minimiser les effets, la Convention de Vienne a été assortie d'un mécanisme selon lequel les parties à un différend concernant la validité d'un traité doivent s'employer à le résoudre par des moyens pacifiques énumérés dans la Charte des Nations Unies et si elles n'y parviennent pas:

⁵⁰⁸ Comme la Charte a été adoptée des années avant l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne, le rapport entre la Charte et le *jus cogens* ne peut être abordé à partir de celui-ci; il peut l'être par contre dans le cadre du droit international coutumier.

⁵⁰⁹ Pour une évaluation empreinte de scepticisme, qui a eu beaucoup d'écho, voir Weil, «Towards Relative Normativity...», *supra*, note 504, p. 413, qui fait valoir que toute distinction entre normes impératives et normes «ordinaires» contribue à «diluer» la normativité elle-même et gangrène le système international.

toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne décident d'un commun accord de soumettre le différend à l'arbitrage⁵¹⁰.

369. À ce jour, la Cour internationale de Justice n'a été saisie d'aucune affaire au titre de cet article.

370. Le recours le plus significatif au *jus cogens* en tant que norme de conflit est à mettre au compte de la Chambre des Lords britannique dans l'affaire *Pinochet*⁵¹¹. Comme chacun sait, la question qui se posait en l'espèce était de savoir si l'on pouvait retenir l'immunité d'un ancien chef d'État contre l'accusation portée contre lui d'actes de torture commis dans l'exercice de ses fonctions. Se référant aux passages pertinents de l'affaire *Furundžija*⁵¹², les Lords ont estimé que «le caractère attentatoire au *jus cogens* du crime international de torture justifie l'exercice par les États d'une juridiction universelle sur ce crime où qu'il ait été commis⁵¹³». Le caractère «doublement criminel» des faits étant avéré, Pinochet ne pouvait plaider l'immunité face à la demande d'extradition de l'Espagne. Pour reprendre les termes de Lord Millett:

On ne peut supposer que le droit international ait institué un crime relevant du *jus cogens* tout en prévoyant une immunité ayant la même portée que l'obligation qu'il cherche à imposer⁵¹⁴.

371. Il se trouve que cette affaire a eu des conséquences historiques non pas tant pour le sénateur Pinochet lui-même qu'en raison du fait que, pour la première fois, une juridiction locale de droit interne refusait l'immunité à un ancien chef d'État au motif qu'il ne saurait y avoir d'immunité de poursuites en cas de manquement au *jus cogens*.

⁵¹⁰ Voir le paragraphe 3 de l'article 65 et l'alinéa *a* de l'article 66 de la Convention de Vienne.

⁵¹¹ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (n° 3)*, 24 mars 1999, Chambre des Lords, ILR vol. 119, p. 136.

⁵¹² *Le Procureur c. Anto Furundžija*, jugement rendu le 10 décembre 1998, affaire n° IT-95-17/1, Chambre de première instance II, ILR vol. 121 (2002), p. 260, par. 153.

⁵¹³ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (n° 3)*, *supra*, note 511.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 232.

372. Le fait que le *jus cogens* ait pour but d'invalider la norme inférieure ne signifie pas qu'il offrirait automatiquement un accès à la justice indépendamment des obstacles de procédure pour sanctionner des individus ou accorder par exemple réparation au civil. Dans l'affaire *Al-Adsani*, la Cour européenne des droits de l'homme était appelée à se prononcer sur le point de savoir si le Royaume-Uni avait violé la Convention européenne des droits de l'homme au motif que la justice britannique avait défendu l'immunité de l'État du Koweït dans une affaire civile où sa responsabilité aurait été engagée envers une personne (*Al-Adsani*) qui avait été torturée par des agents koweïtiens⁵¹⁵. Si la Cour a tenu l'interdiction de la torture pour une règle de *jus cogens*, elle n'a pas constaté de violation des articles 1^{er} et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la façon dont les tribunaux britanniques avaient appliqué la loi sur l'immunité des États de 1978. Elle a déclaré que:

Certes, la Cour admet [...] que l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international; toutefois la présente affaire ne concerne pas, comme c'était le cas des décisions *Furundžija* et *Pinochet*, la responsabilité pénale d'un individu pour des actes de torture qui auraient été commis, mais l'immunité dont l'État jouit en cas d'action civile en dommages-intérêts pour des actes de torture qui se sont produits sur son territoire. Nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture, la Cour n'aperçoit dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un État ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre État devant lesquels sont formulées des allégations de torture⁵¹⁶.

373. En conséquence, même si elle a noté que l'importance primordiale de la prohibition de la torture était de plus en plus reconnue, la Cour n'a pas jugé établi qu'il soit déjà admis en droit international que les États ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'État du for. Ce faisant, elle n'a pas reconnu à une norme de *jus cogens* un effet qui primerait sur les droits reconnus aux États par le droit international coutumier⁵¹⁷.

⁵¹⁵ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, jugement rendu le 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI, p. 79.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 101 et 102, par. 61.

⁵¹⁷ Dans son opinion dissidente dans l'affaire *Al-Adsani*, qui s'ouvre sur le mot: «Dommage!», le juge Ferrari Bravo a exprimé sa profonde déception devant l'issue donnée à cette affaire: «La Cour avait eu, [...], une occasion en or pour émettre une condamnation nette et forte de tout

b) Teneur du *jus cogens*

374. Dans sa version finale du projet d'articles sur le droit des traités, la Commission du droit international s'est délibérément abstenue d'énumérer des exemples concrets de normes de *jus cogens*⁵¹⁸, et ce, parce qu'à son avis «on ne dispose d'aucun critère simple qui permette de reconnaître qu'une règle générale du droit international relève du *jus cogens*⁵¹⁹». À l'époque, l'adoption de la Convention de Vienne a été suivie, comme on pouvait s'y attendre, d'un long débat précisément sur cette question. Diverses instances judiciaires ou diplomatiques se sont prononcées depuis et donnent une idée de ce qui pourrait passer pour une norme de *jus cogens*. En 2001, dans son commentaire relatif au projet d'articles sur la responsabilité des États, la Commission a cité à titre d'exemples l'interdiction de l'agression, de l'esclavage et de la traite des esclaves, du génocide, de la discrimination raciale et de l'apartheid, de la torture (définie dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée le 10 décembre 1984), les règles fondamentales de droit international humanitaire applicables dans les conflits armés et le droit à l'autodétermination⁵²⁰. Dans l'affaire *Furundžija*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a défini l'interdiction de

acte de torture. Pour ce faire, il lui suffisait de confirmer le sens profond de la jurisprudence de la Chambre des lords dans l'affaire *Pinochet* ..., jurisprudence selon laquelle la prohibition de la torture a, aujourd'hui, caractère de *jus cogens* et, par conséquent, la torture est un crime de droit international. Il s'ensuit que tout État doit *contribuer* à la punition de la torture et ne peut pas se réfugier derrière des formalismes pour éviter de se prononcer. Or c'est justement un vieux formalisme que la Cour fait sien lorsqu'elle dit ... qu'elle ne trouve pas en droit international de règles qui, lorsque des actes de torture sont en jeu, lui enjoignent de ne plus appliquer la règle de l'immunité en matière civile ... On attend néanmoins la prochaine affaire, mais la Cour a, malheureusement, raté une très bonne occasion de livrer une jurisprudence courageuse!» Ibid., opinion dissidente du juge Ferrari Bravo, p. 33.

⁵¹⁸ Voir Projet d'articles sur le droit des traités, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session, *Annuaire...* 1966, vol. II, p. 270.

⁵¹⁹ Ibid., p. 270. Lord McNair a exprimé avec élégance la même idée en écrivant que: «il est plus facile d'illustrer ces règles [*jus cogens*] que de les définir». Voir A. D. McNair, *The Law of Treaties*, *supra*, note 57, p. 215. De même, par exemple, Aust, *Handbook of International Law*, *supra*, note 504, p. 11; Shelton, «International Law and Relative Normativity», *supra*, note 496, p. 151.

⁵²⁰ Projet d'articles sur la responsabilité des États, commentaire relatif à l'article 40, par. 4 à 6, dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session (A/56/10)*, p. 304 à 306.

la torture à la fois comme une norme impérative et comme une obligation *erga omnes*⁵²¹. Surtout, entre autres règles les plus fréquemment citées comme pouvant prétendre au statut de *jus cogens*, on trouve a) l'interdiction de l'emploi agressif de la force; b) le droit de légitime défense; c) l'interdiction du génocide; d) l'interdiction de la torture; e) l'interdiction des crimes contre l'humanité; f) l'interdiction de l'esclavage et de la traite des esclaves; g) l'interdiction de la piraterie; h) l'interdiction de la discrimination raciale et de l'*apartheid*, et i) l'interdiction des hostilités dirigées contre la population civile («règles fondamentales du droit international humanitaire»)⁵²².

⁵²¹ *Le Procureur c. Anto Furundžija*, jugement rendu le 10 décembre 1998, affaire n° IT-95-17/1, Chambre de première instance II, ILR vol. 121 (2002), p. 260 à 262, par. 151 à 157.

⁵²² Brownlie énumère à titre d'exemples prêtant le moins à controverse l'interdiction de l'emploi de la force, du génocide, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité, du commerce des esclaves et de la piraterie. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, *supra*, note 164, p. 515; pour Aust, l'interdiction de l'emploi de la force (telle qu'elle est énoncée dans la Charte des Nations Unies) et l'interdiction du génocide, de l'esclavage et de la torture sont probablement les normes les plus généralement acceptées. Aust, *Handbook of Public International Law*, *supra*, note 504, p. 11; Rosalyn Higgins mentionne à titre d'exemples l'interdiction du génocide, de la torture et de l'exécution des prisonniers de guerre. Voir Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford: Oxford University Press, 1994), p. 21 et 22. Les exemples d'obligations énoncées par la C.I.J. dans l'affaire de la *Barcelona Traction* – l'interdiction de l'agression, du génocide, des manquements à des règles relatives aux droits fondamentaux de l'être humain, dont la protection contre l'esclavage et la discrimination raciale – sont souvent cités à titre d'illustrations du *jus cogens*. Voir l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase)*, C.I.J. Recueil 1970, p. 32. Pour des règles dites «fondamentales» dans la pratique de la C.I.J., voir Vera Gowlland-Debbas, «Judicial Insights into Fundamental Values and Interests of the International Community», dans A.S. Muller et al. (éd.), *The International Court of Justice. Its Future Role after Fifty Years* (La Haye: Kluwer, 1997), p. 335 à 342. Pour des listes, voir également Jarna Petman, «Panglossian Views to the New World Order. Review of Cassese, *International Law* (2001)», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 13 (2002), p. 337 et 338; Daillier et Pellet, *Droit international public*, *supra*, note 73, p. 206 et 207. Certains commentateurs ont proposé que le *jus cogens* s'étende à la liberté de la haute mer (voir Jochen Frowein, «*Jus cogens*» *supra*, note 495, p. 67), pourtant la Commission du droit international semble avoir toujours eu un point de vue différent. Elle n'a cessé de déclarer que ce n'était pas son acceptation universelle qui élevait une norme au statut de règle de *jus cogens*, mais sa teneur. Selon elle, ce n'est pas la forme d'une règle générale de droit international mais la nature particulière de la matière dont elle traite qui peut, [...], lui donner le caractère de *jus cogens*. Dans le même ordre d'idées, la Commission a ajouté, il y a peu, que les obligations au titre de règles impératives de droit international découlent «des règles de fond qui interdisent des comportements considérés comme intolérables en raison de la menace qu'ils représentent pour la survie des États et de leurs peuples, ainsi que pour les valeurs humaines

375. Le problème de l'identification du *jus cogens* n'est pas facile à résoudre dans l'abstrait. Comme la plupart des commentateurs le font observer, il ne tient pas seulement à l'absence de liste unique de normes qui ferait foi, mais au fait que les critères d'inclusion dans cette liste ne font pas l'unanimité. Il faut partir du libellé de l'article 53 lui-même, qui détermine le *jus cogens* en renvoyant à ce qui est «accepté[e] et reconnu[e] par la communauté internationale des États dans son ensemble». Bien que cette formule n'échappe pas elle-même à la controverse (en particulier les références à une communauté d'«États» et à ce qu'il faut entendre par «dans son ensemble»)⁵²³, elle a aussi l'inconvénient de tourner en rond. Si le *jus cogens* vise à limiter ce qui peut être convenu légalement par les États – comment peut-on, dans le même temps, en faire dépendre le contenu de conventions entre États⁵²⁴? Le *jus cogens* a pour arrière-plan historique un droit naturel antivolontariste, d'inspiration souvent religieuse, la présomption de l'existence de normes «de type absolu» s'imposant au comportement de l'être humain. Alors que la plupart des hommes (et des États) continuent de tenir pour importante – de fait très importante – l'existence de telles normes, le vocabulaire de la diplomatie et du droit contemporains ne semble pas en mesure d'en donner une justification plausible. Tout «critère» que l'on souhaiterait invoquer pour soutenir qu'une norme donnée relève du *jus cogens* semblerait transmettre à cette règle putative toutes les incertitudes et les faiblesses qui lui sont propres.

376. Au lieu d'essayer de déterminer la teneur du *jus cogens* au moyen de définitions abstraites, mieux vaut suivre le sentier balisé par la Commission en 1966 lorsqu'elle jugeait que «la bonne solution consiste à stipuler en termes généraux qu'un traité est nul s'il est incompatible avec une règle de *jus cogens* et ... attendre que la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux

fondamentales». Voir Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, commentaire relatif à l'article 40, par. 3, dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session*, (A/56/10), p. 304.

⁵²³ Voir par exemple Cassese, *International Law, supra*, note 502, p. 201 («États les plus importants et les plus représentatifs») et l'analyse dans Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public, supra*, note 505, p. 158 à 160.

⁵²⁴ Voir Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia ...*, *supra*, note 78, p. 323 à 325.

internationaux mettent au point la pleine teneur de cette règle⁵²⁵». Telle semble être encore aujourd'hui la meilleure façon de procéder.

c) Jurisprudence

377. La jurisprudence a souvent eu à faire avec des règles de *jus cogens*. Bien des juridictions, internationales et nationales, ont avancé des arguments fondés sur le *jus cogens* pour étayer leurs décisions et arrêts⁵²⁶. Pourtant le nombre d'affaires dans lesquelles le *jus cogens* est intervenu sous l'angle du conflit de normes est beaucoup plus restreint. Comme Antonio Cassese l'a constaté:

... il ne s'est jamais produit de différend entre États quant à l'appartenance de telle ou telle règle au *jus cogens*. Aucun État n'a insisté non plus sur le caractère impératif d'une règle alors qu'il était en conflit avec d'autres États, que ce soit avec le soutien ou l'opposition d'autres États. Aucune instance judiciaire internationale, sans parler de la Cour internationale de Justice, n'a eu non plus à connaître d'un différend tournant autour de la question de savoir si une règle spécifique devait être considérée comme appartenant au corpus des normes à l'examen⁵²⁷.

378. La Cour internationale de Justice a manifesté une certaine réticence à invoquer le *jus cogens* dans ses décisions. On ne peut donc en trouver une mention explicite que dans quelques cas. La décision rendue par la Cour la plus souvent citée à propos de *jus cogens*, dans l'affaire du Nicaragua en 1986, en est un bon exemple⁵²⁸. Néanmoins, peut-être a-t-on voulu y voir

⁵²⁵ Projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 270.

⁵²⁶ Pour un aperçu des références aux normes fondamentales dans les décisions judiciaires de la C.I.J. et la C.P.J.I., voir Vera Gowlland-Debbas, «Judicial Insights into Fundamental Values and Interests...», *supra*, note 522, p. 332 à 342. Pour d'autres organes, voir par exemple *Le Procureur c. Kupreskic*, jugement rendu le 14 janvier 2000, affaire n° IT-95-16, TPIY, chambre de première instance II, p. 203, par. 520, <http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgment/kup-tj000114e.pdf> (dernière consultation le 31 mars 2006) où il est dit: «la plupart des normes du droit international humanitaire, notamment celles qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, sont des normes impératives du droit international ou *jus cogens*, c'est-à-dire qu'elles sont impérieuses et qu'on ne saurait y déroger». Voir la section consacrée à la jurisprudence pour d'autres exemples de situations où diverses instances judiciaires ont adhéré à cette thèse.

⁵²⁷ Cassese, *International Law*, *supra*, note 502, p. 202.

⁵²⁸ Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* (Fond) C.I.J. Recueil 1986, p.100 et 101, par. 190.

davantage que ce qui était justifié, car la Cour mentionne le *jus cogens* uniquement dans une citation (qu'elle approuve apparemment) de la Commission et des représentants des deux parties au différend – jamais elle n'a repris ces termes à son propre compte⁵²⁹.

379. Pourtant, le fait que la Cour n'ait cessé de se référer aux principes fondamentaux et généraux qui sous-tendent les relations conventionnelles contractuelles permet de supposer qu'elle a, au fond, adhéré à cette thèse. Dès la première affaire, elle a fait observer que les obligations des États n'avaient pas nécessairement un caractère conventionnel, mais plutôt pouvaient reposer sur des principes bien reconnus et généraux, dont des «considérations élémentaires d'humanité»⁵³⁰. Une année plus tard, elle a rendu l'un de ses avis consultatifs

⁵²⁹ À la Cour, l'expression *jus cogens* n'a été employée que dans les opinions individuelles ou dissidentes des juges. De fait, dès 1934, à la Cour permanente de justice internationale, le juge Schücking a évoqué, dans une opinion individuelle, la possibilité de créer des règles de *jus cogens* par voie d'accords entre États. Voir l'affaire *Oscar Chinn, C.P.J.I. série A/B, n° 63* (1934) (opinion individuelle du juge Schücking), p. 149. Tout au long des années qui ont suivi, il a été souvent fait référence aux normes impératives sous cette forme. Voir par exemple l'affaire relative à l'*Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède) C.I.J. Recueil 1958* (opinion individuelle du juge Moreno Quintana), p. 106 et suiv.; affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark, République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas) C.I.J. Recueil 1969* (opinion individuelle des juges Padilla Nervo et Sørensen), p. 97 et 248; affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark, République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas) C.I.J. Recueil 1969*, (opinion dissidente du juge Tanaka), p. 182; affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)(deuxième phase) C.I.J. Recueil 1970* (opinion individuelle du juge Ammoun), p. 304; affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique) C.I.J. 1986*, (opinion individuelle du juge Nagendra Singh), p. 153; affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique) C.I.J. 1986*, (opinion individuelle du juge Sette-Camara), p. 199 et suiv.; affaire relative à l'*application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro))*, (ordonnance du 13 septembre 1993), *C.I.J. Recueil 1993* (opinion individuelle du juge Lauterpacht), p. 440; affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, – (opinion dissidente du juge ad hoc Kreca), p. 53 à 61, par. 10 à 17; affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), *C.I.J. Recueil 2002* (opinion dissidente du juge Al-Khasawneh), p. 95, par. 3; affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *C.I.J. Recueil 2003* (opinion individuelle du juge Buergenthal), par. 23.

⁵³⁰ *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie) (Fond)*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 22.

les plus célèbres, dans lequel elle déclarait que «les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel»⁵³¹. Dans le même ordre d'idées, un avis consultatif de 1996 renvoyait aux «principes intransgressibles du droit international coutumier»⁵³². Ces citations, comme le raisonnement suivi dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, montrent bien que la Cour a, depuis toujours, jugé nécessaire de souligner l'existence de normes particulièrement importantes en droit international, bien qu'elle n'ait guère spécifié leur statut ou leur mode de fonctionnement⁵³³.

3. Obligations *erga omnes*

380. Les obligations *erga omnes* se distinguent des règles de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies et du *jus cogens*. Si celles-ci se caractérisent par leur pouvoir normatif – leur aptitude à supplanter une norme contradictoire –, les obligations *erga omnes* désignent le *champ d'application* du droit pertinent et les conséquences d'ordre procédural qui en découlent. Une norme qui porte création d'obligations *erga omnes* est à respecter envers «la communauté internationale dans son ensemble» et tous les États, qu'ils soient ou non directement intéressés par la question, sont habilités à mettre en jeu la responsabilité d'un État qui y aurait manqué. L'opposabilité *erga omnes* d'une obligation n'entraîne malgré tout aucune supériorité claire et nette de cette obligation sur d'autres obligations. Bien que dans la pratique les normes reconnues comme ayant une validité *erga omnes* établissent à n'en pas douter des obligations importantes, cette importance ne se traduit pas par une supériorité hiérarchique semblable à celle qui se dégage de l'Article 103 ou du *jus cogens*.

⁵³¹ Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Avis consultatif du 28 mai 1951, C.I.J. Recueil 1951, p. 23.

⁵³² Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, par. 79. La Cour a confirmé ce point de vue dans son dernier Avis consultatif, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis consultatif, reproduit sous la cote A/ES-10/273 et Corr.1. Voir également ILM, vol. 43 (2004), p. 1009.

⁵³³ Voir l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase)*, C.I.J. Recueil 1970, p. 32.

381. Peut-être a-t-on raison de relever que «la question de la portée juridique des obligations *erga omnes* a fait l'objet d'échanges de vues animés entre juristes et [que] les ouvrages spécialisés et la pratique n'ont toujours pas permis de se prononcer»⁵³⁴. Pourtant, bien que cette remarque s'applique peut-être à des interprétations (et des énumérations) particulières d'obligations *erga omnes*, la notion elle-même – l'opposabilité *erga omnes* de certaines règles de droit international – n'en demeure pas moins profondément enracinée dans la pratique internationale.

a) Passage d'obligations bilatérales à des obligations dues à «la communauté internationale dans son ensemble»

382. Le droit international découle en grande partie de relations contractuelles entre États et demeure en ce sens «bilatéraliste»⁵³⁵. Les États se doivent des obligations les uns aux autres et chacun est habilité à titre individuel uniquement à invoquer un manquement pour mettre en jeu la responsabilité d'un autre État. Le professeur Allott, qui a décrit le droit international comme «la loi minimale nécessaire pour permettre à des sociétés-États d'agir en tant que systèmes fermés sur le plan interne et en tant que maîtres d'un territoire dans leurs relations mutuelles» en a bien saisi la spécificité⁵³⁶. Ou, pour reprendre les termes de Simma:

Le droit international traditionnel a été laissé entièrement aux soins d'États souverains, reposant sur leurs relations juridiques bilatérales, sur le caractère intrinsèquement bilatéral de leur obligation de rendre compte ... Quant au fond, on constate que sur la base de ce bilatéralisme, le droit international s'est au cours des siècles mué en un système délimitant les sphères de souveraineté des États dans l'espace et le temps d'une part et à l'égard des personnes et de certaines questions juridictionnelles, d'autre part. Au fond, ces règles

⁵³⁴ Ian D. Seiderman, *Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension* (Anvers: Intersentia, 2001), p. 123.

⁵³⁵ Voir tout spécialement Bruno Simma, «From Bilateralism to Community Interest in International Law», *Recueil des cours...*, vol. 250 (1994), p. 230 et suiv. Ce terme a été employé d'abord par le Rapporteur spécial Willem Riphagen, troisième Rapport, *Annuaire... 1982*, vol. II, première partie, p. 36. Comme Simma l'a fait observer, le terme «bilatéraliste» recueille avec plus d'exactitude l'essence du droit international et se prête moins à des malentendus que les adjectifs «relatif» et «relationnel». Simma, «From Bilateralism to Community Interest...», p. 230 et suiv.

⁵³⁶ Philip Allott, *Eunomia, New Order for a New World* (Oxford: Oxford University Press, 1990), p. 324.

empêchaient les États d'intervenir dans les domaines ainsi délimités qui n'étaient pas les leurs. En outre, le droit international fournissait le cadre, fondé sur la réciprocité, de transactions juridiques sous forme de traités ...⁵³⁷.

383. Le bilatéralisme du droit international a pour corollaire que le droit international oblige les États réciproquement dans leurs relations *inter se* et non les uns envers les autres au motif qu'ils participeraient de ce que l'on pourrait appeler, de façon plus ou moins générale, une sphère publique internationale. Le mode de fonctionnement bilatéraliste est particulièrement important en droit de la responsabilité de l'État qui peut être qualifié de «justice privée» ou de «doctrine du chacun pour soi»:

Pour jouir d'un droit, un État doit avoir qualité pour agir et exiger l'exécution de l'obligation correspondante et, à défaut, pour faire rendre des comptes à la personne ou aux personnes censées s'acquitter de cette obligation ... En bref, il n'existe traditionnellement pas d'obligations *erga omnes*: il appartient à chaque État de protéger ses propres droits; nul n'est censé militer pour les droits d'autrui⁵³⁸.

384. Cette idée a été exprimée par la Cour internationale de Justice dans son avis sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, lorsqu'elle a estimé que «seule la partie envers laquelle une obligation internationale existe peut présenter une réclamation à raison de la violation de celle-ci⁵³⁹».

385. Le droit international contemporain s'est toutefois aventuré bien au-delà du bilatéralisme. Dès les débats de la Commission sur la future Convention de Vienne, les Rapporteurs spéciaux faisaient la distinction entre les traités portant création d'obligations dues par les États les uns aux autres dans un réseau de relations réciproques et les traités portant création de ce que Fitzmaurice a appelé «une sorte d'obligation plus absolue» – c'est-à-dire une obligation «de type intégral» ou «de type interdépendant». À titre d'exemples de ce genre de traités, il a cité

⁵³⁷ Simma, «From Bilateralism to Community Interest ...», *supra*, note 535, p. 229.

⁵³⁸ Weil, «Towards Relative Normativity...», *supra*, note 504, p. 431. De même, Denys Alland, *Justice privée et ordre juridique ...*, *supra*, note 244. Pour un autre point de vue selon lequel la notion d'obligations *erga omnes* n'est pas viable au regard du droit, voir Jan Klabbers, «The Scope of International Law: *Erga Omnes Obligations and the Turn to Morality*», dans Matti Tupamäki (éd.), *Liber Amicorum Bengt Broms: Celebrating His 70th Birthday* (section finlandaise de l'Association de droit international: Helsinki, 1999), p. 177.

⁵³⁹ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 180 et 181.

les conventions de désarmement et de droit humanitaire. Les obligations énoncées dans ces conventions ne peuvent décemment être réduites à des relations réciproques d'État à État⁵⁴⁰. Dans ces conditions, l'intérêt de la distinction tient au traitement réservé aux conflits entre traités – les obligations «de type plus absolu» souffrant plus difficilement de dérogations par voie de «modification» ou de *lex posterior*.

386. Le cas le plus fréquemment mentionné dans les premiers débats concernait l'interdiction du génocide. Suivant le raisonnement de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, les traités classiques visaient des avantages et des désavantages individuels pour les États ou cherchaient le maintien d'un équilibre contractuel⁵⁴¹. Or aux termes de conventions telles que celle sur le génocide, les États ne poursuivent pas d'intérêts nationaux, individuels. Ils ont bien plutôt «un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention», «[i]l en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel entre les droits et les charges»⁵⁴². Depuis cette affaire, les internationalistes, comme les tribunaux, internationaux et nationaux, parlent couramment de «valeurs universelles supérieures»⁵⁴³ et d'intérêts ou de préférences partagés à partir desquels on distingue les normes de type contractuel de celles qui relèvent davantage du droit public.

387. C'est la déclaration faite par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction* qui, bien naturellement, tient ici lieu de *locus classicus*: peut-être la Cour s'est-elle inspirée des débats en cours depuis l'adoption de la Convention de Vienne sur la nature et le rôle des «normes fondamentales», lesquelles ne sauraient se réduire à des normes appelées à régir les relations

⁵⁴⁰ Fitzmaurice, troisième Rapport, *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 46, par. 91.

⁵⁴¹ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Avis consultatif du 28 mai 1951, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23.

⁵⁴² Ibid.

⁵⁴³ Gowlland-Debbas, «Judicial Insights into Fundamental Values and Interests...», *supra*, note 522, p. 328. Voir également Christian J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 2 et 3 et *passim*.

bilatérales d'État à État⁵⁴⁴. C'est à cette occasion que le terme «*erga omnes*» (équivalent latin d'«opposable à chacun/tous») a, pour la première fois, retenu vraiment l'attention⁵⁴⁵. Comme chacun sait, la Cour a estimé que la Belgique n'avait pas qualité pour agir contre l'Espagne au nom des actionnaires belges d'une société canadienne. Dans un célèbre *ober dictum*, elle a déclaré ce qui suit:

Une distinction essentielle doit ... être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*.

Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et de la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général ... d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel⁵⁴⁶.

388. Ces citations ont surtout pour intérêt de montrer qu'il existe effectivement différents types d'obligations en droit international: d'un côté, des obligations de type traditionnel d'un État envers tel ou tels autres États, sur une base bilatérale, de l'autre côté, des obligations qui intéressent tous les États et que tous les États ont légitimement intérêt à protéger.

389. Bien que les exemples donnés par la Cour internationale de Justice d'obligations *erga omnes* puissent aussi avoir la nature de *jus cogens*, elle n'a pas cherché à insister sur le fait qu'il n'était pas possible d'y déroger. Elle a voulu au contraire indiquer que certaines règles

⁵⁴⁴ Jochen Frowein, «Obligations *Erga Omnes*», dans Rudolf Bernhardt (éd.), *Encyclopaedia of International Law* (Amsterdam: Elsevier, 1997), vol. III, p. 757.

⁵⁴⁵ Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)* (deuxième phase), *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33. Pour un soutien à la notion d'obligations *erga omnes*, voir Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Dordrecht: Nijhoff, 1991), p. 343 et 344; Claudia Annacker, «The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations in International Law», *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 46 (1994), p. 131. Pour un point de vue critique, voir Weil, «Towards Relative Normativity...», *supra*, note 504, p. 413.

⁵⁴⁶ Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)* (deuxième phase), *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32.

reconnaissaient à tous qualité pour agir et formuler une réclamation en cas de violation⁵⁴⁷.

Les normes *erga omnes* ne se distinguent pas nécessairement par leur importance quant au fond, elles présentent par contre certaines caractéristiques procédurales, en ce sens que tout État, et non pas seulement le bénéficiaire à titre individuel, peut invoquer leur manquement. Il s'agit d'obligations qui portent sur des règles secondaires, et non primaires⁵⁴⁸. La Commission du droit international elle-même a confirmé la doctrine des obligations *erga omnes*. Même si la Commission a en fin de compte renoncé à reprendre dans son projet d'articles sur la responsabilité des États (2001) l'idée que certaines violations constituaient des infractions si graves à l'ordre public international dans son ensemble qu'elles pouvaient être qualifiées de «crimes», l'article 48 du texte final a été rédigé, dans le cadre du compromis qui a suivi, de façon à reconnaître la possibilité pour un État autre que l'État lésé d'invoquer la responsabilité d'un autre État:

1. ... tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si:
 - a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe; ou
 - b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble⁵⁴⁹.

390. Dans son commentaire, la Commission précise que cette disposition est censée traiter des obligations du type visé dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Et bien que la terminologie soit différente, cette disposition s'inspire aussi des affaires que Fitzmaurice a abordées lorsqu'il

⁵⁴⁷ Voir Michael Byers, «Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules», *Nordic Journal of International Law*, vol. 66 (1997) 211, p. 230.

⁵⁴⁸ Voir également Gaetano Arangio-Ruiz, quatrième Rapport, *Annuaire... 1992*, vol. II, première partie, p. 36, par. 92: «la notion d'obligations *erga omnes* ne se caractérise pas par l'importance de l'intérêt protégé par la norme – trait qui est au contraire typique du *jus cogens* –, mais par «l'indivisibilité juridique» du contenu de cette obligation, c'est-à-dire par le fait que la règle en question prévoit des obligations qui lient simultanément chacun des États destinataires vis-à-vis de tous les autres. Cette structure juridique est typique non seulement des normes impératives, mais encore des autres normes du droit international général et d'un certain nombre de règles des traités multilatéraux (les obligations *erga omnes partes*)».

⁵⁴⁹ Art. 48, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session*, (A/56/10), p. 57.

parlait de traités portant création d'obligations «de type intégral» et «de type interdépendant». Le premier alinéa, en particulier, traite de ce que le commentaire nomme des «obligations *erga omnes partes*», c'est-à-dire des obligations qui découlent d'un traité et sont censées protéger les «intérêts collectifs» des parties au traité⁵⁵⁰. Le deuxième alinéa traite d'obligations *erga omnes* proprement dites, c'est-à-dire d'obligations en droit général dont le respect intéresse «la communauté internationale dans son ensemble».

b) À qui les obligations *erga omnes* sont-elles dues?

391. La plupart des obligations *erga omnes*, (mais pas toutes), ont pris naissance dans le domaine des droits de l'homme et du droit humanitaire. Le droit ne crée pas en l'espèce d'obligations réciproques de type bilatéraliste entre les États. L'obligation de respecter le droit à la liberté de parole sur le territoire d'un État, par exemple, ne vise aucun État particulier ni les citoyens d'États particuliers. En fait, une telle norme fait prendre à l'État un engagement envers toutes les personnes placées sous sa juridiction. Toute contrepartie est absente de ce genre de relations. Un État est tenu de respecter ce droit quel que soit le comportement des autres États⁵⁵¹.

392. Cela amène à s'interroger sur l'identité des bénéficiaires des obligations *erga omnes* et à se demander si le statut de bénéficiaire immédiat a une influence quelconque sur la capacité de réagir aux violations. Peut-être a-t-on raison de dire, sur le plan doctrinal, que les obligations *erga omnes* «consistent non pas en un échange de droits et de devoirs, mais dans l'adhésion à

⁵⁵⁰ Ibid., Commentaire se rapportant à l'article 48. Les exemples cités par la Commission concernent des traités qui ont à voir avec l'environnement, la sécurité d'une région ou un système régional de protection des droits de l'homme.

⁵⁵¹ Comme Simma l'a relevé, les traités relatifs aux droits de l'homme comptent parmi les accords aux termes desquels les obligations ne relient pas les États parties mais obligent les États contractants à adopter dans leur juridiction un certain comportement «parallèle» qui ne se manifeste pas par un échange ou une interaction tangible entre les parties. Voir Bruno Simma, «Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility», dans Yoram Dinstein (éd.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Dordrecht: Nijhoff, 1998), p. 823.

un système normatif⁵⁵²». Pourtant, on voit mal quelles en sont les conséquences quant aux droits procéduraux qu'une violation effective déclencherait.

393. Si un État torture ses citoyens, aucun autre État ne subit directement de préjudice. Hormis le cas de la ou des victimes directement intéressées, le préjudice subi par autrui est purement fictif, c'est-à-dire qu'il repose sur l'hypothèse qu'une telle pratique viole certaines valeurs ou certains intérêts qui appartiennent à «tous», ou, pour reprendre la terminologie employée dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, à «la communauté internationale dans son ensemble». Bien que l'État qui pratique la torture ait manqué à ses obligations, selon le bilatéralisme, il n'y aurait pas d'État lésé et, partant, pas d'État habilité à faire valoir un droit⁵⁵³. Mais la Commission du droit international s'est désormais ralliée à l'idée qu'il pouvait arriver que des États non lésés soient habilités eux aussi à invoquer des manquements, précisément dans les cas où les violations intéressaient «la communauté internationale dans son ensemble» et où tous les États avaient un intérêt légitime⁵⁵⁴. Les obligations *erga omnes partes* dont il est question au paragraphe 1 a) de l'article 48 sont en lien avec un intérêt collectif des parties au traité qui a été violé et entraînent,

⁵⁵² Voir René Provost, «Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law», *BYBIL*, vol. 65 (1994), p. 386.

⁵⁵³ Seiderman va jusqu'à soutenir qu'«il n'y a pas lieu de diviser les normes relatives aux droits de l'homme entre celles qui entraînent des obligations *erga omnes* et les autres». Voir Seiderman, *Hierarchy in International Law...*, *supra*, note 534, p. 124. Pour un autre point de vue, voir Byers, «Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules», *supra*, note 547, p. 232. Byers continue de voir les obligations *erga omnes* dans le cadre du paradigme du bilatéralisme, donnant à entendre qu'«une règle *erga omnes* peut être considérée comme impliquant une série de relations bilatérales identiques entre chaque couple possible d'États», caractérisée en plus par le fait que chaque État a le droit de soumettre une réclamation, quelle que soit la victime directe du manquement à une telle obligation. Peut-être la doctrine s'inspire-t-elle à ce sujet de ce que la Cour a déclaré en 1973 dans l'affaire des *Essais nucléaires*. Dans sa décision, la Cour a estimé que «[l]es déclarations unilatérales des autorités françaises ont été faites publiquement en dehors de la Cour et *erga omnes* ... L'objet des déclarations étant clair et celles-ci étant adressées à la communauté internationale dans son ensemble, la Cour tient qu'elles constituent un engagement comportant des effets juridiques». *Affaire des Essais nucléaires (Australie c. France)*, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 269 et 270, par. 50 et 51. Selon le raisonnement suivi dans cet avis, les obligations *erga omnes* ne seraient en fait rien d'autre que des obligations contractées par un État envers tous les autres États de la communauté internationale.

⁵⁵⁴ Art. 42 b), projet d'articles sur la responsabilité des États, dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session (A/56/10)*, p. 55.

à juste titre, l'habilitation de toutes les parties à invoquer la violation. Le paragraphe 1 b) de l'article 48 traite des obligations *erga omnes* générales qui portent création d'un droit pour tous les États, en leur qualité de membres de la «communauté internationale», d'invoquer la violation⁵⁵⁵.

394. Là encore, l'arrêt *Furundžija* rendu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie résume bien la situation. Ayant déclaré que l'interdiction de la torture relevait du *jus cogens*, il l'a aussi définie comme établissant une obligation *erga omnes* dans les termes suivants:

De surcroît, l'interdiction de la torture impose aux États des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire des obligations vis-à-vis de tous les autres membres de la communauté internationale dont chacun a un droit corrélatif. En outre, la violation de ces obligations porte simultanément atteinte au droit corrélatif de tous les membres de la communauté internationale et autorise chacun d'entre eux à exiger que l'État en cause remplisse son obligation ou, à tout le moins, cesse d'y contrevenir ou ne récidive pas⁵⁵⁶.

395. On peut comparer la distinction entre obligations «bilatérales» et obligations *erga omnes* à celle opérée en droit interne entre contrats et obligations de droit public. Dans ce dernier cas, les relations se nouent entre le sujet de droit et la puissance publique. Même si la violation de telles obligations porte atteinte à un intérêt individuel, la capacité pour agir (comme le prévoit le droit pénal la plupart du temps) relève de la puissance publique.

396. Cela ne veut pas dire toutefois que les États ne peuvent réagir que collectivement. En fait, si tel était le cas, l'absence de procédures de réaction collective générale – à part celles prévues au Chapitre VII de la Charte – ferait perdre quasiment tout son sens à la disposition relative aux obligations *erga omnes*. Comme Gaja l'a fait observer dans son rapport à l'Institut de droit international, une réaction collective impliquant tous les États «est dans la pratique impossible». Aussi faut-il en déduire qu'une obligation due à la «communauté internationale dans son ensemble» est aussi due à chaque État individuellement et sans que cet État y ait un intérêt précis, et que chacun d'eux a qualité pour agir en cas de violation. La réponse à la question de savoir si d'autres sujets – particuliers, groupes de particuliers ou organisations – seraient

⁵⁵⁵ Ibid., commentaire relatif à l'article 48.

⁵⁵⁶ *Le Procureur c. Anto Furundžija*, jugement rendu le 10 décembre 1998, affaire n° IT-95-17/1, Chambre de première instance II, ILR vol. 121 (2002), p. 260, par. 151.

habilités à agir dépend du contenu de la norme pertinente et de l'existence de moyens d'action valables⁵⁵⁷.

397. L'idée a aussi été émise que le fait qu'une obligation soit due *erga omnes* avait des répercussions sur la définition des conséquences de sa violation, dont l'obligation de non-reconnaissance. Considérant la légalité de la barrière de sécurité édiflée par Israël en partie dans le territoire palestinien occupé, la Cour a déclaré:

Les obligations *erga omnes* violées par Israël sont l'obligation de respecter le droit du peuple palestinien à l'autodétermination ainsi que certaines des obligations qui sont les siennes en vertu du droit international humanitaire. ... Vu la nature et l'importance des droits et obligations en cause, la Cour est d'avis que tous les États sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur...⁵⁵⁸

398. La Cour l'a précisé en estimant que:

Ils sont également dans l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction. Il appartient par ailleurs à tous les États de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination. En outre, tous les États parties à la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, ont l'obligation, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Giorgio Gaja, «Obligations and Rights *Erga Omnes* in International Law», *Annuaire...*, vol. 71, première partie, p. 126.

⁵⁵⁸ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *Avis consultatif*, reproduit sous la cote A/ES-10/273 et Corr.1, p. 57 et 58. Voir également ILM, vol. 43 (2004), p. 1009, par. 155 et 159.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 58, par. 159. D'autres juges contestaient cette affirmation. Ainsi, M^{me} le juge Higgins, dans son opinion individuelle, a déclaré qu'«à la différence de la Cour, [elle ne pensait pas] que la conséquence des violations identifiées du droit international qui y est indiquée ait quelque chose à voir avec le concept d'*erga omnes*. La célèbre sentence de la Cour dans l'affaire *Barcelona Traction*, ... est souvent invoquée à tort et à travers. C'est malheureusement, encore une fois, le cas dans le présent avis. ... Cette sentence visait une question très particulière de *locus standi*. ... Cela n'a rien à voir avec l'imposition d'obligations de fond à des tiers dans une affaire». Elle ajoutait: «Il est évident que les tiers ne doivent pas reconnaître une situation illicite ni y contribuer; il n'y a pas lieu pour cela d'invoquer le concept incertain d'*erga omnes*. L'obligation faite aux Membres des Nations Unies de ne pas reconnaître la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie et de ne pas lui apporter appui ou assistance n'était en aucun cas

c) Obligations *erga omnes partes*

399. D'après l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, «les instruments qui consacrent les droits de l'homme ne reconnaissent pas qualité aux États pour protéger les victimes de violations de ces droits indépendamment de leur nationalité». On pourrait en déduire que les obligations *erga omnes* ne peuvent pas être fondées sur le droit conventionnel. Mais la Cour n'a pas pu vouloir dire une chose pareille. Mieux vaut supposer qu'elle souhaitait indiquer que des accords spécifiques pouvaient orienter la capacité à agir vers les procédures appropriées. En d'autres termes, cette déclaration ne concernerait pas les sources d'obligations *erga omnes*, mais les particularités techniques des traités relatifs aux droits de l'homme. Comme Ian Seiderman l'a déclaré, «pour engager une *actio popularis*, un État ou tout autre sujet du droit international doit à la fois avoir capacité pour agir et avoir à sa disposition une instance à saisir. L'opposabilité *erga omnes* ne vise que la première condition»⁵⁶⁰.

400. Il ne faudrait pas pour autant tirer trop de conclusions de cette distinction (entre qualité pour agir et juridiction). Dans le cas de la responsabilité de l'État, principal domaine des obligations *erga omnes*, l'absence de juridiction n'éteint pas la réclamation. Dans le domaine des droits de l'homme par exemple, le droit général de la responsabilité de l'État peut être mis en

fondée sur le principe *erga omnes*.». Ibid., p. 1009 (opinion individuelle de M^{me} le juge Higgins), par. 37 et 38.

⁵⁶⁰ Voir Seiderman, *Hierarchy in International Law...*, *supra*, note 534, p. 136 et 137. De même, dans l'affaire relative au *Timor oriental*, la Cour a estimé que: «l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes. Quelle que soit la nature des obligations imposées, la Cour ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un État lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre État qui n'est pas partie à l'instance. En pareil cas, la Cour ne saurait se prononcer, même si le droit en cause est opposable *erga omnes*». Voir l'affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29. Voir également *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, ILM, vol. 43 (2004), p. 1009 (opinion individuelle de M^{me} le juge Higgins), par. 37, dans laquelle elle déclare que l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction* visait une question très particulière de *locus standi*.

œuvre par des acteurs qui représentent la «communauté internationale dans son ensemble» même si l'«*actio popularis*» demeure en dehors des possibilités offertes par l'instance considérée⁵⁶¹.

401. Cette logique s'est déjà exprimée naguère à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Pfunders* en 1961⁵⁶², le Gouvernement autrichien affirmait qu'une action en justice avait été engagée au pénal devant la justice italienne en violation de l'article 6 de la Convention européenne. Le Gouvernement italien a objecté que les organes conventionnels n'avaient pas compétence *ratione temporis* pour connaître de l'affaire puisque l'Autriche n'avait pas ratifié la Convention au moment des faits et n'était donc pas habilitée à former la réclamation. La Commission européenne des droits de l'homme a rejeté cet argument par la célèbre déclaration selon laquelle, en concluant la Convention, les hautes parties contractantes avaient eu pour objectif, non pas de se concéder réciproquement des droits et obligations conformément à leur intérêt national respectif, mais de concrétiser les buts et les idéaux du Conseil de l'Europe, tels qu'ils étaient exprimés dans son Statut, et d'instaurer un ordre public commun des démocraties libres d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, idéaux et liberté, ainsi que la primauté du droit:

Les obligations contractées par les hautes parties contractantes à la Convention européenne ont essentiellement un caractère objectif visant plutôt à protéger les droits fondamentaux des êtres humains pris à titre individuel contre les atteintes par l'une quelconque des hautes parties contractantes que de créer des droits subjectifs et réciproques pour les hautes parties contractantes elles-mêmes⁵⁶³.

⁵⁶¹ Pour l'idée d'employer la notion d'opposabilité *erga omnes* pour habiliter des acteurs non étatiques, voir par exemple Hilary Charlesworth et Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis* (Manchester: Manchester University Press, 2000), p. 94 et 95.

⁵⁶² *Autriche c. Italie*, 11 janvier 1961, Annuaire de la Convention des droits de l'homme, vol. 4, p. 116 (version anglaise).

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 138.

402. Par conséquent, on ne peut pas déduire de la source d'une norme que celle-ci donne ou ne donne pas naissance à des obligations *erga omnes*⁵⁶⁴. C'est plutôt le caractère des normes primaires qui détermine la nature des règles secondaires.

403. Le fait que les obligations *erga omnes* puissent être effectivement fondées sur des normes conventionnelles a aussi été confirmé par l'Institut de droit international. Aux fins de la résolution intitulée «Les obligations *erga omnes* en droit international», adoptée en 2005, une obligation *erga omnes* est:

a) une obligation relevant du droit international général à laquelle un État est tenu en toutes circonstances envers la communauté internationale, en raison de ses valeurs communes et de son intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous les États à réagir; ou

b) une obligation *relevant d'un traité multilatéral* à laquelle un État partie à ce traité est tenu en toutes circonstances envers tous les autres États parties au traité, en raison des valeurs qui leur sont communes et de leur intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous ces autres États à réagir⁵⁶⁵.

d) Rapport entre obligations de *jus cogens* et obligations *erga omnes*

404. Le rapport étroit qui existe entre le *jus cogens* et la notion d'obligations *erga omnes* est une source constante de confusion. Les normes de *jus cogens*, particulièrement importantes, se distinguent des autres par le fait que l'on ne peut y déroger. Une norme qui entre en conflit avec elles, nous l'avons vu, est donc nulle et non avenue. Les obligations *erga omnes* quant à elles sont des obligations dans le respect desquelles chaque État («la communauté internationale dans son ensemble») a un intérêt légitime. Nul doute en effet que les États ont tous un intérêt légitime

⁵⁶⁴ Voir également Annacker, «The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations...», *supra*, note 545, p. 136, qui soutient que «la source de la norme en soi ne permet pas de tirer de conclusions quant à la structure des obligations imposées et des droits concernés par la norme primaire du régime de responsabilité (normes secondaires)».

⁵⁶⁵ Les obligations *erga omnes* en droit international, Institut de droit international, session de Cracovie, Annuaire de l'Institut de droit international (2002), art. 1^{er}, non souligné dans l'original. Voir Gaetano Arangio-Ruiz, Quatrième rapport, *Annuaire... 1992*, vol. II, première partie, p. 36, par. 92 où il déclare que: «[c]ette structure juridique [les obligations *erga omnes*] est typique non seulement des normes impératives, mais encore des autres normes du droit international général et d'un certain nombre de règles des traités multilatéraux (les obligations *erga omnes partes*)».

à respecter des règles auxquelles nulle dérogation n'est permise. En ce sens, si l'on peut à bon droit supposer que toutes les normes de *jus cogens* s'imposent *erga omnes*, l'inverse n'est pas forcément vrai. Ce n'est pas parce tous les États ont un intérêt légitime dans le respect d'une obligation que ces normes sont nécessairement impératives; elles n'entraînent pas forcément la nullité des obligations en conflit.

405. Dans son commentaire relatif au projet d'articles, la Commission a développé le rapport entre *jus cogens* et obligations *erga omnes* comme suit:

Alors que les normes impératives du droit international général traitent de la portée d'un petit nombre d'obligations fondamentales et du rang de priorité qu'il convient de leur accorder, les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble sont axées sur l'intérêt juridique qu'ont tous les États à les respecter, à savoir, dans le cadre du présent article, le fait qu'ils sont habilités à invoquer la responsabilité de tout autre État en cas de violation. Par conséquent, il serait bon de faire le départ entre les conséquences de l'une et de l'autre notion. Premièrement, les violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général peuvent entraîner des conséquences supplémentaires, non seulement pour l'État responsable mais pour tous les autres États. Deuxièmement, tous les États ont le droit d'invoquer la responsabilité pour la violation d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble⁵⁶⁶.

406. Dans l'affaire *Furundžija*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a bien précisé les relations entre la visée procédurale des obligations *erga omnes* et le rattachement du *jus cogens* avec la hiérarchie normative:

«Alors que la nature *erga omnes* dont il vient d'être question ressortit au domaine de la coercition internationale (au sens large), l'autre trait majeur du principe interdisant la torture touche à la hiérarchie des règles dans l'ordre normatif international»⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ Commentaire relatif au projet d'articles sur la responsabilité des États, *Annuaire... 2001*, vol. II, deuxième partie, p. 281 et 282 de la version anglaise. Michael Byers a décrit la même relation dans ces termes: «Les règles de *jus cogens*, connues aussi sous le nom de “règles impératives” sont des règles de “politique publique” internationale auxquelles il est interdit de déroger. Elles rendent nulles et non avenues les autres règles non impératives qui entrent en conflit avec elles. Les règles *erga omnes* en revanche sont des règles qui, si elles sont violées, donnent, à tous les États qui y sont soumis, qualité pour agir et présenter des réclamations.». Voir Byers, «Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules», *supra*, note 547, p. 211.

⁵⁶⁷ *Le Procureur c. Anto Furundžija*, jugement rendu le 10 décembre 1998, affaire n° IT-95-17/1, Chambre de première instance II, ILR (2002) vol. 121, p. 260 par. 153.

e) Conclusion

407. Le débat sur la hiérarchie confirme la conclusion déjà tirée à la fin des sections qui précèdent. L'absence de rapports hiérarchiques uniques, bien établis, entre les règles, principes et obligations de droit international, signifie non pas qu'il n'existerait pas de rapports de supériorité/infériorité, mais seulement que ce qu'ils sont ne saurait être déterminé de façon abstraite, hors du contexte dans lequel certaines normes, certaines règles ou certains principes sont invoqués pour faire pièce à la thèse opposée. Bien que la coutume veuille que l'on traite de la hiérarchie en droit international en termes de normes de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes*, on peut se demander si ce sont bien là les seuls cas, et de fait les cas les plus pertinents sur le plan pratique. Comme nous l'avons vu dans les sections C et D, d'autres règles importantes, telles les règles conventionnelles «de type intégral» et «de type interdépendant», les «principes intransgressibles», les «considérations élémentaires d'humanité» et certaines clauses conventionnelles ne peuvent être violés sans que, dans le même temps, l'objet et le but du traité en souffrent, et jouent un rôle plus significatif dans la pratique du raisonnement juridique. Peut-être l'accent mis sur des maximes latines bien connues a-t-il détourné l'attention de ces types de relations d'importance plus prosaïques.

408. La présente section a souligné par ailleurs la différence très nette qui sépare les normes de *jus cogens* des obligations *erga omnes*. Les premières ont à voir avec le «poids» normatif d'une norme, les secondes avec sa «portée» procédurale. Alors qu'une norme de *jus cogens* a nécessairement une portée *erga omnes*, les obligations *erga omnes* n'ont pas toutes le poids du *jus cogens*. Et s'il est vrai qu'il faut, à chaque fois, se demander comment classer ces normes, il reste que, dans les années 90, l'idée qu'au moins certaines interdictions avaient la nature de règles de *jus cogens* et que la violation de certaines obligations donnait qualité pour agir à des États non lésés a progressivement recueilli un solide consensus dans les milieux juridiques. Ces catégories conservent certes des contours mal définis, mais cela ne diminue en rien leur importance. Au contraire, grâce à leur ouverture relative, elles se prêtent à une utilisation raisonnable dans des situations particulières de conflit normatif (*jus cogens*) ou lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la qualité pour agir par rapport à certaines obligations (obligations *erga omnes*).

409. Mais le droit étant un art des systèmes, les débats sur normes supérieures et inférieures sont l'occasion toute trouvée de s'interroger sur la «constitutionnalisation» et la fragmentation.

L'Article 103 de la Charte des Nations Unies implique à n'en pas douter la supériorité hiérarchique de la Charte par rapport à d'autres chapitres du droit international, alors que l'idée même de *jus cogens* donne à penser que même l'action politique des Nations Unies peut se heurter à des limites «constitutionnelles». La notion de *jus cogens* ne rencontre plus vraiment d'opposition. Ce qui continue de faire débat touche à la détermination de son contenu, en particulier par rapport à la définition d'un fait ou d'un événement. Tout dépend alors du développement des préférences politiques⁵⁶⁸. Quoiqu'il en soit, l'importance de cette notion, comme celle des obligations *erga omnes*, réside peut-être moins dans «l'application» effective des concepts que dans leur rôle d'indicateur des possibilités d'argumentation et des limites à respecter dans la prise de décisions institutionnelle. Ces notions réduisent d'autant le caractère problématique de la fragmentation du droit international.

F. INTÉGRATION SYSTÉMIQUE ET PARAGRAPHE 3 C) DE L'ARTICLE 31 DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS

1. Introduction – le «principe d'intégration systémique»

410. Les précédentes sections traitaient de trois types de relations entre les règles et principes (normes) de droit international: les relations entre normes spéciales et générales, entre normes antérieures et postérieures et entre règles et principes de pouvoir normatif différent. Dans chaque section, on a démontré que la technique juridique était parfaitement capable de résoudre les

⁵⁶⁸ À cet égard, les délibérations de la Chambre de première instance de la Cour européenne dans l'affaire T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes* sont particulièrement révélatrices. Comme on l'a fait observer plus haut, la Cour s'est déclarée compétente pour connaître de la conformité des décisions du Conseil de sécurité des Nations Unies avec le *jus cogens*. À un moment donné, elle a parlé «des droits fondamentaux de la personne humaine relevant du *jus cogens*», indiquant par là que les «droits fondamentaux» ne s'inscrivaient pas tous dans le cadre du *jus cogens*, par. 286. Mais plus loin, la Cour s'est demandée «si le gel des fonds ... viole les droits fondamentaux des requérants», amalgamant par là ces deux catégories de règles – «droits fondamentaux» et «*jus cogens*», par. 288. Une interprétation aussi large du *jus cogens* transparait aussi de l'idée de la Cour qu'une «privation arbitraire» du droit à la propriété «pourrait, en tout état de cause, être considérée comme contraire au *jus cogens*», par. 293. Il est aussi intéressant de relever que la Cour estime que si le droit d'accès aux tribunaux est de l'ordre du *jus cogens*, il n'est pas pour autant illimité. Au contraire, sa limitation par des mesures adoptées au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, semblait «inhérente à ce droit, tel qu'il est garanti par le *jus cogens*», par. 343.

conflits ou doublons normatifs en situant correctement les règles et les principes les uns par rapport aux autres. On a insisté sur le fait que ce processus n'avait rien d'automatique ni de mécanique. Le mode de fonctionnement des différentes techniques (*lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*) dépendait de ce qui devrait être considéré comme les aspects pertinents de chaque cas. La question de savoir si le caractère spécial ou général d'une règle devait être déterminant ou s'il fallait accorder la priorité à la règle antérieure ou postérieure dépendait de considérations telles que la volonté des parties, la nature, l'objet et le but des instruments, ainsi que du meilleur moyen de les appliquer en perturbant le moins possible le fonctionnement du système juridique.

411. Outre le rôle du contexte, les études précédentes de la pratique internationale ont mis en lumière l'effort consenti pour éviter d'invalider la norme qui était mise de côté, si ce n'est dans le cas de la doctrine, abstraite et jusqu'ici assez mince quant au fond, du *jus cogens*. En d'autres termes, on a pris soin de ne pas donner à penser qu'un traité dûment adopté ou une coutume suivie par les États perdrait à certains égards tout effet juridique, moyennant deux techniques en particulier. La première consiste à harmoniser les normes apparemment en conflit en les interprétant de manière à en assurer la compatibilité. La seconde tend à remplacer le concept de validité par celui de priorité. La norme appelée à être écartée restera en quelque sorte «à l'arrière-plan», continuant d'influencer l'interprétation et l'application de celle à laquelle priorité a été donnée.

412. Il s'ensuit que, contrairement à ce qu'on avance parfois, le règlement des conflits et l'interprétation ne peuvent se distinguer l'un de l'autre. La question de savoir s'il y a un conflit et ce qui peut être fait avec ce qui apparaît comme un conflit dépend de l'interprétation donnée des règles pertinentes. On n'insistera jamais assez sur ce point. L'interprétation n'intervient pas seulement une fois que l'on s'est assuré qu'il existait bel et bien un conflit. Les règles semblent être compatibles ou en conflit *suite à l'interprétation*. Il peut être parfois utile de souligner le caractère antagonique de deux règles ou ensembles de règles de façon à mettre le doigt sur le besoin d'intervention législative. Mais souvent il semble plus approprié de minimiser cette impression de conflit et de lire les règles pertinentes du point de vue de leur contribution à un objectif généralement partagé – «systémique». La technique de la «complémentarité» en est un exemple. Mais quelle que soit la procédure retenue, le raisonnement juridique suit des sentiers bien balisés: références au sens normal, volonté des parties, attentes légitimes, bonne foi et pratique ultérieure, «objet et but» de l'instrument, principe d'effectivité. Et finalement, s'il faut

fixer un ordre de priorité, on peut y parvenir, comme nous l'avons vu plus haut, grâce à trois critères: a) la spécificité (*lex specialis*); b) la temporalité (*lex posterior*) et c) le statut (*jus cogens*, obligations *erga omnes* et Article 103 de la Charte des Nations Unies).

413. Ce n'est donc pas une surprise que la Convention de Vienne sur le droit des traités évoque la pluralité des règles et des principes dans le contexte de l'interprétation des traités. On peut en particulier considérer que le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention exprime ce que l'on peut appeler le principe de «l'intégration systémique»⁵⁶⁹, processus étudié tout au long du présent rapport grâce auquel les obligations internationales sont interprétées par référence à leur milieu normatif («système»). Le paragraphe 3 c) de l'article 31 est ainsi conçu:

«Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:

... c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.»

414. On comprend aisément le bien-fondé d'un tel principe. Les dispositions conventionnelles reçoivent toutes leur force et leur validité du droit général et créent des droits et des obligations qui existent parallèlement aux droits et obligations créés par d'autres dispositions conventionnelles et règles de droit international coutumier. Aucun de ces droits et obligations n'a *intrinsèquement* priorité sur les autres. On ne peut aborder la question de leurs relations que par un raisonnement qui permet de les faire passer pour des éléments d'un ensemble cohérent et efficace. C'est pourquoi, comme McNair l'a fait observer, il faut aussi «les appliquer et les interpréter avec pour arrière-plan les principes généraux du droit international»⁵⁷⁰. Ou, comme le tribunal arbitral l'a noté dans l'affaire *Georges Pinson*, «toute convention internationale doit être réputée s'en référer tacitement au droit international commun, pour toutes les questions qu'elle ne résout pas elle-même en termes exprès et d'une façon différente»⁵⁷¹. Renvoyer aux

⁵⁶⁹ Jean Combacau et Serge Sur, «Principe d'intégration» dans *Droit international public, supra*, note 505, p. 175, et sous une forme beaucoup plus détaillée, Campbell 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 à 320.

⁵⁷⁰ A.D. McNair, *The Law of Treaties, supra*, note 57, p. 466.

⁵⁷¹ Affaire *Georges Pinson (France/États-Unis du Mexique)*, sentence rendue le 13 avril 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 422.

règles générales du droit international au cours de l'interprétation d'un traité fait partie de la routine, d'un processus souvent inconscient. Nous avons vu comment cela se passait dans le cadre du fonctionnement des régimes spéciaux («non autonomes») à la section C ci-dessus. Dans le cours de leurs travaux, les organes conventionnels spécialisés partent constamment du principe, sans qu'il soit sujet à controverse, qu'il existe un solide arrière-plan juridique. Aucun tribunal ne demandera d'étayer la règle *audiatur et altera pars* ni ne mettra en question la nature d'«État» d'un Membre des Nations Unies. Ces considérations ne sont pas remises en question et si une partie conteste la pertinence d'une telle règle de procédure ou d'un tel statut de droit public, c'est à elle qu'il revient de justifier son point de vue (non orthodoxe).

415. Mais le principe de l'intégration systémique va plus loin que la simple répétition de l'applicabilité du droit international général dans le fonctionnement de tel ou tel traité. Il révèle la nécessité de prendre plus largement en compte l'environnement normatif, ce qui n'a rien de nouveau. Ainsi, par exemple, dans une affaire franco-belge de 1937, le tribunal arbitral a pu soutenir ce qui suit, sans autres explications:

[A]bstraction faite de l'interprétation grammaticale et logique, il faut tenir compte du fait qu'il faut placer et interpréter l'accord Tardieu-Jaspar dans le cadre des accords de La Haye de janvier 1930, c'est-à-dire dans le cadre du Plan Young qui détermine soigneusement par quelle méthode les «paiements allemands» et les «transferts allemands» s'effectueront⁵⁷².

416. En l'espèce, un traité a été interprété par référence à un autre traité. Il était évident que ce problème franco-belge n'était pas sans rapport avec l'effort global de règlement du problème des réparations allemandes et que le lien de ce traité avec le règlement général ne pouvait être ignoré dans l'interprétation de l'accord. De façon plus générale, si le droit international a effectivement pour objet de coordonner les relations entre États, il s'ensuit que des normes spécifiques doivent être lues à la lumière d'autres normes qui exercent des effets sur les mêmes faits, tout comme le traité interprété. Il y a lieu de citer à cet égard ce que Fitzmaurice appelait des «chaînes» de traités qui s'attaquent au même type de problème à des niveaux différents ou sous un angle

⁵⁷² *Différend concernant l'accord Tardieu-Jaspar (Belgique/France)*, sentence rendue le 1^{er} mars 1937, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1713.

(technique, géographique) particulier⁵⁷³. Comme le tribunal arbitral l'indiquait dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue* (2000): il est

... courant en droit international et dans la pratique des États que plus d'un traité soit applicable à un différend donné... Il existe fréquemment un parallélisme entre des traités ... La gamme actuelle d'obligations juridiques internationales bénéficie du processus d'accrétion et de cumulation...⁵⁷⁴

417. À l'époque de traités-cadres et de traités d'application, cela semble aller de soi. La doctrine du «parallélisme entre des traités» répond précisément au besoin de coordonner la lecture d'instruments particuliers ou de les considérer comme «complémentaires». Dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue*, ce qui était en cause, c'était la relation entre la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 et un traité sur la pêche conclu pour donner application à la première. Il aurait été maladroit et certainement contraire à l'intention des parties de lire ces instruments indépendamment l'un de l'autre. Même si la conception de ces relations – s'inscrivaient-elles dans ce que l'on a appelé dans la section D.2 a) un «régime»? – pût rester matière à débat (du fait en particulier de doublons en ce qui concerne le règlement des différends), le tribunal lui-même s'est bien rendu compte qu'il ne pouvait ignorer que le problème se posait pour les deux traités⁵⁷⁵.

418. Pourtant, le problème ne se limite pas aux relations entre traités-cadres et traités d'application (après tout, ces qualificatifs n'ont pas de teneur bien précise). Ce n'est certainement pas en fonction du classement d'un problème par un État que l'on décide du traité

⁵⁷³ G. G. Fitzmaurice, Troisième rapport, *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 45, par. 89 b).

⁵⁷⁴ Affaire du *Thon à nageoire bleue* (*Compétence et recevabilité*), ILM (2000) vol. 39, p. 1358 et 1359, par. 52.

⁵⁷⁵ Pour le débat concernant les problèmes causés par la préférence donnée par le tribunal aux dispositions relatives au règlement des différends prévues dans le traité régional (Convention pour la conservation du thon à nageoire bleue) au détriment des dispositions (de caractère contraignant) de la partie XV de la Convention sur le droit de la mer, voir Jacqueline Peel, «A Paper Umbrella Which dissolves in the Rain? The Future for Resolving Fisheries Disputes under UNCLOS in the Aftermath of the Southern Bluefin Tuna Arbitration», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 3 (2002), p. 53 à 78, et Barbara Kwiatkowska, «*The Ireland v. United Kingdom (Mox Plant) Case: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism*», *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 18 (2003), p. 52 et notes.

applicable ou que l'on délimite la compétence du tribunal. Daillier et Pellet sont clairs sur ce point:

Un traité ne peut être considéré isolément. Non seulement il est ancré dans les réalités sociales, mais encore ses dispositions doivent être confrontées avec d'autres normes juridiques avec lesquelles elles peuvent entrer en concurrence⁵⁷⁶.

419. Rien de tout cela ne détermine par avance ce qu'il faut entendre par «confronter» une norme avec une autre ni la façon dont elles pourraient entrer «en concurrence». Ces questions doivent être laissées à l'interprète qui statuera en fonction des circonstances. L'idée maîtresse est simplement que le milieu normatif ne saurait être négligé et que, lorsque l'on interprète les traités, il ne faut pas perdre de vue le principe d'intégration, d'où la nécessité de procéder à l'interprétation de sorte que les règles soient considérées à la lumière d'un objectif compréhensible et cohérent, pour accorder la priorité aux enjeux majeurs, au détriment d'objectifs moins importants. C'est tout ce que demande le paragraphe 3 c) de l'article 31: que le processus de raisonnement juridique – y compris le raisonnement des organes judiciaires – s'accompagne d'un souci de cohérence et d'efficacité. La réussite ou l'échec sont appréciés à l'aune de l'accueil réservé au résultat par les milieux juridiques.

420. La présente section peut être considérée comme explicitant le rôle et le fonctionnement du paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne, et comme la récapitulation d'une bonne partie de ce qui a été dit dans les sections qui précèdent. C'est en effet dans cet article que le caractère systémique du droit international s'est exprimé le plus clairement. Comme M^{me} Xue Hanqin l'a donné à entendre lors des débats à la Commission du droit international sur l'intérêt de cette disposition, celle-ci fait fonction de «passe-partout» à même d'ouvrir le droit international. Au cas où un problème systémique se poserait – incohérence, conflit, chevauchement entre deux ou plusieurs normes, et qu'aucun autre moyen d'interprétation n'offrirait de solution, on pourrait alors avoir recours à cet article pour procéder avec méthode.

421. Bien souvent il sera inutile de renvoyer formellement au paragraphe 3 c) de l'article 31 parce que d'autres techniques permettent de tenir compte du milieu normatif. Comme nous l'avons vu, le droit coutumier, les principes généraux du droit et les dispositions

⁵⁷⁶ Daillier et Pellet, *Droit international public*, *supra*, note 73, p. 266.

conventionnelles générales constituent l'arrière-plan nécessaire à l'interprétation de dispositions conventionnelles spécifiques et il suffit souvent de s'y référer pour garantir l'intégration systémique. Parfois le paragraphe 3 c) de l'article 31 ne fait que le confirmer. Par exemple, dans l'affaire récente concernant l'*Apurement des comptes (Pays-Bas c. France)* (2004), le tribunal a été prié d'appliquer cette disposition par l'une des parties qui faisait valoir que le «principe du pollueur payeur» pourrait être applicable en l'espèce. Le tribunal a examiné cette affirmation en notant ce qui suit:

«le principe figure dans certains instruments, tant bilatéraux que multilatéraux, et se situe à des niveaux d'effectivité variable. Sans nier son importance en droit conventionnel, le Tribunal ne pense pas que ce principe fasse partie du droit international général»⁵⁷⁷.

422. Mais si c'était là tout ce que couvrirait le paragraphe 3 c) de l'article 31, il n'aurait guère eu d'utilité. Or, selon ses termes, il n'est pas limité au «droit international général», mais s'étend à «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». Il avait été proposé à la Commission d'ajouter l'adjectif «général», mais il n'a pas été retenu. À la Commission, on avait fait surtout, mais non exclusivement, référence à d'autres règles conventionnelles. On examinera ci-dessous la question de savoir si, en cas de traités multilatéraux, les parties au traité qui doit être interprété doivent toutes être également parties aux autres traités qui doivent être pris en considération⁵⁷⁸.

423. D'aucuns sont d'avis que les tribunaux internationaux ou les organes (conventionnels) chargés d'appliquer le droit ne sont pas habilités à appliquer le droit qui va «au-delà» du champ de l'acte constitutif ou que l'instance arbitrale ne devrait pas tenir compte des règles ou principes qui ne figurent pas dans le traité en conflit ou le compromis pertinent. Mais si, comme on l'a vu dans la section B.5 ci-dessus, toute règle de droit international entretient des relations

⁵⁷⁷ *Affaire concernant l'apurement des comptes envers le Royaume des Pays-Bas et la République française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976 (Pays-Bas/France)*, sentence rendue le 12 mars 2004, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 312, par. 103.

⁵⁷⁸ Un groupe de l'OMC a émis récemment la suggestion (très restrictive) qu'elles devraient l'être dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* (7 février 2006), WT/DS291-293/INTERIM, p. 300 et 301, par. 7.70 à 7.72, de la version anglaise.

systémiques avec une autre règle de droit, elle ne saurait être appliquée sans que l'on situe dans son milieu normatif l'instrument pertinent qui donne compétence à l'organe en question⁵⁷⁹. Cela veut dire que, bien qu'un tribunal puisse n'être compétent que pour un instrument donné, il doit toujours *interpréter* et *appliquer* cet instrument dans ses relations avec son milieu normatif, c'est-à-dire avec les «autres» règles de droit international⁵⁸⁰. C'est le principe de l'intégration systémique qu'exprime le paragraphe 3 c) de l'article 31. Il est vrai que le libellé de cette disposition a été critiqué parce qu'il était imprécis quant à sa portée au fond et dans le temps et quant à sa force normative: jusqu'où faudrait-il tenir compte de l'«autre règle de droit»? Que dire d'une règle antérieure ou postérieure? Que faut-il vraiment entendre par «tenir compte»? Comme le juge Weeramantry l'a noté dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, cette disposition «couvre à peine cet aspect avec le degré de clarté voulu pour une question aussi importante»⁵⁸¹. Thirlway doute même que «... cet alinéa soit d'une utilité quelconque pour l'interprétation des traités»⁵⁸². Mais si cet article ne fait qu'exprimer un principe plus vaste – celui de l'«intégration systémique» – et que ce principe, là encore, exprime un aspect raisonnable, voire nécessaire, de la pratique du raisonnement juridique, débattre de ses utilisations effectives et potentielles contribuerait alors utilement à l'étude de la prétendue fragmentation (ou diversification) du droit international.

⁵⁷⁹ Voir à cet égard également Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, *supra*, note 21, p. 460 à 463 et *passim*.

⁵⁸⁰ Cela ne veut pas dire qu'il serait facile dans la pratique – voire même possible – de distinguer ces aspects les uns des autres. De fait, l'impossibilité de le faire était l'une des principales raisons pour lesquelles la Commission du droit international s'est abstenue d'adopter une règle quelconque sur le droit intertemporel (voir ci-dessous la section 6.4.3). Il s'agit donc de quelque chose de théorique qui renvoie au caractère bidimensionnel d'un droit ou d'une obligation – création d'un traité qui est «applicable» et, quant au fond, déterminé par voie d'«interprétation».

⁵⁸¹ *Affaire concernant le projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997 (opinion individuelle du juge Weeramantry), p. 114.

⁵⁸² Hugh Thirlway, «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989», troisième partie, BYBIL vol. 62 (1991), n° 1, p. 58.

2. Paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne

a) Interprétation

424. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 se situe dans la section 3 de la troisième partie de la Convention de Vienne consacrée à l'interprétation des traités. L'article 31, qui fournit la «règle générale d'interprétation», est ainsi conçu:

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:
 - a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;
 - b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:
 - a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;
 - b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
 - c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

425. Selon le paragraphe 3, trois points, qui ne sont pas classés selon un ordre de priorité particulier, devraient, outre le contexte, être pris en considération dans l'interprétation des traités. Le troisième d'entre eux consiste dans «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». Ces points font obligatoirement partie du processus d'interprétation, contrairement aux travaux préparatoires auxquels, selon la disposition de l'article 32 qui en fait des «moyens complémentaires d'interprétation», il faut se référer lorsque

le sens des termes du traité est ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable⁵⁸³.

426. L'analyse textuelle du paragraphe 3 c) de l'article 31 révèle un certain nombre d'aspects de la règle qui méritent d'être soulignés:

a) Elle renvoie à des «règles de droit international» – insistant ainsi sur le fait qu'aux fins d'interprétation c'est à des règles de droit et non à des principes plus larges ou à des considérations qui peuvent ne pas être fermement établies en tant que règles, qu'il convient de se reporter;

b) Le libellé renvoie à des règles de droit international en général. Les termes couvrent toutes les sources du droit international, y compris la coutume, les principes généraux et, le cas échéant, d'autres traités;

c) Ces règles doivent être à la fois pertinentes et «applicables dans les relations entre les parties». L'alinéa ne précise pas si, pour déterminer leur pertinence et leur applicabilité, il faut tenir compte de toutes les parties au traité en question ou simplement de celles au différend;

d) L'alinéa ne contient aucune disposition d'ordre temporel. Il n'indique pas si les règles du droit international applicables doivent être déterminées à compter de la date à laquelle le traité a été conclu ou de celle à laquelle survient le différend.

427. Nombreux sont ceux pour qui les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne reflètent le droit international coutumier⁵⁸⁴. L'intérêt qu'ils présentent peut être attribué au fait qu'ils

⁵⁸³ C'est ce qu'a confirmé le groupe de l'OMC dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* (7 février 2006), WT/DS291-293/INTERIM, p. 300, par. 7.69, de la version anglaise.

⁵⁸⁴ Voir l'exposé récapitulatif de la pratique des États, de la jurisprudence et de la doctrine dans Mark E. Villiger, *Customary International Law...*, *supra*, note 76, p. 334 à 343. Sur la pratique plus récente, voir *Affaire du différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, C.I.J. Recueil 1994, p. 6; *Affaire de l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)* C.I.J. Recueil 1999, p. 1059; *Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)* C.I.J. Recueil 2001, p. 501, par. 99. Voir également *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt rendu le 21 février 1975, CEDH série A (1975), n° 18, p. 14, par. 29; *Affaire des restrictions à la peine capitale*, arrêt rendu le 8 septembre 1983, *Avis consultatif*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, OC-3/83, ILR,

retiennent un ensemble de considérations pratiques familières du point de vue national et, en même temps, suffisamment générales et flexibles pour apporter une réponse raisonnable à la plupart des problèmes d'interprétation. La Convention évite de prendre position sur aucun des grands débats doctrinaux relatifs à l'interprétation. Les articles 31 et 32 quant à eux reprennent à la fois la perspective du «sens ordinaire» à attribuer aux termes et l'approche «téléologique»; ils recherchent le consentement des parties aussi bien que ce qui va dans le sens de la bonne foi. Il est en fait difficile de penser à une approche quelconque de l'interprétation qui en serait exclue⁵⁸⁵. La Convention ne tend pourtant pas à énoncer de façon exhaustive les techniques d'interprétation – il n'y est pas fait mention par exemple de la *lex specialis* ni de la *lex posterior*.

428. La pratique des États et celle des tribunaux internationaux ont bien évidemment engendré des conceptions particulières de l'interprétation. Les organes des droits de l'homme ont ainsi adopté pour pratique de lire les conventions relatives aux droits de l'homme en recherchant leur effet utile à une échelle peut-être plus large que ce qui se fait pour les traités ordinaires. Certains traités qui portent création d'institutions internationales sont désormais interprétés en termes «constitutionnels». L'expérience récente de l'OMC où l'Organe d'appel a insisté pour que les Groupes spéciaux prennent les règles de la Convention au sérieux montre à quel point une juste application des principes peut être exigeante⁵⁸⁶. Bien que la Convention n'exige pas de l'interprète qu'il suive l'ordre indiqué dans les articles 31 et 32, en fait, cet ordre a toutes les chances de représenter une séquence effective qui lui facilitera la tâche. Mais il n'y a aucune raison de démarquer trop nettement ces techniques les unes des autres. Comme on le verra ci-dessous, il arrive que des sources extérieures clarifient utilement le sens ordinaire des termes du traité, son objet ou son but.

vol. 70, p. 449, et par exemple *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (29 avril 1996) WT/DS2/AB/R, DSR 1996:I, p. 16.

⁵⁸⁵ Martti Koskenniemi évoque l'impossibilité de hiérarchiser sérieusement les techniques d'interprétation dans *From Apology to Utopia, supra*, note 78, p. 333 à 345.

⁵⁸⁶ Voir les affaires débattues ci-dessous et, plus généralement, James Cameron et Kevin R. Gray, «Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body», *supra*, note 171, p. 248.

b) Les débats à la Commission du droit international

429. Le texte de ce qui constitue aujourd'hui le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne est tiré de projets de la Commission traitant de l'interprétation des traités. Selon le projet de paragraphe 1 b) de l'article 70 proposé par Waldock à la Commission en 1964:

Les termes d'un traité doivent être interprétés de bonne foi suivant le sens naturel et ordinaire qui doit être donné à chaque terme ... [et]

b) Dans le contexte des règles de droit international en vigueur à l'époque de la conclusion du traité⁵⁸⁷.

430. Ces dispositions se divisaient en deux parties, l'une étant l'expression du principe d'intégration systémique – à savoir que les traités devraient être interprétés «dans le contexte des règles de droit international». Tout au long des débats qui ont suivi, ce principe a été tenu pour acquis. Personne n'a contesté l'idée que les traités devaient être lus dans le contexte de leur milieu normatif. Certains membres ont bien dit qu'il aurait fallu faire référence aux «principes» plutôt qu'aux «règles» ou spéculé sur l'adjonction de l'adjectif «général» («règles générales» ou «principes généraux»)⁵⁸⁸. Finalement, aucune de ces suggestions n'a été retenue.

431. Les débats et la controverse dont la Commission a été le théâtre portaient exclusivement sur la deuxième partie de la disposition, à savoir l'idée que par milieu normatif il faudrait entendre le droit en vigueur au moment de la conclusion du traité. Il s'agissait d'un problème de droit intertemporel. À cet égard, la disposition faisait la synthèse entre une résolution de l'Institut de droit international qui demandait l'interprétation «à la lumière des principes de droit international»⁵⁸⁹ et une formule de Fitzmaurice qui soulignait le principe de la

⁵⁸⁷ Waldock, troisième Rapport, *Annuaire... 1964*, vol. II, p. 56, par. 10.

⁵⁸⁸ Voir en particulier Tounkine, Commission du droit international, 756^e séance (14 juillet 1964), *Annuaire... 1964*, vol. I, p. 291, par. 49.

⁵⁸⁹ *Annuaire... 1956*, p. 364 et 365. L'inclusion de cette référence dans la résolution de l'Institut a prêté à controverse. Elle n'apparaissait pas dans le projet initial de Lauterpacht de 1950 (*Annuaire... 1950-I*, p. 433). Il a ajouté ultérieurement une référence au rôle des principes généraux du droit international coutumier dans l'interprétation (*Annuaire... 1952-I*, p. 223), qui s'est heurtée à une vive opposition en raison de son incertitude et de son incompatibilité avec le rôle de codification de l'Institut (*Annuaire... 1952-II*, p. 384 à 386, observations de Guggenheim et de Rolin, *Annuaire... 1954-I*, p. 228). Lorsque Fitzmaurice a remplacé Lauterpacht comme Rapporteur, il n'a fait aucune référence de cet ordre dans son projet (*Annuaire... 1956*, p. 337

contemporanéité⁵⁹⁰. La proposition originale de Waldock qui consistait en une règle supplémentaire (le projet d'article 56 a finalement été omis de la convention) traitait précisément du droit intertemporel dans les termes suivants⁵⁹¹:

- 1) Tout traité doit être interprété compte tenu du droit en vigueur à l'époque où il a été rédigé.
- 2) Sous réserve du paragraphe 1, l'application d'un traité est régie par les règles du droit international en vigueur à l'époque où le traité est appliqué.

432. Bien qu'en 1964 la Commission n'ait pas fait sienne la proposition d'incorporer une disposition sur le droit intertemporel, la disposition relative à l'interprétation des traités a entretenu la polémique. De ce fait, le commentaire de la Commission borne l'analyse du sens et de l'application de ce qui est devenu le paragraphe 3 c) de l'article 31 à un exposé sur l'intertemporalité⁵⁹². Néanmoins, il est utile de noter ici ce qui est présumé dans ce débat comme dans la doctrine de l'intertemporalité en général, à savoir que l'interprétation et l'application d'un traité se font toujours par référence à d'autres règles de droit international et que la seule question consiste à savoir si ces «autres règles» doivent être considérées comme constituant le cadre normatif à l'époque de la conclusion d'un traité ou au moment de son application⁵⁹³. Comme l'ont fait observer plusieurs membres de la Commission, la question allait de pair avec l'objectif même de la recherche de l'intention des parties – car celle-ci ne pouvait manquer

et 338). Ce renvoi a seulement été ajouté au cours du débat, suite à une intervention de Basdevant (*Annuaire... 1958*, p. 344).

⁵⁹⁰ Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. I (Grotius Publications Limited: Cambridge, 1986), p. 369.

⁵⁹¹ Waldock, Troisième rapport, *Annuaire... 1964*, vol. II, p. 5 et 6.

⁵⁹² Articles sur le droit des traités assortis de commentaires adoptés par la Commission du droit international, *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, documents officiels, documents de la Conférence*, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969 (Organisation des Nations Unies: New York, 1969), p. 45.

⁵⁹³ Voir Waldock, troisième Rapport, *Annuaire... 1964*, vol. II, p. 5 et 6, et le débat au sein de la Commission dans *Annuaire... 1964*, vol. I, p. 35 à 43.

d'être influencée par les règles en vigueur à l'époque où le traité a été négocié et adopté avant de se développer au long de la vie du traité⁵⁹⁴.

3. Jurisprudence

433. Jusqu'à une date récente, il a été rarement fait référence au paragraphe 3 c) de l'article 31 dans la pratique des instances judiciaires ou des États.

a) Tribunal des réclamations Iran–États-Unis d'Amérique

434. Le Tribunal a toujours jugé le droit international coutumier applicable. Dans une des premières affaires, il a expressément confirmé que: «... les règles de droit coutumier peuvent être utiles pour combler d'éventuelles lacunes du traité, s'assurer du sens de termes non définis dans son texte ou, de façon plus générale, faciliter l'interprétation et l'application de ses dispositions»⁵⁹⁵. La question qui a suscité une référence spécifique au paragraphe 3 c) de l'article 31 visait la détermination des exigences de nationalité imposées par les Accords d'Alger pour déterminer qui pourrait saisir le Tribunal. Dans *Esphahanian v. Bank Tejarat*, la question se posait de savoir si un requérant qui avait la double nationalité iranienne/américaine, pourrait saisir le Tribunal⁵⁹⁶. Celui-ci a invoqué expressément le paragraphe 3 c) de l'article 31 pour justifier une référence à toutes sortes de pièces portant sur le droit de la protection diplomatique en droit international⁵⁹⁷. Ces pièces étayaient la conclusion du Tribunal que la règle de droit international applicable était celle de la nationalité dominante et effective⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ Voir par exemple Paredes, Commission du droit international, 728^e séance (21 mai 1964), *Annuaire... 1964*, vol. I, p. 36, par. 12.

⁵⁹⁵ *Amoco International Finance Corporation v. Iran*, Tribunal des réclamations Iran–États-Unis d'Amérique, vol. 15, 1987-II, p. 222, par. 112.

⁵⁹⁶ *Esphahanian v. Bank Tejarat*, Tribunal des réclamations Iran–États-Unis d'Amérique, vol. 2, 1983-I, p. 157.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 161.

⁵⁹⁸ Voir également à ce sujet l'affaire n° A/18, Tribunal des réclamations Iran–États-Unis d'Amérique, vol. 5, 1984-I, p. 260. Un juge dissident de ce même tribunal s'est appuyé sur cette disposition dans *Grimm v. Iran*, Tribunal des réclamations Iran–États-Unis d'Amérique, vol. 2, 1983-I, opinion individuelle de Howard M. Holtzmann, p. 82, sur la question de savoir si le fait

b) Cour européenne des droits de l'homme

435. Comme on l'a fait observer dans la section C ci-dessus, la Cour européenne des droits de l'homme a appliqué couramment le droit international général. Mais elle a fait spécifiquement référence au paragraphe 3 c) de l'article 31 pour apprécier la portée du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans *Golder c. Royaume-Uni*, elle s'y est référée pour déterminer si l'article 6 assurait un droit d'accès aux tribunaux à toute personne désireuse d'engager la justice à statuer sur ses droits et obligations civils⁵⁹⁹. Moyennant quoi la Cour européenne a renvoyé au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice reconnaissant que les règles de droit international comprenaient «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées»⁶⁰⁰. Elle a jugé qu'un droit d'accès aux tribunaux civils comptait parmi ces principes et qu'on pouvait le faire valoir pour interpréter le sens de l'article 6.

436. Dans *Loizidou c. Turquie*, la Cour européenne était appelée à se prononcer sur la validité de certains actes de la République turque de Chypre-Nord⁶⁰¹. Elle a invoqué le paragraphe 3 c) de l'article 31 pour se référer aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies et comme preuve de la pratique des États à l'appui de la thèse selon laquelle la République turque de Chypre-Nord n'était pas considérée comme un État en droit international⁶⁰². Le Gouvernement de la République de Chypre demeurait le seul gouvernement légitime de Chypre et les actes de la République turque de Chypre-Nord n'étaient pas jugés valides.

437. En 2001, dans trois décisions qui ont fait jurisprudence, la Cour a fait usage du paragraphe 3 c) de l'article 31 pour déterminer si la règle de l'immunité des États pouvait entrer en conflit avec le droit d'accès aux tribunaux garanti par le paragraphe 1 de l'article 6 de la

que l'Iran n'avait pas protégé un individu pouvait constituer une mesure «portant atteinte aux droits de propriété» de sa femme.

⁵⁹⁹ *Golder c. Royaume-Uni*, jugement rendu le 21 février 1975, CEDH série A (1975), n° 18, p. 13 et 14, par. 27 à 31.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 17 et 18, par. 35.

⁶⁰¹ *Loizidou c. Turquie (Fond)*, arrêt rendu le 18 décembre 1996, CEDH 1996-VI, par. 44.

⁶⁰² *Ibid.*, par. 44.

Convention⁶⁰³. Dans chaque cas, elle a décidé à la majorité des voix de donner effet à l'immunité de l'État. Le droit d'accès aux tribunaux n'était pas absolu. Il pouvait faire l'objet de restrictions, pour autant qu'elles soient proportionnelles et poursuivent un but légitime. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a suivi le raisonnement suivant:

... la Convention doit s'interpréter à la lumière des principes énoncés par la Convention de Vienne ..., qui dispose en son article 31, paragraphe 3 c), qu'il faut tenir compte de «toute règle de droit international applicable aux relations entre les parties». La Convention, y compris son article 6, ne saurait s'interpréter dans le vide. La Cour ne doit pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention et elle doit tenir compte des principes pertinents du droit international... La Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux États.

On ne peut dès lors de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6, paragraphe 1, des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États⁶⁰⁴.

438. Il est utile de noter que la Cour aurait pu en l'espèce écarter l'immunité des États au motif qu'elle n'était pas pertinente aux fins de l'application de la Convention. Elle ne l'a pas fait. Le conflit entre l'article 6 et les règles de droit international coutumier sur l'immunité des États n'est apparu que parce que la Cour a décidé d'intégrer l'article 6 dans son environnement normatif (sans aucun doute sur les instances du défendeur). Le droit énoncé dans la Convention a été apprécié à la lumière de l'intérêt général à maintenir le régime de l'immunité des États.

⁶⁰³ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, arrêt rendu le 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI, p. 79; *Fogarty c. Royaume-Uni*, arrêt rendu le 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI, p. 157; *McElhinney c. Irlande*, arrêt rendu le 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI, p. 37. La Cour s'est aussi référée au paragraphe 3 c) de l'article 31 dans *Banković c. Belgique et autres*, arrêt rendu le 12 décembre 2001, recevabilité, CEDH 2001-XII, p. 351, par. 57. Pour une critique de l'approche de la Cour, voir Alexander Orakhelashvili, «Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *E.J.I.L.*, vol. 14 (2003), n° 3, p. 529.

⁶⁰⁴ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, arrêt rendu le 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI, p. 100, par. 55 et 56; voir également *Fogarty c. Royaume-Uni*, arrêt rendu le 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI, par. 35 et 36; *McElhinney c. Irlande*, arrêt rendu le 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI, par. 36 et 37.

En fin de compte, la Cour a recouru au paragraphe 3 c) de l'article 31 pour écarter les règles de la Convention⁶⁰⁵.

c) Arbitrage Usine Mox/Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (dite Convention OSPAR)

439. Comme il était indiqué dans la section B ci-dessus, cette affaire qui mettait en cause l'exploitation de l'usine de retraitement de Sellafield faisait partie d'une série d'actions engagées par l'Irlande contre le Royaume-Uni⁶⁰⁶. Une sentence a été rendue en vertu de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (dite Convention OSPAR) à l'issue d'une procédure portant sur l'accès à l'information. L'Irlande soutenait qu'une référence aux autres règles de droit international influencerait à double titre sur l'interprétation des obligations des parties en vertu de la Convention OSPAR.

440. Premièrement, l'Irlande a soutenu que la disposition du paragraphe 3 d) de l'article 9 de la Convention qui renvoyait aux «réglementations internationales applicables» entraînait une référence au droit international comme à la pratique internationale, c'est-à-dire entre autres à la Déclaration de 1992 de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Déclaration de Rio) et à la Convention de 2001 d'Aarhus sur l'accès à

⁶⁰⁵ Cette décision a été contestée. Les juges dissidents n'ont pas soutenu que l'immunité des États n'était pas pertinente ou devrait être exclue de l'examen de ce qui était une «question relevant uniquement de l'article 6». Ils ont plutôt estimé qu'en droit international l'immunité des États devrait céder le pas devant ce qu'ils considéraient comme une règle impérative de droit international (*jus cogens*) interdisant la torture. *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, arrêt rendu le 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI, p. 111 à 113, opinion dissidente commune des juges Rozakis et Caflish, auxquels se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić. D'autres juges dissidents souhaitaient reconnaître une exception pour préjudice commis sur le territoire de l'État. *McElhinney c. Irlande*, arrêt rendu le 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI, p. 51 à 54, opinion dissidente commune des juges Caflish, Cabral Barreto et Vajić.

⁶⁰⁶ *Différend concernant l'accès à l'information en vertu de l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (dite Convention OSPAR), sentence finale (Irlande c. Royaume-Uni)* (2 juillet 2003), Cour permanente d'arbitrage, ILM, vol. 42 (2003), p. 1118. Les autres affaires sont les suivantes: *Affaire de l'usine Mox, demande en prescription de mesures conservatoires (Irlande c. Royaume-Uni)* (ordonnance du 3 décembre 2001), Tribunal international du droit de la mer, ILM, vol. 41 (2002), p. 405; *Affaire de l'usine Mox, ordonnance n° 3 (Irlande c. Royaume-Uni)* (24 juin 2003), Cour permanente d'arbitrage, ILM, vol. 42 (2003), p. 1187.

l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement⁶⁰⁷. Le Royaume-Uni a répondu que la Déclaration de Rio n'était pas un traité et que la Convention d'Aarhus n'avait encore été ratifiée ni par l'Irlande ni par le Royaume-Uni.

441. Le Tribunal a admis qu'il était habilité à s'inspirer du droit international et de la pratique internationale contemporains pour interpréter cette obligation conventionnelle et, ce faisant, a renvoyé expressément au paragraphe 3 c) de l'article 31. Il a cependant estimé qu'aucun des instruments cités par l'Irlande ne constituait en fait des «règles de droit international applicables dans les relations entre les parties». Il s'agissait uniquement d'«instruments juridiques émergents» qu'un tribunal ne pouvait appliquer s'il n'y était pas expressément autorisé⁶⁰⁸. L'un des arbitres, Gavan Griffith QC, a émis une opinion dissidente à ce sujet⁶⁰⁹. Il a fait observer que la Convention d'Aarhus était en vigueur et avait été signée par l'Irlande comme par le Royaume-Uni. Celui-ci avait déclaré publiquement son intention de la ratifier dans les meilleurs délais. Par conséquent, le Tribunal était au moins habilité à traiter cette Convention comme établissant la communauté de vues des deux parties quant à la définition de l'information en matière d'environnement.

442. Deuxièmement, le Royaume-Uni a affirmé qu'il s'était acquitté de la seule obligation qui lui incombait en vertu de la Convention OSPAR en appliquant la directive de la Communauté européenne 90/313 consacrée à la même question. Mais le Tribunal n'a pas considéré que le respect du règlement communautaire aurait empêché le Royaume-Uni de suivre la procédure

⁶⁰⁷ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 (Publication des Nations Unies, numéro de vente F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I: *Résolutions adoptées par la Conférence*, résolution 1, annexe I. Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2161, p. 450.

⁶⁰⁸ *Différend concernant l'accès à l'information en vertu de l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (dite Convention OSPAR)*, sentence finale (Irlande c. Royaume-Uni) (2 juillet 2003), Cour permanente d'arbitrage, ILM, vol. 42 (2003), p. 1137 et 1138, par. 99 et 101 à 105.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 1161 à 1165.

prévue par la Convention. Les deux régimes pouvaient coexister, dès lors qu'ils énonçaient des obligations juridiques identiques⁶¹⁰. Le Tribunal a constaté:

«L'emploi d'une même terminologie a pour principale finalité de créer des normes juridiques uniformes et cohérentes dans le domaine de la protection de l'environnement marin et non d'instaurer la préséance d'une série de recours juridiques sur une autre⁶¹¹.».

d) OMC

443. Comme il est expliqué en détail dans la section C ci-dessus, dans plusieurs de ses décisions, l'Organe d'appel de l'OMC a envisagé d'appliquer les principes du droit international général et coutumier dans l'interprétation des accords visés de l'OMC. Dans l'affaire *Crevettes-tortues*, par exemple, il a cité de longs extraits de textes de droit international de l'environnement⁶¹². Il a jugé que les termes «ressources naturelles» et «épuisables» employés à l'alinéa g de l'article XX étaient «par définition évolutifs» et a donc fait valoir l'article 56 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer en faveur de l'inclusion, dans les ressources naturelles, des ressources biologiques comme des ressources non biologiques⁶¹³. Il s'est aussi

⁶¹⁰ Le Président du Tribunal arbitral, le professeur Michael Reisman ne partageait pas ce point de vue: *Différend concernant l'accès à l'information en vertu de l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (dite Convention OSPAR), sentence finale (Irlande c. Royaume-Uni)* (2 juillet 2003), Cour permanente d'arbitrage, ILM, vol. 42 (2003), p. 1157 à 1160.

⁶¹¹ *Différend concernant l'accès à l'information en vertu de l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (dite Convention OSPAR), sentence finale (Irlande c. Royaume-Uni)* (2 juillet 2003), Cour permanente d'arbitrage, ILM, vol. 42 (2003), p. 1144, par. 143.

⁶¹² *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (12 octobre 1998) WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, par. 126 à 134.

⁶¹³ *Ibid.*, par. 130, qui cite les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, Avis consultatif du 21 juin 1971, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31. Le Tribunal a noté que bien que les États appelants aient ratifié la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, les États-Unis ne l'avaient pas fait, mais avaient admis au cours de l'audience que les dispositions de la Convention consacrées au droit de la pêche reflétaient dans leur majeure partie le droit international coutumier.

référé à l'appui de cette thèse au Programme Action 21⁶¹⁴ et à la résolution sur l'assistance aux pays en développement adoptée dans le cadre de la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage⁶¹⁵. Ce faisant, il a souligné que le texte introductif de l'article XX «n'est en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi», qu'il jugeait être un principe général du droit international⁶¹⁶. «Notre tâche consiste en l'occurrence» a-t-il dit en se référant expressément au paragraphe 3 c) de l'article 31 «à interpréter le libellé du texte introductif, en cherchant d'autres indications à cet effet, s'il y a lieu, dans les principes généraux du droit international.»⁶¹⁷. Pour statuer sur la question de savoir si les tortues de mer étaient «épuisables», l'Organe d'appel s'est référé au fait que les sept espèces reconnues de tortues de mer étaient toutes énumérées à l'annexe 1 de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction.

444. Les relations entre les traités visés de l'OMC et les accords multilatéraux sur l'environnement et les instruments relatifs aux droits de l'homme font maintenant l'objet de plus en plus de publications savantes⁶¹⁸. L'Organe d'appel a toujours admis que la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 3 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, à savoir que les groupes spéciaux appliquent «les règles coutumières d'interprétation du droit international public», exigeait l'application rigoureuse des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne aux différends dont ils étaient saisis. Il n'a pas hésité à

⁶¹⁴ Adopté par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, le 14 juin 1992, *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 (Publication des Nations Unies, numéro de vente F.93.I.8 et rectificatifs).

⁶¹⁵ Acte final de la Conférence chargée de conclure une convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, ILM, vol. 19 (1980), p. 11, et Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, p. 15.

⁶¹⁶ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (12 octobre 1998), WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, par. 158.

⁶¹⁷ *Ibid.*, par. 158.

⁶¹⁸ Voir par exemple Joost Pauwelyn, «The Role of Public International Law...», *supra*, note 42, p. 535; Gabrielle Marceau, «WTO Dispute Settlement and Human Rights», *supra*, note 42; Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, *supra*, note 240, p. 314 à 339; et Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, *supra*, note 21.

renverser des décisions de groupes spéciaux au motif qu'ils n'avaient pas suivi cette règle⁶¹⁹. Pour s'acquitter de sa fonction d'interprète, il a souvent fait référence à d'autres règles du droit international. Mais jamais il n'a estimé que ces autres règles auraient supplanté une disposition quelconque des accords visés de l'OMC – même si elles ont influencé l'interprétation et l'application des accords en question.

445. Ainsi, les organes de l'OMC ont souvent tenu compte des accords commerciaux régionaux et des accords commerciaux bilatéraux. Dans l'affaire *États-Unis – Traitement fiscal des «sociétés de ventes à l'étranger»* (art. 21.5 – Communautés européennes) (2002), l'Organe d'appel a renvoyé à une large gamme d'accords de cette nature et estimé qu'ils avaient en commun ce qu'il a choisi d'appeler un «élément commun largement accepté» dans leur définition des mots «revenus de source étrangère» qu'il a alors utilisé pour interpréter cette expression dans le contexte de l'accord SMC⁶²⁰. Dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles* (1998), l'Organe d'appel a expliqué qu'il avait eu recours à l'Accord sur les oléagineux de 1994 comme «moyen complémentaire d'interprétation [de l'engagement pertinent au titre de l'OMC] conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne, attendu qu'il faisait partie du contexte historique des concessions accordées par les Communautés européennes...»⁶²¹. Dans l'affaire *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée* (2000), là encore un groupe spécial a fait référence à divers accords commerciaux bilatéraux contractés par la Corée, «non pas en vue de “faire respecter” le contenu de ces accords bilatéraux, mais dans le seul but d'interpréter une disposition ambiguë de l'OMC»⁶²². On peut soutenir que ces accords n'ont

⁶¹⁹ *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (29 avril 1996), WT/DS2/AB/R, DSR 1996:I, p. 15 à 17.

⁶²⁰ *États-Unis – Traitement fiscal des «sociétés de ventes à l'étranger»* (art. 21.5 – Communautés européennes) (14 janvier 2002) WT/DS108/AB/RW, par. 141 à 145 (et plus particulièrement note 123).

⁶²¹ *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles* (23 juillet 1998) WT/DS69/AB/R, DSR 1998:V, par. 83, et de façon générale, par. 77 à 85.

⁶²² *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée* (10 janvier 2000), WT/DS161/R, WT/DS161/AB/R, DSR 2001:I, p. 59, par. 539.

servi que de «moyens complémentaires d'interprétation» et n'ont pas été invoqués en vertu du paragraphe 3 c) de l'article 31⁶²³. Ces accords fournissaient, a-t-on souvent dit, la preuve de l'intention des parties ou du «sens ordinaire» des termes du traité.

446. Pourtant il n'y a aucune raison de ne pas chercher précisément dans cet article le fondement juridique qui permet de «tenir compte» de ces accords hors sujet – surtout si la référence ne se borne pas à une simple note de bas de page. Cet angle d'attaque semblerait raisonnable dans des affaires comme celle du *Chili – Système des fourchettes de prix* (2002) dans laquelle le groupe spécial a à la fois interprété et *appliqué* l'accord conclu entre le Chili et le Mercosur de façon à en exclure la prise en considération. Le groupe s'est référé en l'espèce au préambule et à l'article 24 de cet instrument (accord dit ACE 35), en notant que les parties (le Chili et le Mercosur) n'avaient pas eu l'intention d'exclure que des règles différentes puissent s'appliquer dans d'autres accords internationaux – les accords de l'OMC par exemple. En d'autres termes, il a évoqué un traité hors OMC – en l'interprétant de façon à ménager, dans le contexte de l'OMC, une interprétation qui n'aurait pas été autorisée par le traité en question (donnant ainsi à penser que si l'accord ACE 35 n'avait pas été interprété de cette manière, la norme de l'OMC n'aurait pas été applicable)⁶²⁴.

447. D'aucuns soutiennent que cette façon de procéder pourrait même ne pas être autorisée vu l'interdiction expresse énoncée dans le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, à savoir que les «recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés» (Mémoire, art. 3, par. 2, *in fine*). Un tel point de vue présumerait pourtant que les accords visés sont «cliniquement isolés», thèse que l'Organe d'appel a précisément rejetée. Deux considérations s'imposent ici. D'une part, lorsque le paragraphe 3 c) de l'article 31 est invoqué, il l'est avec l'autorisation expresse du Mémoire d'accord lui-même. D'autre part, ce qui est plus important, c'est que l'interprétation n'«ajoute» rien à l'instrument qui en est l'objet. Elle

⁶²³ Voir Isabelle Van Damme, «What Role is there for Regional International Law in the Interpretation of the WTO Agreements?», *supra*, note 421.

⁶²⁴ *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles* (3 mai 2002), WT/DS207/R, par. 7.81 à 7.86. De même, dans *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes* (25 septembre 1997), WT/DS27/AB/R, DSR 1997:II, par. 167.

révèle le sens de l'instrument au moyen d'une technique juridique (spécifiquement approuvée par le Mémoire d'accord) qui implique la prise en compte de son environnement normatif. Peu importe, semble-t-il, de savoir si le recours à d'autres accords obéit au paragraphe 3 c) de l'article 31, sert de moyen supplémentaire d'interprétation ou vise à illustrer la volonté des parties, le sens ordinaire des termes ou encore la bonne foi (soit la présomption que les États ne concluent pas d'accords dans le but de violer des obligations). L'idée maîtresse demeure celle de considérer que les États qui agissent au sein du système de l'OMC se conduisent comme ils le feraient dans d'autres contextes institutionnels et normatifs. L'interprétation *n'accroît ni ne diminue en rien les droits et obligations* qui existeraient au paradis des juristes où ils pourraient être déterminés «automatiquement» et indépendamment de l'interprétation. Tous les instruments reçoivent un sens au travers de l'interprétation – même la conclusion qu'un sens est «ordinaire» découle d'une interprétation qui ne peut avoir préséance de principe sur d'autres interprétations.

448. Enfin, il est intéressant de noter qu'un groupe spécial de l'OMC a eu recours, ne serait-ce que de manière limitée, au paragraphe 3 c) de l'article 31 dans l'affaire récente des *Communautés européennes – Produits biotechnologiques* (2006). La Communauté européenne avait avancé que l'interdiction qui frappait l'importation des organismes génétiquement modifiés (OGM) pouvait se justifier notamment par certaines règles non OMC. Elle a fait valoir en particulier qu'il fallait tenir compte de la Convention sur la diversité biologique et du Protocole y relatif de 2000. Après avoir déterminé que les deux instruments créaient effectivement des «règles de droit international», le Groupe spécial s'est demandé s'ils étaient aussi «applicables dans les relations entre les parties». Il a estimé que le terme «parties» signifiait dans ce cas «un État qui a consenti à être lié par le traité et à l'égard duquel le traité est en vigueur»⁶²⁵. Il a rejeté l'idée que la référence faite aux «parties» au paragraphe 3 c) de l'article 31 aurait visée (uniquement) les parties au conflit. Toutes les parties au traité à interpréter devaient être parties à l'autre traité. Le Groupe, en d'autres termes, a lu le traité de l'OMC de façon *non bilatérale* de façon à «assurer ou accroître la cohérence des règles de droit international applicables à ces États et contribuer à éviter les conflits entre les règles pertinentes»⁶²⁶. Les États-Unis n'ayant

⁶²⁵ *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* (7 février 2006), WT/DS291-293/INTERIM, p. 299, par. 7.68 (de la version anglaise).

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 300, par. 7.70.

adhéré à aucun de ces traités (bien qu'ils aient signé la Convention sur la diversité biologique), il ne pouvait pas en être «tenu compte».

449. Le Groupe spécial a aussi examiné l'argument de la Communauté européenne selon lequel le principe de précaution pourrait, depuis 1998 lorsque l'argument avait été avancé dans l'affaire des *Communautés européennes – Hormones*, avoir acquis le statut de principe général du droit international (mais le Groupe spécial n'est pas tout à fait clair sur ce point, puisqu'il fait de temps à autre référence aux «principes généraux du droit»). Il a reconnu que si tel était le cas il aurait alors tout lieu d'être pris en considération conformément au paragraphe 3 c) de l'article 31. Mais il a estimé, quoique de façon quelque peu obscure, à la fois que «le statut juridique du principe de précaution n'est toujours pas réglé» et qu'«il n'a pas besoin de prendre position sur le point de savoir si le principe de précaution est un principe reconnu de droit international général ou coutumier»⁶²⁷.

450. Cette affaire est importante à double titre. D'abord, le Groupe spécial a admis que le paragraphe 3 c) de l'article 31 s'appliquait au droit international général et à d'autres traités. Ensuite, il a interprété cette disposition de manière à ce que le traité dont il fallait tenir compte soit un instrument auquel toutes les parties au traité pertinent de l'OMC étaient parties. Or cette dernière affirmation rend pratiquement impossible de jamais trouver un contexte multilatéral où il serait permis de faire référence à d'autres traités internationaux pour faciliter l'interprétation en vertu du paragraphe 3 c) de l'article 31. Le Groupe spécial assure ce qu'il appelle la «cohérence» de son interprétation du traité de l'OMC au prix de la cohérence du régime des traités internationaux dans son ensemble. Il cherche à atténuer cette conséquence en acceptant que d'autres traités puissent néanmoins être pris en compte comme faits permettant d'éclaircir le sens ordinaire de certains termes du traité pertinent de l'OMC, ce qui est naturellement toujours possible et, comme on l'a fait observer plus haut, s'est déjà fait dans le passé. Mais tenir compte d'«autres traités» pour prouver le «sens ordinaire» des termes d'un traité semble être un moyen plutôt emberlificoté d'empêcher l'isolement clinique contre lequel l'Organe d'appel mettait en garde.

⁶²⁷ Ibid., p. 307, par. 7.89.

e) **Cour internationale de Justice**

451. La Cour internationale de Justice a fait largement appel au paragraphe 3 c) de l'article 31 dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis d'Amérique)*⁶²⁸. Appelée en l'espèce à interpréter deux dispositions du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 qui liait l'Iran et les États-Unis, elle devait déterminer si les mesures prises par l'Iran qui auraient mis en danger la neutralité des transports maritimes lors de la guerre Iran-Iraq et la destruction consécutive, par la marine américaine, de trois plates-formes pétrolières iraniennes dans le golfe Persique violaient le traité. La compétence de la Cour, limitée aux différends découlant de l'interprétation ou de l'application du traité, ne reposait sur aucune autre base qui aurait pu lui permettre en toute indépendance, d'appliquer le droit international coutumier⁶²⁹. L'une des clauses du dispositif du traité prévoyait que:

«Le présent traité ne fera pas obstacle à l'application de mesures:

... d) nécessaires à l'exécution des obligations de l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes relatives au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ou à la protection des intérêts vitaux de cette Haute Partie contractante sur le plan de la sécurité⁶³⁰.».

452. Selon les États-Unis, cette disposition était censée exclure purement et simplement toutes ces questions de la portée du traité. Elle devait être interprétée selon son sens ordinaire, ce qui laissait une large marge d'appréciation à chaque État pour déterminer ses intérêts essentiels en matière de sécurité⁶³¹. Il n'était pas possible, selon eux, de voir dans le traité, des règles

⁶²⁸ Affaire des *Plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 2003, p. 161, par. 41.

⁶²⁹ Voir ce qui s'est passé dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1986, p.14, dans laquelle la Cour a été priée d'interpréter des dispositions conventionnelles très similaires, mais a pu aussi s'appuyer, aux fins de sa compétence, sur les déclarations unilatérales faites par les deux parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut.

⁶³⁰ Art. XX, par. 1 d) du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires entre les États-Unis et l'Iran, affaire des *Plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis d'Amérique)* (Fond) C.I.J. Recueil 2003, par. 32.

⁶³¹ Affaire des *Plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis d'Amérique)*, Cour internationale de Justice, duplique des États-Unis en date du 23 mars 2001, quatrième partie, p. 139 et 140,

découlant du droit international coutumier sur l'emploi de la force (comme l'Iran le prétendait) et, si la Cour procédait de la sorte, elle outrepasserait sa compétence.

453. La Cour a abordé la question de l'interprétation dans un autre esprit. Elle s'est tout d'abord demandé si les mesures nécessaires pouvaient recouvrir l'emploi de la force armée et, dans l'affirmative, si les conditions dans lesquelles le droit international autorisait le recours à la force (y compris les conditions justifiant la légitime défense) étaient réunies⁶³². Après avoir consulté d'autres aides à l'interprétation, elle a suivi le raisonnement suivant:

«En outre, conformément aux règles générales d'interprétation des traités telles qu'elles ont trouvé leur expression dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation doit tenir compte “de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties” (al. *c* du paragraphe 3 de l'article 31). La Cour ne saurait admettre que l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article XX du Traité de 1955 ait été conçu comme devant s'appliquer de manière totalement indépendante des règles pertinentes du droit international relatif à l'emploi de la force, de sorte qu'il puisse être utilement invoqué, y compris dans le cadre limité d'une réclamation fondée sur une violation du traité, en cas d'emploi illicite de la force. L'application des règles pertinentes du droit international relatif à cette question fait donc partie intégrante de la tâche d'interprétation confiée à la Cour par le ... Traité de 1955⁶³³.».

454. La Cour a alors appliqué les règles générales du droit international au comportement des États-Unis. Elle est parvenue à la conclusion que les actions menées ne sauraient être justifiées en vertu du Traité «dès lors qu'elles constituaient un recours à la force armée et ne pouvaient être considérées, au regard du droit international relatif à cette question, comme des actes de légitime défense, et ne relevaient donc pas de la catégorie des mesures prévues par cette disposition du Traité, telle qu'elle doit être interprétée»⁶³⁴.

455. L'arrêt de la Cour quant au fond a été appuyé à une grande majorité des juges. Mais des avis différents sur la question de la manière de concevoir l'interprétation se sont malgré tout

http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iop/ioppleadings/iop_ipleadings_20010323_rejoinder_us_04.pdf (dernière consultation le 23 mars 2006).

⁶³² Affaire des *Plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis d'Amérique)* (Fond), *C.I.J. Recueil 2003*, par. 40.

⁶³³ *Ibid.*, par. 41.

⁶³⁴ *Ibid.*, par. 78.

exprimés dans des opinions individuelles⁶³⁵. C'est M. Buergenthal, selon qui la compétence de la Cour était limitée aux seules questions que les parties avaient convenu de lui confier, ce qui limitait d'autant la faculté de la Cour de renvoyer à d'autres sources de droit aux fins de l'interprétation du traité, qui avait la conception la plus étroite du paragraphe 3 c) de l'article 31. Selon lui, il était exclu que la Cour fasse appel à d'autres règles de droit international, coutumières ou conventionnelles, quand bien même elles seraient consacrées dans la Charte des Nations Unies⁶³⁶. Dans la pratique, une telle thèse ferait perdre tout son sens au paragraphe 3 c) de l'article 31 et irait à l'encontre d'une abondante pratique judiciaire et arbitrale internationale. Qui plus est, elle donnerait arbitrairement à entendre que, pour ses parties, le sens d'un traité est indépendant de l'environnement normatif dans lequel elles ont accepté de le conclure.

456. M. Simma, qui considérait que la Cour aurait pu saisir l'occasion de déclarer le droit international coutumier sur l'emploi de la force et l'importance de la Charte encore plus fermement que par le passé, a pris le parti opposé⁶³⁷. Suite à la position prise précédemment par Lauterpacht entre autres, il a plaidé pour une large utilisation du droit international général et d'autres règles conventionnelles applicables aux parties, justifiant une telle prise de position par le paragraphe 3 c) de l'article 31⁶³⁸. M^{me} Higgins était beaucoup plus critique de l'emploi fait par la Cour de cette disposition⁶³⁹. Elle a fait observer qu'il fallait interpréter le paragraphe 1 d) de l'article XX conformément au sens ordinaire de ses termes et dans son contexte, dans le cadre d'un traité économique. Cette disposition n'était pas l'une de celles qui, «de prime abord, tend à reprendre toute l'essence du droit international sur un sujet dont elle ne fait pas mention – du moins en l'absence d'explications plus détaillées de la part de la Cour»⁶⁴⁰.

⁶³⁵ La Cour a adopté l'arrêt refusant, par 14 voix contre 2, d'accueillir la conclusion de l'Iran (opinion dissidente de MM. Al-Khasawneh et Elaraby) et refusant, par 15 voix contre, d'accueillir la demande reconventionnelle des États-Unis (opinion dissidente de M. Simma).

⁶³⁶ Affaire des *Plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis d'Amérique)* (Fond), *C.I.J. Recueil 2003* (opinion individuelle de M. Buergenthal), par. 22 et 23.

⁶³⁷ *Ibid.*, (opinion individuelle de M. Simma), Cour internationale de Justice, par. 5 à 16.

⁶³⁸ *Ibid.*, par. 9.

⁶³⁹ *Ibid.*, (opinion individuelle de M^{me} Higgins), par. 40 à 54.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, par. 46.

457. M. Kooijmans avait un point de vue en quelque sorte médian. La Cour aurait dû commencer par analyser le texte du Traité de 1955 lui-même. Mais pour déterminer si une mesure particulière impliquant l'emploi de la force était «nécessaire» en vertu de ce traité, force était à la Cour de «se reposer à cet effet sur le corpus de droit international général»⁶⁴¹. Même si la Cour n'avait pas compétence en vertu de la Charte, il lui était impossible de ne pas recourir à la notion de légitime défense «en droit international général» pour donner un sens au traité pour lequel elle était compétente⁶⁴². Cela revient en fait à ne rien dire de plus que ce que l'on a affirmé d'un bout à l'autre du présent rapport, à savoir que le droit international général assure l'arrière-plan de toute application d'un droit spécial. Dans le même temps, nombre de règles sur la qualité d'État, le droit de passage maritime, la représentation et la responsabilité entraient en ligne de compte dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* et étaient réputées s'appliquer par toutes les parties sans que cela cause le moindre problème.

458. L'affaire des *Plates-formes pétrolières* représente une application audacieuse par la Cour du paragraphe 3 c) de l'article 31 pour passer d'une disposition conventionnelle technique à ce qu'elle a considéré comme le cœur même du sujet, l'emploi de la force⁶⁴³. La Cour a tenu compte dans son analyse du traité de tout un corpus de droit international général, dont la Charte des Nations Unies. Elle a ensuite apprécié le comportement de l'État intéressé en se référant aux dispositions du droit international général, qu'elle a alors appliqué pour évaluer sa situation au regard du traité. Pour la première fois, la Cour a reconnu le rôle clef joué par le paragraphe 3 c) de l'article 31 dans ce processus, sans donner toutefois d'indications supplémentaires sur le moment où il devrait être appliqué ni sur son mode d'application.

459. En fait peut-être n'était-il pas utile que la Cour ait recours au paragraphe 3 c) de l'article 31 dans la mesure où elle invoquait le *droit international général*. La disposition du

⁶⁴¹ Ibid., (opinion individuelle de M. Kooijmans), p. 1401, par. 48.

⁶⁴² Ibid., par. 52.

⁶⁴³ Comme Emmanuelle Jouannet l'a souligné, «Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international...», *supra*, note 126. L'affaire a inspiré diverses réactions. Pour ceux qui ont applaudi à la conception audacieuse de la Cour du paragraphe 3 c) de l'article 31, voir Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public* (Paris: Dalloz, 2004), 7^e éd., p. 314 et 315.

Traité en cause contenait l'adjectif non limitatif «nécessaire» à interpréter. Faute de pouvoir se tourner vers l'intention bien établie des parties pour savoir ce qu'il fallait entendre par là, la Cour aurait pu simplement se demander ce que «le droit international général» en disait. Elle l'a bien expliqué dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (1969)*. Les règles de droit coutumier général

«par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement⁶⁴⁴».

460. Supposer qu'un tribunal puisse ne pas être habilité à appliquer le droit international général dans l'interprétation d'un traité revient à penser qu'en concluant un traité bilatéral les États créent un vide consistant précisément dans ce type d'exclusion. Comme nous l'avons vu dans la section C ci-dessus, la pratique internationale n'offre aucun élément susceptible d'étayer une telle hypothèse. Au contraire, les éléments ne manquent pas qui vont dans le sens de l'applicabilité du droit international général pour interpréter toute relation juridique particulière, qu'il en soit question dans un traité bilatéral, une coutume locale ou une série d'échanges informels constitutifs de règles contraignantes par le biais de l'acquiescement ou de l'estoppel.

4. Questions particulières

461. L'application du paragraphe 3 c) de l'article 31 soulève trois questions particulières. La première concerne l'étendue de la référence qui y est faite. Quelles sont les règles visées dans «les règles de droit international applicables dans les relations entre les parties?» La seconde se rapporte au poids normatif de la référence. Que faut-il entendre par «[i]l sera tenu compte, en même temps que du contexte ...?» La troisième porte sur l'intertemporalité: quelle est la date critique? Faut-il tenir compte des règles en vigueur à la date de la conclusion du traité ou de celles en vigueur au moment de son application?

⁶⁴⁴ Affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, C.I.J. Recueil 1969, p. 38, par. 63.

a) Règles dont il faut «tenir compte»

462. Le fait que, jusqu'à une date récente, les tribunaux internationaux aient rarement appliqué expressément le paragraphe 3 c) de l'article 31 ne veut pas dire qu'ils n'auraient pas renvoyé à une règle de droit extérieure au traité à appliquer. De par leur nature même, le droit coutumier et les principes généraux du droit (et les principes généraux du droit *international*) existent en tant que *lex generalis* par rapport à un accord particulier quelconque. Ils sont pleinement applicables et souvent appliqués parallèlement à des traités particuliers. Il est normalement fait référence au paragraphe 3 c) de l'article 31 à propos de la possibilité de recourir (et dans quelle mesure?) à des règles qui se situent au même niveau de généralité et de force exécutoire que le traité à interpréter (habituellement d'autres traités), mais qui pourraient sembler entrer en conflit avec lui ou évoquer des considérations qui, autrement, paraîtraient non-conformistes vu le contexte.

i) Droit coutumier et principes généraux

463. Comme on l'a expliqué dans la section C ci-dessus, bien qu'il n'existe pas officiellement de hiérarchie entre les sources de droit international, il en existe une informelle qui tient à la procédure par laquelle les juristes abordent le droit applicable, allant de la *lex specialis* à la loi générale, soit de la règle la plus précise à la plus générale – c'est-à-dire habituellement du texte du traité au droit coutumier et aux principes généraux de droit. Max Huber a eu l'idée lumineuse de parler de progression du raisonnement juridique en cercles concentriques, chacun constituant un domaine de référence susceptible d'aider à l'interprétation du traité:

Il faut donc chercher la volonté des parties dans le texte conventionnel, d'abord dans les clauses relatives à la contestation, ensuite dans l'ensemble de la convention, ensuite dans le droit international général, et enfin dans les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. C'est par cet encerclement concentrique que le juge arrivera dans beaucoup de cas à établir la volonté présomptive des parties «conformément aux exigences fondamentales de la plénitude du droit et de la justice internationale». Ainsi que le rapporteur formule admirablement la tâche du juge⁶⁴⁵.

464. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 n'est qu'un élément du processus plus large d'interprétation, dans lequel l'interprète doit d'abord s'intéresser au sens premier des termes

⁶⁴⁵ *Annuaire... 1952*, vol. I, p. 200 et 201.

d'un traité avant de passer au contexte et à des considérations touchant l'objet et le but, à la pratique ultérieure et, éventuellement, aux travaux préparatoires. Cette démarche ne doit pas être entendue comme la description effective d'un processus psychologique. On ne saurait en effet définir en termes aussi rationnels la pratique de l'interprétation⁶⁴⁶. Ainsi que Waldock lui-même l'a noté, en termes choisis comme à son habitude, «l'interprétation des documents est dans une certaine mesure un art, non une science exacte»⁶⁴⁷. Mais cette réflexion rend bien compte de la valeur du raisonnement public des juristes et des tribunaux. Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* par exemple, la Cour a commencé par analyser le texte du paragraphe 1 d) de l'article XX du Traité d'amitié de 1955 avant de rechercher l'intention des parties, ce qui, là encore, mettait en avant la nécessité de considérer l'état du droit général sur l'emploi de la force. Le point de départ réside dans le traité lui-même, l'interprétation allant du plus concret et du plus évident (dictionnaire, contexte) au moins tangible et au moins évident (objet et but, traités analogues, etc.) pour donner au texte un sens qui puisse se justifier.

465. Concevoir le processus d'interprétation non pas comme un processus psychologique (mental) mais comme un exercice d'argumentation juridique de qualité en fait inévitablement une opération d'«intégration systémique» – d'intégration dans le système de principes et de présomptions qui sous-tendent l'idée d'ordre juridique interétatique et fournissent les éléments à prendre en considération. Il convient notamment de faire mention de deux présomptions, l'une positive, l'autre négative:

a) Selon la *présomption positive*, les parties sont censées «s'en référer tacitement au droit international commun, pour toutes les questions qu'elle [la convention] ne résout pas elle-même en termes exprès et d'une façon différente⁶⁴⁸»;

⁶⁴⁶ L'une des meilleures analyses du processus d'interprétation dans le contexte du droit international demeure l'ouvrage de Max Sorensen, *Les sources du droit international. Étude sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice* (Copenhague: Munksgaard, 1946), tout spécialement p. 210 à 236.

⁶⁴⁷ Waldock, Troisième rapport, *Annuaire... 1964*, vol. II, p. 55, par. 6.

⁶⁴⁸ Affaire *Georges Pinson (France/États-Unis du Mexique)*, sentence rendue le 13 avril 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 422.

b) Selon la *présomption négative*, lorsqu'elles contractent des obligations conventionnelles, les parties n'ont pas l'intention de contrevenir aux principes généralement reconnus du droit international ni aux obligations conventionnelles contractées antérieurement envers des États tiers⁶⁴⁹.

466. Conformément à ces présomptions, le droit international coutumier et les principes généraux de droit sont appelés à jouer un rôle de premier plan. Comme un groupe spécial de l'OMC le disait dernièrement:

le lien entre les Accords de l'OMC et le droit international coutumier est plus large que cela [la référence faite à l'article 3.2 aux règles coutumières d'interprétation]. Le droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application. En d'autres termes, dans la mesure où il n'y a pas de conflit ni d'incompatibilité, ni d'expression dans un accord visé de l'OMC donnant à entendre qu'il en va autrement, nous estimons que les règles coutumières du droit international s'appliquent au traité de l'OMC et au processus d'élaboration des traités à l'OMC⁶⁵⁰.

467. La plupart des affaires citées plus haut impliquaient l'affirmation et l'application de principes de droit international coutumier. C'est ce qui se passe si la règle conventionnelle manque de clarté ou est rédigée en termes vagues et que son sens est déterminé par référence à un organe de droit international établi (comment ne pas penser à la question de la double nationalité traitée par le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis d'Amérique dans *Esphahanian v. Bank Tejarat* ou à l'interprétation de l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce débattue dans le cadre de l'affaire *Crevettes-tortues*?) et si les termes employés dans le traité ont un sens reconnu en droit international coutumier auquel on peut alors supposer que les parties avaient l'intention de se référer. L'interprétation des termes

⁶⁴⁹ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde) (Exceptions préliminaires) C.I.J. Recueil 1957*, p. 157; Sir Robert Jennings et Sir Arthur Watts (éd.), *Oppenheim's... supra*, note 37, p. 1275.

⁶⁵⁰ *Corée – Mesures affectant les marchés publics* (1^{er} mai 2000), WT/DS163/R, p. 218, par. 7.96.

«traitement juste et équitable» et «protection et sécurité totales» par la Commission du libre-échange de l'ALENA dans *Pope & Talbot Inc. v. Canada* en est une bonne illustration ⁶⁵¹.

468. Peu importe ici de savoir si un tribunal choisit ou non expressément d'invoquer le paragraphe 3 c) de l'article 31. Ces règles et principes généraux sont applicables du simple fait de leur généralité et leur validité tient uniquement au fait qu'ils satisfont à ce que Thomas Franck appelle le «critère du bon sens», le «bon sens» plus ou moins précaire «de la communauté internationale (gouvernements, juges, juristes)⁶⁵²». La Cour permanente de Justice internationale n'a pas jugé nécessaire de faire une référence particulière lorsque, dans l'affaire de *L'usine de Chorzów*, elle a fait observer que:

c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer⁶⁵³.

469. Il en va de même pour de nombreux principes dégagés par la Cour internationale de Justice, comme la liberté de communication maritime⁶⁵⁴, la «bonne foi»⁶⁵⁵, l'«estoppel»⁶⁵⁶, le principe *ex injuria non jus oritur*⁶⁵⁷, etc. On peut citer aussi le critère de la qualité d'État (*Loizidou*), le droit de la responsabilité de l'État (qui a influencé et les obligations en matière de droits de l'homme ⁶⁵⁸ et le droit des contre-mesures économiques à l'OMC), le droit de

⁶⁵¹ *Pope & Talbot Inc. v. Canada* (31 mai 2002), Tribunal arbitral de l'ALENA, ILM. vol. 41 (2002), p. 1347, citant l'interprétation de la Commission du libre-échange de l'ALENA.

⁶⁵² Thomas M. Franck, «Non-Treaty Law-Making: When, What and How?», dans Rüdiger Wolfrum et Volker Röben, *Development of International Law in Treaty-Making*, supra, note 10, p. 423.

⁶⁵³ Affaire de *L'usine de Chorzów* (Fond), C.P.J.I. série A, n° 17 (1928), p. 29.

⁶⁵⁴ *Affaire du Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie) (Fond) C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

⁶⁵⁵ *Affaire des essais nucléaires* (Australie c. France) C.I.J. Recueil 1974, p. 268, par. 46.

⁶⁵⁶ *Affaire du temple de Preah Vihear* (Cambodge c. Thaïlande) (Fond) C.I.J. Recueil 1962, p. 31 et 32.

⁶⁵⁷ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 299.

⁶⁵⁸ Voir par exemple *Loizidou c. Turquie* (Exceptions préliminaires), arrêt du 23 mars 1995, CEDH série A (1995), n° 310, par. 57 à 64. Voir également l'importance attachée aux règles

l'immunité des États, l'emploi de la force et le principe de bonne foi⁶⁵⁹. Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées remplissent une fonction à peu près du même ordre en situant la disposition conventionnelle dans un cadre de principes (comme cela s'est fait pour déterminer la portée du droit à un procès équitable dans *Golder*). Pauwelyn énumère entre autres principes de procédure régulièrement suivis par l'Organe d'appel de l'OMC ceux de «la charge de la preuve, la qualité pour agir, la régularité de la procédure, la bonne foi, la représentation devant les groupes spéciaux, l'effet rétroactif des traités ou l'erreur dans l'élaboration du traité⁶⁶⁰». Ces principes ne sont pas «mis en œuvre» par les actes positifs des États (encore que l'on puisse y voir la volonté de ceux-ci de les appliquer), ils constituent des éléments du cadre général du droit international ou – ce qui revient au même – des aspects de l'art de justifier les décisions prises pour régler des différends d'ordre juridique⁶⁶¹.

ii) Autres règles de droit international conventionnel applicables

470. Comme on l'a fait observer ci-dessus, le paragraphe 3 c) de l'article 31 va au-delà de l'évidence que «le droit international général» s'applique de manière générale et prévoit le cas où une autre règle de droit international *conventionnel* s'applique dans les relations entre les parties. Le principal problème est le suivant: est-il nécessaire que *toutes* les parties au traité qui fait l'objet de l'interprétation soient aussi parties au traité auquel on se réfère en tant qu'autre source de droit international à des fins d'interprétation?

471. Le problème est particulièrement délicat lorsque le traité qui fait l'objet de l'interprétation est un traité multilatéral très largement accepté (comme les accords visés de l'OMC). Comme nous l'avons vu, dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, le Groupe spécial est parvenu à la

de droit international public en matière de compétence dans *Banković c. Belgique et autres*, décision du 12 décembre 2001, recevabilité, CEDH 2001-XII, par. 59 et 60.

⁶⁵⁹ Voir Pauwelyn, *Conflict of Norms... supra*, note 21, p. 271.

⁶⁶⁰ Joost Pauwelyn, «The World Trade Organization» dans Charo Huesa et Karel Wellens, *L'influence des sources sur... supra*, note 14, p. 225 et 226 et notes de bas de page.

⁶⁶¹ Voir également Martti Koskenniemi, «General Principles. Reflections on Constructivist Thinking in International law», dans Martti Koskenniemi (éd.), *Sources of International Law, supra*, note 24, p. 359 à 399.

conclusion qu'en vertu du paragraphe 3 c) de l'article 31, aux fins de l'interprétation des accords de l'OMC, il pouvait être tenu compte uniquement des accords auxquels *tous* les membres de l'OMC étaient parties⁶⁶². Comme l'identité exacte des parties à la plupart des conventions internationales importantes est peu probable, il y aurait fort peu de chances que l'on puisse recourir *d'une façon ou d'une autre* au droit international conventionnel pour interpréter ces conventions. Curieusement, cela aurait pour effet que plus le nombre de parties à un traité multilatéral comme les accords visés de l'OMC s'accroît, plus ces traités seraient retranchés du reste du droit international⁶⁶³. Dans la pratique, il s'ensuivrait que les accords multilatéraux se retrouveraient isolés comme autant d'«îles» n'autorisant aucune référence *inter se* dans leur application. Cela empêcherait par ailleurs toute référence aux accords d'application régionaux ou particuliers – y compris aux accords *inter se* – qui auraient pu être conclus au titre d'un traité-cadre, pour faciliter l'interprétation de celui-ci. Pareille conséquence semblerait aller à l'encontre de l'éthique législative qui préside à l'élaboration de la plupart des traités multilatéraux et, on peut le supposer, de l'intention de la plupart des auteurs de traités. On pourrait naturellement y remédier en partie en exigeant la constatation que, dans la mesure où le traité n'était pas en vigueur entre toutes les parties au traité qui fait l'objet de l'interprétation, la règle qu'il contient a été traitée comme une règle de droit international coutumier⁶⁶⁴. On entretiendrait ainsi la «généralité» d'au moins quelques traités multilatéraux, mais cette façon de procéder aurait un effet indûment restrictif dans deux cas:

a) Elle pourrait empêcher la référence à des traités qui ont été très largement acceptés dans la communauté internationale (y compris par les États en conflit), mais n'en ont pas été

⁶⁶² *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* (7 février 2006), WT/DS291-293/INTERIM, p. 299 et 300, par. 7.68 à 7.70, (de la version anglaise).

⁶⁶³ Marceau, «WTO Dispute Settlement and Human Rights», *supra*, note 42, p. 781.

⁶⁶⁴ Voir par exemple l'importance attachée dans *Crevettes-tortues* au fait que, bien que les États-Unis n'aient pas ratifié la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, ils l'avaient acceptée en faisant valoir que les dispositions pertinentes reflétaient pour la plupart le droit international coutumier, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (12 octobre 1998), WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, par. 171, note 174.

pour autant ratifiés par tous les États ni reconnus à tous égards comme déclarant le droit international coutumier (c'est le cas de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer);

b) Elle pourrait aussi empêcher la référence aux traités qui représentent l'aboutissement du développement de la teneur du droit international sur un sujet bien précis, au motif qu'ils n'ont pas été ratifiés par toutes les parties au traité qui fait l'objet de l'interprétation.

472. Une meilleure solution consisterait à autoriser la référence à un autre traité à condition que *les parties au différend* soient aussi parties à cet autre traité. Malgré le risque d'éventuelles divergences d'interprétation (en fonction des États parties qui sont aussi parties au différend), elle refléterait simplement le besoin de respecter la volonté des parties (naturellement divergente) telle qu'elle a été éclairée par référence à ces autres traités, et le caractère bilatéraliste de la plupart des traités étayé par les pratiques en matière de réserves, de modifications *inter se* et de traités successifs par exemple⁶⁶⁵. Le risque de divergence – courant en droit conventionnel – diminuerait s'il était fait une distinction entre traités «réciproques» et «synallagmatiques» (auquel cas la simple «divergence» d'interprétation ne crée aucun problème) et traités de type «intégral» ou «interdépendant» (ou traités conclus *erga omnes partes*), cas dans lequel il ne faudrait pas laisser le recours à cet autre traité menacer la cohérence du traité qui doit être interprété⁶⁶⁶. Ce faisant, on répondrait aussi au souci de cohérence dans l'interprétation des traités exprimé par le Groupe spécial de l'OMC dans l'affaire *Communautés européennes – Produits biotechnologiques*⁶⁶⁷. Par ailleurs, il serait peut-être utile de se demander dans quelle mesure l'autre traité sur lequel on s'appuie peut être considéré comme ayant été «tacitement» accepté ou du moins toléré par les autres parties, c'est-à-dire «peut être raisonnablement considéré comme exprimant les intentions ou la conception communes de toutes les parties quant

⁶⁶⁵ On ne saurait trop souligner que le risque de «divergence» n'est pas supérieur à celui encouru pour *n'importe quelle* interprétation d'un traité multilatéral par référence à la volonté des parties.

⁶⁶⁶ Pour une exploration récente de cette idée dans le contexte des accords visés de l'OMC, voir Pauwelyn, *Conflict of Norms... supra*, note 21, p. 440 à 486, et Joost Pauwelyn, «A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?», *E.J.I.L.*, vol. 14 (2003), p. 907.

⁶⁶⁷ *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* (7 février 2006), WT/DS291-293/INTERIM, p. 300, par. 7.70 (de la version anglaise).

au sens du terme en question⁶⁶⁸». C'est en fait l'approche adoptée dans certaines des décisions de l'Organe d'appel de l'OMC⁶⁶⁹. Elle donne effet à l'idée que certaines notions ou certains concepts consacrés dans des traités multilatéraux, mais peut-être absents des traités dont les parties sont identiques, sont malgré tout adoptés par un nombre d'États suffisamment important pour traduire une «conception commune» ou l'«état actuel des connaissances» dans un domaine technique donné sans refléter nécessairement le droit coutumier officiel.

b) Poids des obligations à prendre en considération

473. Les considérations ci-dessus répondent aussi à la question du *poids* à accorder aux règles – droits et obligations – dont il faut tenir compte en vertu du paragraphe 3 c) de l'article 31. L'importance de ces droits et obligations ne réside pas dans leur supériorité. Comme nous l'avons vu, le droit international réserve cette qualité au seul *jus cogens*. Une politique qui accorderait un poids excessif à l'environnement normatif par rapport à des traités particuliers, comme la présomption généralisée de la préséance de la *lex generalis* sur la *lex specialis*, étoufferait l'élaboration des traités, allant à l'encontre de la nécessité de réagir à une situation nouvelle et de s'intéresser aux intérêts ou aux besoins qui, pour une raison ou une autre, ont été sous-représentés en droit traditionnel. Cette prise en considération présente l'avantage d'assumer une fonction systémique dans l'ordre juridique international, en reliant des éléments spécialisés les uns aux autres et aux principes universels⁶⁷⁰.

474. La question du poids normatif à donner à des droits et obligations particuliers au moment où ils semblent se heurter à d'autres droits et obligations ne peut être évaluée qu'au cas par cas. Il y a peu à ajouter à cet égard à ce que M^{me} Higgins, MM. Buergenthal et Kooijmans ont

⁶⁶⁸ Pauwelyn, «*Conflict of Norms*»... *supra*, note 21, p. 257 à 263, appuie ce point de vue dans le cas des accords visés de l'OMC.

⁶⁶⁹ Voir par exemple les sources sur lesquelles s'est appuyé l'Organe d'appel dans *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (12 octobre 1998), WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, par. 130.

⁶⁷⁰ Pour l'un des premiers développements, voir tout spécialement Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Longman's: Londres, 1927), qui souligne le rôle des principes de droit privé dans l'interprétation des relations juridiques internationales.

constaté, à propos de la nécessité de trouver un équilibre entre des exigences antagoniques: règle de l'immunité des États d'un côté et responsabilité pour des crimes internationaux de l'autre:

Le droit international cherche à concilier cette valeur [la prévention de l'ingérence extérieure injustifiée dans les affaires intérieures des États] et la lutte contre l'impunité, non à assurer le triomphe d'une norme sur une autre⁶⁷¹.

c) Intertemporalité et évolution générale du droit international

475. Le troisième problème d'ordre général – qui a suscité le plus de débat à la Commission – touche au droit intertemporel ou, en d'autres termes, à la question du moment (la date critique) où apprécier les règles dont il y a lieu de «tenir compte» conformément au paragraphe 3 c) de l'article 31? La règle traditionnelle⁶⁷² et celle proposée à la Commission par Waldock comportaient deux volets: l'un affirmait la «contemporanéité», l'autre permettait la prise en considération de l'évolution du droit. Selon le premier volet, un traité devait être interprété «compte tenu du droit en vigueur à l'époque où il a été rédigé⁶⁷³». Selon le second, «l'application d'un traité est régie par les règles du droit international en vigueur à l'époque où le traité est appliqué⁶⁷⁴».

476. La raison d'être de ces deux volets est claire et difficile à contester. D'une part, lorsque des États nouent des liens juridiques, ils le font sans aucun doute en tenant compte du milieu normatif tel qu'il existait au moment où ces liens se sont formés. Ou en d'autres termes, le respect du droit en vigueur au moment où un traité est conclu tient mieux compte de l'intention

⁶⁷¹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique) C.I.J. Recueil 2002 (opinion individuelle de M^{me} Higgins et MM. Kooijmans et Buergenthal)*, p. 86 et 87, par. 79 (version anglaise).

⁶⁷² Cette règle a été énoncée par M. Huber dans le contexte de réclamations territoriales. Elle comporte deux parties: «... un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit qui lui est contemporain et non du droit en vigueur au moment où éclate le différend» («contemporanéité») et «Le même principe, qui soumet un acte créateur de droit au droit en vigueur au moment où naît le droit, exige que l'existence de ce droit, en d'autres termes sa manifestation continue, suive les conditions requises par l'évolution du droit». *Affaire de l'île de Palmas (Pays-Bas/États-Unis d'Amérique)*, sentence rendue le 4 avril 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, respectivement p. 845 et 839.

⁶⁷³ Projet d'article 56, par. 1, Waldock, Troisième rapport, *Annuaire... 1964*, vol. II, p. 5.

⁶⁷⁴ Projet d'article 56, par. 2, *ibid.*, p. 5.

des parties. Néanmoins, aucune relation juridique n'échappe au temps qui passe, comme le confirme déjà la nécessité de prendre en considération la pratique ultérieure des parties. De la même façon, les vues des parties quant au sens et à l'application du traité évoluent au fur et à mesure que le temps passe, que l'expérience et les informations s'accumulent et que les circonstances changent.

477. La doctrine du droit intertemporel est essentiellement un rappel de ces deux critères, l'un pointant vers le passé et servant de guide permettant de discerner l'intention des parties, l'autre vers le présent précisément pour la même raison. Comme Jiménez de Aréchaga l'a fait observer à la Commission en 1964:

L'intention des parties doit prévaloir et l'on peut envisager deux possibilités en ce qui concerne cette intention: ou bien elles ont voulu incorporer dans le traité certaines notions juridiques qui resteront inchangées, ou bien elles n'ont pas eu cette intention et les notions juridiques peuvent varier et devront alors être interprétées non seulement dans le contexte de l'instrument en cause mais aussi en fonction de tout l'ordre juridique dans lequel il est inséré. On ne doit pas empêcher la volonté des parties d'agir librement en figeant chaque concept sous la forme qu'il avait au moment de l'élaboration du traité⁶⁷⁵.

478. Parce qu'il semble vain d'instaurer dans l'abstrait un ordre de préséance général entre le passé et le présent⁶⁷⁶, mieux vaut une fois encore se contenter de dégager quelques considérations susceptibles d'aider à décider s'il faut appliquer le paragraphe 3 c) de l'article 31 de façon à «tenir compte» de ces «autres obligations» telles qu'elles existaient au moment de la conclusion du traité ou telles qu'elles existent au moment de son application. Une fois de plus, il faut partir de l'idée que se prononcer sur cette question revient à interpréter le traité lui-même. Les termes employés donnent-ils une indication quelconque? Le «principe de contemporanéité»

⁶⁷⁵ M. Jiménez de Aréchaga, 728^e séance (21 mai 1964), *Annuaire... 1964*, vol. I, p. 36, par. 10. Thirlway suggère une version plutôt restreinte de cette doctrine: «À condition que, si l'on peut établir que les parties avaient l'intention que le sens ou la portée d'un terme ou d'une expression employés dans le traité devait suivre le développement du droit, le traité soit interprété de façon à donner effet à cette intention.» Thirlway, «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989», troisième partie, *supra*, note 582, p. 57. Voir également *ibid.*, première partie, *supra*, note 97, p. 135 à 143, et Rosalyn Higgins, «Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46 (1997), p. 515 à 519.

⁶⁷⁶ C'était après tout la raison même pour laquelle la Commission n'est pas parvenue à se mettre d'accord sur un article sur la question.

– en ce qui concerne le milieu normatif tel qu’il existait au moment où les obligations sont entrées en vigueur pour la partie intéressée – pourrait vraisemblablement servir de point de départ⁶⁷⁷. Quand la terminologie même du traité, dans son contexte, permet-elle de tenir compte de l’évolution des choses? Les exemples suivants donnent une idée du moment où une telle hypothèse serait raisonnable:

a) Emploi d’un terme dans un traité qui n’est pas statique mais évolutif⁶⁷⁸. C’est le cas où les parties, par le choix des termes employés, expriment l’intention de coller à l’évolution du sens de ces termes, sans adopter de définition qui leur serait propre (on peut penser à l’emploi de termes tels que «expropriation» ou «plateau continental» dans le traité pertinent)⁶⁷⁹. Ce peut être aussi le cas où, si ces termes sont lus à la lumière de l’objet et du but du traité, il apparaît que les parties se sont engagées dans un programme de développement progressif⁶⁸⁰;

⁶⁷⁷ Ce principe exprime la «nécessité impérative d’interpréter un instrument en fonction des intentions des parties au moment de sa conclusion», *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, Avis consultatif du 21 juin 1971, C.I.J. Recueil 1971, p. 31.*

⁶⁷⁸ Jennings et Watts, *Oppenheim’s... supra*, note 37, p. 1282. L’exemple type est l’utilisation de la notion de «mission sacrée de civilisation» employée dans le cadre du système des mandats de la Société des Nations. Voir *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité Avis consultatif du 21 juin 1971, C.I.J. Recueil 1971, p. 31, par. 53.*

⁶⁷⁹ Ainsi dans l’affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, la Cour internationale de Justice a présumé que le sens d’une expression générique était «censé évoluer avec le droit et revêtir à tout moment la signification que pourraient lui donner les règles en vigueur», *C.I.J. Recueil 1978, p. 33.*

⁶⁸⁰ Tel était le cas dans l’affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* dont la Cour internationale de Justice a été saisie. «[L]a Cour tient à relever que de nouvelles normes du droit de l’environnement, récemment apparues, sont pertinentes pour l’exécution du traité et que les parties pouvaient, d’un commun accord, en tenir compte ... [dans le] ... traité. Ces articles ne contiennent pas d’obligations spécifiques de faire, mais ils imposent aux parties, en s’acquittant de leurs obligations de veiller à ce que la qualité des eaux du Danube ne soit pas compromise et à ce que la protection de la nature soit assurée, de tenir compte des nouvelles normes en matière d’environnement lorsque ces parties conviennent des moyens à préciser dans le plan contractuel conjoint. En insérant dans le traité ces dispositions évolutives, les parties ont reconnu la nécessité d’adapter éventuellement le projet. En conséquence, le traité n’est pas un instrument figé et est susceptible de s’adapter à de nouvelles normes du droit international.» *Affaire relative au projet*

b) Description des obligations en termes très généraux, qui renvoie en quelque sorte à l'état du droit au moment de son application. Les exceptions générales prévues à l'article XX de la Convention sur les tarifs douaniers et le commerce, évoquées dans *Crevettes-tortues*, en permettant l'adoption des mesures «nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux» ou «se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables» visent à adapter la Convention à la situation au fur et à mesure qu'elle évolue dans le temps⁶⁸¹. Ainsi, les mesures nécessaires à la protection des crevettes changent en fonction de l'ampleur de la menace qui pèse sur la survie de la population de crevettes. Bien que le sens large de l'article XX demeure le même, sa teneur effective se modifie au fil du temps. Dans ces conditions, la référence aux «autres règles de droit international», tels que les traités multilatéraux sur l'environnement, devient une forme d'élément de preuve secondaire qui justifie la recherche des valeurs et des attentes scientifiques et communautaires, à quoi invitent le sens ordinaire des mots ainsi que le but et l'objet du traité.

d) Conclusion

479. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne et le «principe d'intégration systémique» qu'il exprime récapitulent les conclusions des sections précédentes. Ils invitent l'organe appelé à régler un différend ou le juriste qui recherche ce qu'est le droit à éclairer les règles invoquées par les parties au moyen d'autres règles et principes susceptibles d'influer sur l'affaire. Dans ce processus, les règles les plus concrètes ou immédiatement disponibles sont lues à la lumière les unes des autres et du droit général «à l'arrière-plan». On ne saurait préciser hors de tout contexte ce que l'on pourrait entendre par «lire les règles à la lumière les unes des autres». Ce qui résulte de cette lecture est peut-être, au regard du paragraphe 3 c) de l'article 31, moins important que le fait que le renvoi à l'environnement juridique au sens large, et de fait,

Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997, p. 76 à 80, par. 132 à 147. Voir également l'opinion individuelle de M. Weeramantry, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997 (opinion individuelle de M. Weeramantry), p. 113 à 115.

⁶⁸¹ «Si nous nous plaçons dans la perspective du préambule de l'*Accord sur l'OMC*, nous observons que le contenu ou la référence de l'expression générique “ressources naturelles” employée dans l'article XX g) ne sont pas “statiques” mais plutôt “par définition évolutifs”». *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (12 octobre 1998) WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, par. 130.

au «système» de droit international dans son ensemble, qui permet de justifier ce résultat quel qu'il soit.

480. La façon dont il est «tenu compte» de ces «autres règles de droit» est capitale pour les parties et pour l'issue d'une affaire. Le principe d'intégration systémique dépasse pourtant le cas individuel. En veillant à ce que le résultat ne soit pas dissocié de l'environnement juridique et que des règles voisines soient prises en compte – peut-être appliquées, invalidées, momentanément mises à l'écart –, la décision prise reflète aussi l'environnement juridique et institutionnel (préférences de fond, choix sélectifs et objectifs politiques), ce qui est loin d'être négligeable dans un monde institutionnel décentralisé et spontané dont les priorités et les règles sont souvent mal définies. Il y va aussi du développement constructif et critique des institutions internationales, en particulier des institutions chargées de faire appliquer le droit. Considérer ces institutions comme isolées les unes des autres et ne prêtant attention qu'à leurs propres objectifs et préférences revient à faire du droit un simple instrument destiné à réaliser les objectifs d'un régime. Or, le droit a aussi pour objet de protéger des droits et de faire respecter des obligations, en particulier les droits et obligations qui prennent appui sur un intérêt public, général. Sans le principe d'«intégration systémique», il serait impossible d'exprimer et de conserver le sens du bien commun de l'humanité, lequel ne se réduit pas au bien d'une institution ou d'un «régime» particulier.

G. CONCLUSIONS GÉNÉRALES

1. Nature de la fragmentation

481. La mondialisation se manifeste entre autres par la naissance de réseaux de coopération techniquement spécialisés de portée mondiale: commerce, environnement, droits de l'homme, diplomatie, communications, médecine, prévention de la délinquance, production énergétique, sécurité, coopération autochtone, etc., domaines d'activité et de coopération d'experts qui débordent des frontières nationales et sont difficiles à régler par le droit international traditionnel. Les législations nationales n'y parviennent pas en raison du caractère transnational de ces réseaux et le droit international ne tient pas suffisamment compte de leurs objectifs et besoins particuliers.

482. De ce fait, les réseaux tendent à mettre au point leurs propres règles et systèmes de règles. Ils le font parfois officieusement, les principaux acteurs adoptant des modes de comportement ou des solutions types qui créent des attentes ou sont copiés par d'autres. Parfois la coordination passe par l'harmonisation des lois et réglementations nationales ou régionales, par exemple, grâce à la normalisation accrue des formules de contrats ou des règles de responsabilité. Mais fréquemment, des règles et des systèmes de règles spécialisés sont aussi le fruit de la coopération intergouvernementale, avec le concours notamment des organisations intergouvernementales (spécialisées). C'est ce qui explique l'apparition de régimes de droit international fondés sur des traités multilatéraux et des actes d'organisations internationales, des traités spécialisés et des coutumes adaptés sur mesure aux besoins et aux intérêts de chaque réseau mais qui tiennent rarement compte du monde extérieur.

483. Les préoccupations qui se font jour au sujet de la fragmentation du droit international ont pour toile de fond la montée en puissance des règles et systèmes de règles spécialisés qui n'entretiennent pas de relations claires entre eux. Les réponses aux questions d'ordre juridique dépendent de plus en plus des personnes à qui les questions sont posées, du système de règles en cause. C'est pourquoi la présente étude a cherché des réponses aux questions qui, pour élémentaires qu'elles paraissent, ne sont pas souvent traitées: quelle est la nature des systèmes de règles spécialisés? Comment leurs relations *inter se* devraient-elles être conçues? Quelles règles appliquer aux conflits entre de tels systèmes?

2. Perspective de la présente étude

484. La présente étude ne visait pas à fixer une fois pour toutes des rapports de priorité entre différentes règles ou différents systèmes de règles de droit international. Aussi ses conclusions peuvent-elles sembler insatisfaisantes ou du moins trop peu décisives. Ce n'est pas en cherchant à éclairer le processus de raisonnement juridique que l'on peut raisonnablement définir des priorités. Celles-ci devraient en effet refléter les préférences (politiques) des acteurs internationaux, des États au premier chef. Les conflits normatifs ne surgissent pas comme autant d'«erreurs» techniques à «éviter» grâce à un mode de raisonnement juridique plus élaboré. Les nouvelles règles et les nouveaux régimes juridiques prennent naissance pour répondre à de nouvelles préférences et parfois suite à un effort conscient des acteurs pour s'écarter des

solutions retenues précédemment. Une réponse d'ordre normatif, non de technique juridique, s'impose.

485. Mais l'absence de hiérarchie générale en droit international ne signifie pas que les conflits normatifs entraîneraient une paralysie juridique. Il suffit d'établir les hiérarchies voulues au cas par cas, pour résoudre des problèmes particuliers au fur et à mesure qu'ils se présentent. C'est là que les articles de la Convention de Vienne sur le droit des traités ont leur pertinence et qu'une étude menée dans le cadre de la Commission du droit international peut apporter une contribution utile. Nous avons donc voulu illustrer par des exemples tirés de la pratique des juridictions internationales, les techniques à la disposition des juristes qui ont à connaître de problèmes impliquant apparemment des conflits de règles ou de systèmes de règles.

486. Comme on l'a fait observer dans la présente étude, le conflit normatif est endémique en droit international. L'élaboration du droit international, que ce soit par la coutume ou par traité, étant spontanée, décentralisée et non hiérarchisée, les juristes ont toujours eu à traiter d'éléments hétérogènes à des niveaux de généralité et de force normative variables. Dans la toute première affaire dont elle a eu à connaître, la Cour permanente de justice internationale devait résoudre la question du conflit ou chevauchement entre deux séries de règles – le Traité de paix de Versailles et le droit d'une puissance neutre en temps de guerre de contrôler l'accès au territoire d'un belligérant. En interprétant la souveraineté allemande et en invoquant un précédent (celui des canaux de Panama et de Suez), elle a réussi à établir la priorité du Traité de Versailles⁶⁸². Depuis, dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, les tribunaux internationaux statuent couramment sur les droits et les devoirs des États ou d'autres sujets par référence à toutes sortes de données juridiques applicables.

487. Mais aborder les problèmes à ce niveau – au fur et à mesure que les conflits se présentent – signifie qu'ils sont traités de façon formelle et sans orientation précise, comme s'ils relevaient d'une technique juridique plutôt que de préférences (juridico-politiques) quant au fond. D'une certaine façon, en sacrifiant le fond, le présent rapport n'en sera que plus acceptable. Pourtant ce «formalisme» a ses propres exigences. L'effort même consenti pour argumenter en faveur d'une technique juridique cohérente dans un monde fragmenté exprime la conviction que

⁶⁸² Affaire du *Vapeur «Wimbledon»*, C.P.J.I. *Recueil des arrêts*, série A, n° 1, p. 25 et 28 à 30.

les conflits entre régimes spécialisés peuvent être surmontés par le droit, même s'il ne peut guère faire plus qu'exiger l'écoute d'autrui, la prise en considération de son point de vue et, au bout du compte, un règlement motivé. Peut-être est-ce là d'ailleurs tout simplement la raison d'être de toujours du droit international. Le passage d'un monde fragmenté en États souverains à un monde fragmenté en «régimes» spécialisés peut en fait ne pas exiger du tout de transformation fondamentale du droit international public – encore qu'il puisse justifier une utilisation novatrice des techniques traditionnelles. Il y a toujours eu des États pour considérer le droit international comme incompatible avec leur souveraineté. De même, il peut exister aujourd'hui des régimes ou des complexes de règles d'envergure mondiale pour qui le droit international fait figure d'intrus. Il n'y a pas plus de raisons de céder à la logique de l'«isolement clinique» dans ce dernier cas qu'il n'y en avait dans le premier. Pas plus qu'un État ne peut avoir le dernier mot sur la licéité internationale de ses actes, une règle ou un régime ne peuvent à eux seuls déterminer les incidences juridiques qu'ils entraînent au niveau international. Si le droit international est nécessaire en tant que structure de coordination et de coopération entre États (souverains), il est tout aussi nécessaire pour coordonner des complexes de règles et des institutions (autonomes) et en organiser la coopération.

488. Il ne fait aucun doute que des règles et complexes de règles spéciaux sont nécessaires – tout comme le sont des souverainetés différentes. Le monde est irrémédiablement pluraliste. Le droit ne saurait résoudre dans l'abstrait un éventuel conflit qui surgirait entre des régimes économiques et environnementaux, entre droits de l'homme et immunité diplomatique ou entre une règle universelle du droit de la mer et un traité régional sur la pêche. Chacun a ses experts et son éthique, ses priorités et ses préférences, son parti pris structurel. De tels régimes sont institutionnellement «programmés» pour privilégier un souci particulier par rapport à un autre. Les préoccupations qu'engendre la fragmentation concernent la viabilité dans le temps du droit international traditionnel – y compris des techniques de raisonnement juridique qui lui sont associées – à l'heure de la spécialisation. Les maximes latines (*lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*) sont-elles toujours d'actualité pour le règlement des conflits qui surgissent dans des situations économiques et technologiques complexes? Bien que le présent rapport réponde par l'affirmative à cette question, il met aussi en lumière les limites de cette réponse. Le droit international public ne contient pas de règles grâce auxquelles les problèmes d'une société planétaire seraient déjà résolus. Mettre des solutions au point relève du domaine politique.

489. Les préoccupations suscitées par la fragmentation du droit international ont un aspect institutionnel et un aspect substantiel. Au plan institutionnel, la prolifération des organes de mise en œuvre – souvent des juridictions – de régimes conventionnels spécifiques fait craindre la divergence des jurisprudences et la recherche abusive du for le plus favorable. Les droits et obligations des sujets de droit peuvent dépendre de l'instance qui est saisie pour les reconnaître. Conformément à la décision prise par la Commission en 2002 et 2003, le présent rapport a laissé de côté les aspects institutionnels de la fragmentation. Il traitait donc exclusivement de problèmes substantiels: l'émergence de «droits spéciaux», régimes conventionnels, ensembles fonctionnels de règles et branches spécialisées du droit international et rapports que ceux-ci entretiennent entre eux et avec le droit international général. Une attention particulière a été prêtée à l'application des maximes de la *lex specialis* et de la *lex posterior* et aux relations d'importance et de «système» en droit international. D'un bout à l'autre du rapport, on s'est attaché à la Convention de Vienne sur le droit des traités, tout en s'efforçant délibérément de replacer cet instrument dans son environnement systémique, consistant en partie dans les pratiques des tribunaux internationaux et autres organes chargés d'appliquer le droit et en partie dans le droit international général dans lequel il s'insère. On trouvera à l'annexe au présent rapport le projet de conclusions des travaux du Groupe d'étude.

490. Les problèmes de fond n'ont pas tous été traités. Ainsi les questions de droit non contraignant («*soft law*») en tant que type spécial de droit doté de ses propres mécanismes d'application et de règlement des différends ayant valeur indicative n'ont pas été mises sur le tapis. Mais dans la mesure où le droit non contraignant prétend exister «isolé cliniquement» des «règles de droit impératives («*hard law*»)», une bonne partie de ce qui a été dit dans la section C des relations entre droit spécial et droit général vaut aussi pour lui. De même, les questions en rapport avec l'émergence de types de contrainte découlant d'activités privées ou mixtes publiques-privées – dont la *lex mercatoria* ou d'autres types de réglementation informelle des activités transnationales – et leurs effets sur l'élaboration traditionnelle du droit – n'ont pas été abordées ici. Il faudrait en effet se lancer dans un tout autre genre d'exercice pour examiner dans quelle mesure de nouveaux types de «droit mondial» prendraient naissance en dehors du champ du droit international étatocentrique, traditionnel. Cela ne veut pas dire malgré tout que la Convention de Vienne ou le droit international général ne pourraient pas servir à canaliser et maîtriser aussi ces types de règlements informels souvent inspirés par l'intérêt privé. Plus le droit

conventionnel permet le recours à des traités-cadres, des traités en grappe et des régimes reprenant toutes sortes d'éléments normatifs, selon des modalités souples et complexes, mieux le droit international pourra s'étendre à ces règlements privés, décentralisés.

3. Entre cohérence et pluralisme: suggestions d'activités futures

491. La fragmentation pose la question de la cohérence du droit international. La cohérence est considérée comme positive car elle garantit la prévisibilité et la sécurité juridique. Qui plus est, seul un système juridique cohérent assure l'égalité de traitement des sujets de droit. La cohérence est, toutefois, une qualité formelle et abstraite. Elle ne rendrait pas plus valable un système juridique qui serait à certains égards injuste ou inopérant. C'est pourquoi, parallèlement à la cohérence, il faudrait considérer le pluralisme comme une valeur constitutive du système, comme cela l'a d'ailleurs toujours été dans un monde de souverainetés plurielles.

492. Même si la diversification du droit international risque d'en menacer la cohérence, elle le fait en adaptant mieux celui-ci à la matière à régir. La fragmentation oriente le droit international vers le pluralisme juridique, mais ce, comme le présent rapport cherche à le démontrer, en utilisant constamment les ressources du droit international général, en particulier les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités mais aussi celles du droit coutumier et «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées». *La principale conclusion du présent rapport est que l'émergence de régimes conventionnels spéciaux (qui ne devraient pas être qualifiés d'«autonomes») n'a pas sérieusement compromis la sécurité juridique, la prévisibilité ni l'égalité des sujets de droit. Les techniques de *lex specialis* et de *lex posterior*, d'accords *inter se* et de la supériorité reconnue aux normes impératives et la notion (jusqu'ici insuffisamment développée) d'«obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble» assurent une boîte à outils élémentaire à même de répondre avec souplesse aux problèmes les plus fondamentaux posés par la fragmentation. Ces techniques peuvent permettre à des préoccupations, à la fois légitimes et fortement ressenties, concernant le développement économique, la protection des droits de l'homme et de l'environnement et la sécurité, de trouver leur expression.*

493. Le système juridique international n'a jamais connu le type de cohérence qui a pu caractériser les ordres juridiques des États. Néanmoins, la complexité accrue des sociétés

contemporaines, la tolérance envers – voire l’encouragement – des traditions et des objectifs sociaux antagoniques au sein des sociétés nationales et les impératifs de la spécialisation technique ont tous entamé l’homogénéité de l’État-nation. De nos jours, le droit des États contemporains découle de plusieurs sources normatives quasi autonomes, à la fois internes et externes. S’il peut avoir entamé la cohérence constitutionnelle des droits nationaux, ce phénomène a été contrebalancé par l’adaptation au contexte et la fonctionnalité du pluralisme (modéré) émergent. De la même manière, l’émergence de règles antagoniques et de régimes juridiques qui se chevauchent créera sans aucun doute des problèmes de coordination au niveau international. Mais – et c’est là la deuxième grande conclusion du présent rapport – *il n’existe pas de métasystème homogène et hiérarchique qui permettrait d’éliminer ces problèmes*. Le droit international devra opérer dans des domaines où les exigences de cohérence et de pluralisme raisonnable tireront dans des directions différentes. Pour qu’il y parvienne, *une attention accrue devra être accordée aux conflits de normes et de régimes et aux règles, méthodes et techniques à mettre en œuvre pour les résoudre*. La proposition formulée par le Groupe d’étude dans ses conclusions en annexe expose en détail les modalités possibles pour ce faire. Les efforts devraient se déployer au moins dans trois directions:

- a) Prêter attention au rôle de la Convention de Vienne sur le droit des traités comme base d’un «droit international des conflits»;
- b) Prêter attention à la notion de «régimes» et à leur fonctionnement;
- c) Examiner la notion de «droit international général».

1) La Convention de Vienne sur le droit des traités en tant que «droit international des conflits»

La Commission avait décidé d’inscrire ses travaux sur le sujet dans les limites de la Convention de Vienne. Le présent rapport montre que cette décision était fondée. Comme on l’a expliqué en détail, la Convention fournit la base normative – la «boîte à outils» – pour traiter de la fragmentation. Il n’y a pas de raison pour qu’elle ne serve pas aussi de base au développement d’un «droit international des conflits». Des conflits entre traités, régimes conventionnels et traités et autres sources de droit ne manqueront pas de surgir à l’avenir, voire de se multiplier. En l’absence d’une seule et unique hiérarchie, ces conflits ne pourront être résolus que par des

«règles de priorité» qui prennent en compte à la fois les impératifs de cohérence et d'adaptation au contexte. La mise au point de ces règles exigera peut-être d'examiner de plus près plusieurs aspects de la Convention de Vienne.

Ainsi, le traitement par la Convention des traités bilatéraux et multilatéraux par des règles identiques ne semble pas satisfaisant. Les problèmes posés dans l'un et l'autre cas sont différents et devraient être traités à l'aide de techniques différentes. Dans l'interprétation des traités bilatéraux par exemple, l'intention des parties est relativement facile à discerner alors que les traités multilatéraux se présentent comme des accords ou compromis globaux dont il est difficile de dégager nettement une intention unique des parties. Actuellement, la spécificité des «traités-cadres» et des «traités d'application» n'est pas non plus reconnue, bien que, comme le présent rapport le donne à entendre, ces traités entretiennent des relations spéciales qui ne peuvent être identifiées à celles qui existent entre n'importe quels traités. Qui plus est, l'observation faite initialement par Fitzmaurice demeure valable: les traités relatifs aux droits de l'homme, les traités de droit humanitaire, comme les traités sur l'environnement, constituent une catégorie spéciale d'instruments non bilatéraux (de type «intégral» ou «interdépendant») qui ne peuvent fonctionner en faisant appel aux mêmes techniques que les traités «ordinaires» créateurs de relations bilatérales. Tout au long du présent rapport, nous avons vu comment la nature d'un traité – dont son objet et son but – limitait la liberté des parties au traité de s'en écarter en mettant en jeu la *lex specialis* ou un accord *inter se*. Mais en fait, la priorité conventionnelle déjà accordée au droit spécial sur le droit général et les techniques tout aussi conventionnelles permettant de passer outre à cette priorité sont des aspects d'une hiérarchie informelle des traités qui ont souvent été éclipsés par l'attention prêtée à la hiérarchie formelle qui s'exprime à travers le *jus cogens* ou l'Article 103 de la Charte des Nations Unies.

En général, la Convention de Vienne n'accorde pas suffisamment d'attention aux types spéciaux de traités et aux règles spéciales qui pourraient servir à les interpréter et à les appliquer. Il semble qu'il faille poursuivre les travaux sur la question. *Il est proposé d'indiquer comment les dispositions de la Convention de Vienne pourraient reconnaître la diversité des types de traités et les incidences normatives de ces différents types et s'il est possible d'énoncer des directives informelles sur la façon de régler les conflits de traités. On pourrait à cet effet étudier entre autres thèmes, les points suivants:*

- a) Il faudrait reconnaître davantage la différence des relations entre traités bilatéraux et traités multilatéraux;
- b) Il faudrait examiner plus avant le processus d'élaboration du droit international par la conclusion de traités multilatéraux tendant à définir des règles techniques bien précises. On pourrait à ce titre envisager une typologie de dispositions conventionnelles qui se prêtent à un traitement différent. Ces typologies pourraient opposer par exemple les dispositions «d'ordre programmatique» aux dispositions qui énoncent des droits subjectifs, et les dispositions prévoyant des règles impératives associées à une responsabilité formelle aux dispositions prévoyant des règles non contraignantes en vertu de régimes spéciaux de «responsabilité plus souple»;
- c) Il faudrait développer les notions de «traité-cadre» et de «traité d'application», surtout pour insister sur la spécificité de leurs relations (hiérarchiques) et de celles qui existent entre les institutions qu'ils mettent en place;
- d) Il faudrait mieux reconnaître la différence entre conventions multilatérales aux dispositions «bilatéralisables» et les autres (c'est-à-dire les traités de type «intégral» ou les traités énonçant des obligations de type «interdépendant» ou autres obligations de caractère «absolu»);
- e) Il faudrait développer ce qu'il faut entendre par obligations dues «à la communauté internationale dans son ensemble» (obligations *erga omnes*) ou à la «communauté des États parties dans son ensemble» (obligations *erga omnes partes*);
- f) La pratique récente a mis au point un large éventail de «clauses de conflit» types qui visent à éliminer ou gérer les conflits potentiels entre traités. Ces clauses sont souvent obscures ou ambivalentes. Que faut-il entendre par exemple par traités qui doivent être compris comme étant «complémentaires»?

2) Un droit de régimes

Une bonne partie de la présente étude mettait en évidence l'importance croissante des chaînes ou grappes de traités, notamment les relations entre traités-cadres et traités d'application. Dans la pratique, la fragmentation se traduit par le développement de réseaux de règles et d'instruments internationaux qui, à toutes fins utiles, d'interprétation notamment, sont traités

chacun comme un «tout» ou un «régime» unique. La présente étude a permis de discerner trois types de régimes spéciaux:

- a) Des ensembles spéciaux de règles secondaires de la responsabilité des États;
- b) Des ensembles spéciaux de règles et de principes concernant la gestion d'un problème donné;
- c) Des branches spéciales du droit international dotées de leurs propres principes, institutions et téléologie.

Ni la Convention de Vienne ni la pratique arbitrale ou judiciaire internationale n'ont jusqu'ici exposé clairement ces types spéciaux de «régimes». Il ressort cependant de la présente étude qu'un «régime» peut fonctionner dans les limites d'un traité formel, d'une série de traités et d'institutions formels, ou sur un mode plus largement «culturel». Les conflits entre règles *d'un même* régime sont différents et devraient probablement être traités différemment des conflits *entre* régimes. Les «régimes» peuvent aussi avoir des participants non gouvernementaux et représenter des intérêts non gouvernementaux, ce qui peut influencer sur leur interprétation et leur mise en œuvre. Les régimes reposent souvent sur une coordination administrative et une «complémentarité» dont le but est d'assurer des résultats optimaux. Si cela se justifie manifestement en ce qui concerne les dispositions conventionnelles qui sont rédigées en termes généraux ou «programmatoires», il semble que cela le soit moins dans le cas de dispositions qui prévoient des droits ou des obligations d'ordre subjectif dont le but est de garantir ces droits. Les organes saisis de revendications portant sur des droits peuvent ne pas toujours traiter correctement des différends concernant le fonctionnement des régimes. De même, lorsque des conflits surgissent entre des dispositions conventionnelles qui ont leur source dans des régimes différents, il faudrait prendre soin de ne pas appeler à statuer des organes exclusivement liés à l'un ou l'autre des régimes en conflit.

La Commission pourrait définir le rôle des régimes spéciaux selon l'un ou plusieurs de ces trois sens. À cette fin, elle pourrait examiner:

- a) Les types de régimes internationaux et transnationaux apparus suite à la mondialisation;

b) Le mode de fonctionnement autonome des régimes, dont les questions de formation et de fonctionnement des hiérarchies internes, les principes d'interprétation applicables aux instruments à l'origine de régimes, les types spécifiques de règles ou d'institutions nécessaires pour assurer le fonctionnement cohérent des régimes, etc.;

c) Le rôle du droit international (public) général dans les régimes, y compris pour résoudre les conflits d'interprétation et prévoir la mise en jeu de la responsabilité en cas de violation des règles du régime. On pourrait examiner les relations de droit privé et public, y compris les règles non contraignantes et autres dispositions non obligatoires de ces régimes;

d) De nombreuses dispositions de régimes de traités techniques ont un caractère exhortatoire, procédural ou «programmatique» qui contraste fortement avec les dispositions porteuses de droits ou obligations subjectifs. Alors que les premières peuvent facilement s'adapter en cas de conflits (ou faute de ressources), ces dernières ne sont pas si faciles à «équilibrer» ou «coordonner». Une étude des règles de régimes ne devrait pas négliger cette disparité du pouvoir normatif de règles de régimes particuliers;

e) Les conditions et les conséquences de l'échec des régimes. Que faut-il entendre d'abord par «échec d'un régime»? Quand les procédures de recours du droit général, normalement suspendues, deviennent-elles applicables?

f) L'ensemble des relations entre régimes n'est actuellement qu'un grand trou noir juridique. Quels principes de règlement des conflits appliquer pour traiter des conflits entre deux régimes ou entre instruments relevant de régimes différents?

g) Le règlement des différends au sein d'un même régime peut ne pas être soumis aux mêmes règles ou procédures que le règlement de différends entre régimes. Dans ce dernier cas, il est particulièrement nécessaire de veiller à la mise en jeu de mécanismes de règlement impartiaux.

3) Nature et fonctionnement du droit international général

Comme nous l'avons vu tout au long de la présente étude, la fragmentation se fait par rapport, et souvent par référence expresse, non seulement à la Convention de Vienne sur le droit des traités, mais aussi à ce qu'on appelle le «droit international général». Il n'existe toutefois

aucune définition autorisée ou uniforme de cette notion. Celle-ci englobe au moins le droit coutumier général ainsi que les «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Mais elle pourrait aussi renvoyer aux principes du droit international proprement dit et à la technique des analogies avec les droits internes, en particulier les principes de la procédure judiciaire (*audiatur et altera pars, in dubio mitius, l'estoppel, etc.*). Dans la pratique des tribunaux internationaux, dont l'Organe d'appel de l'OMC ou les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, il est constamment fait référence à différents types de «principes» tirés parfois du droit interne, parfois de la pratique internationale, mais souvent sans que leur valeur soit nettement définie.

Une bonne partie du «droit international général» a été étudiée à fond dans l'étude demandée par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en 1948 à Hersch Lauterpacht en vue de lancer les travaux de la Commission du droit international en matière de codification et de développement progressif du droit international⁶⁸³. En 1996, la Commission a analysé l'ampleur du développement progressif et de la codification à l'issue de près de 50 ans de travaux et, pour donner un aperçu des principaux domaines de droit international public général, a dressé un tableau général des sujets de droit international, divisés en 13 grands chapitres⁶⁸⁴. Quelles que soient les perspectives de «codification et de développement progressif» aujourd'hui, il semble aller de soi que le développement du droit international se fera principalement au sein de conférences et d'organisations spécialisées, sur la base de travaux préparatoires spécialisés, et aboutira à des régimes de traités complexes dotés de leurs propres dispositions et procédures institutionnelles. Les préoccupations suscitées par la fragmentation s'expliquent en partie par ces considérations.

⁶⁸³ Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international, A/CN.4/1 (publication des Nations Unies, numéro de vente: 48.V.1), réimprimé sous la cote A/CN.4/1/Rev.1 (publication des Nations Unies, numéro de vente: 48.V.1 1), paru également dans *International Law. Being the Collected Papers of Sir Hersch Lauterpacht*, vol. I (éd. par Elihu Lauterpacht, Cambridge University Press: Cambridge, 1970), p. 445 à 530.

⁶⁸⁴ *Annuaire... 1996*, vol. II (deuxième partie), par. 246 à 248 et annexe II.

Dans un environnement juridique de plus en plus spécialisé, il reste peu d'institutions pour parler la langue du droit international général, avec le souci de régler, au niveau universel, des relations qui ne sauraient se réduire à la poursuite d'intérêts spéciaux et qui vont au-delà de la coordination technique. La Commission du droit international est l'une de ces institutions. Les travaux de codification et de développement progressif qu'elle a menés à bien ont précisément cherché à faire la lumière sur la teneur du «droit international général», considéré comme un aspect de ce que l'on pourrait appeler une sorte de «sphère publique internationale». Le fait qu'il ait été possible dans la présente étude de dessiner une vue d'ensemble à partir de la Convention de Vienne montre que le droit international général répond aux préoccupations d'aujourd'hui non pas tant en termes de règles et de principes de fond – dont, après tout, une bonne partie ont déjà été codifiés – mais comme technique formelle d'argumentation. Il importe de noter que cette technique représente quelque chose de «général» dans un monde où les particularismes techniques prolifèrent.

Le passage à l'élaboration de traités spécialisés et la réduction du nombre de sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission du droit international montrent qu'il y a une limite à ce qui peut être fait en termes de codification et de développement progressif de règles universelles. À un moment ou un autre, on franchit le seuil où la généralité et l'abstraction nécessaires qui sont le prix à payer pour assurer la portée universelle du droit conventionnel, deviennent excessives. Sous l'étiquette règles «universelles», il arrive en fait souvent que s'élaborent des règles spécialisées à travers ce qui apparaît formellement comme la simple mise en œuvre de normes générales (mais totalement floues) au niveau local ou dans un domaine technique spécialisé. À ce stade, il faut appeler l'attention sur la façon dont le droit international général apparaît constamment dans la pratique des institutions régionales et spécialisées. C'est le droit international général qui fournit les rudiments d'une sphère publique internationale à partir de laquelle apprécier les intérêts spécialisés visés et les opérations techniques menées dans le cadre de régimes de traités spécifiques.

Il est donc proposé à la Commission de rechercher activement des moyens de «redire» le droit international général autrement que par la codification et le développement progressif – non pas pour le remplacer mais pour le compléter. Une telle entreprise pourrait s'intéresser en priorité aux points ci-après:

- a) Quelles sont les sources visées par la référence au «droit international général»?
- b) Comment le «droit international général» apparaît-il dans le droit des traités internationaux et dans la pratique des juridictions nationales et internationales, ainsi que dans d'autres organes internationaux chargés d'appliquer le droit?
- c) Dans quelle mesure, pour être couronné de succès, un travail «de codification et de développement progressif» nécessite-t-il aujourd'hui des études – menées à bien par la Commission du droit international – sur l'émergence et le fonctionnement spontané du droit international général?
