



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉE

A/CN.4/L.732/Add.2
16 juillet 2008

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Soixantième session
Genève, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2008

**PROJET DE RAPPORT DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
SUR LES TRAVAUX DE SA SOIXANTIÈME SESSION**

Rapporteuse: M^{me} Paula Escarameia

CHAPITRE V

Effets des conflits armés sur les traités

Additif

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes Page

- E. Texte des projets d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités adopté par la Commission en première lecture.....
2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs.....

**E. Texte des projets d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités
adopté par la Commission en première lecture**

2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs

16. Le texte des projets d'articles et commentaires y relatifs adopté par la Commission en première lecture à sa soixantième session est reproduit ci-après.

EFFETS DES CONFLITS ARMÉS SUR LES TRAITÉS

Article premier

Champ d'application

Les présents projets d'articles s'appliquent aux effets des conflits armés sur les traités entre États lorsque l'un des États au moins est partie au conflit armé.

Commentaire

1) L'article premier pose, comme point de départ de l'élaboration des projets d'articles, la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (la «Convention de Vienne») dont l'article 73 stipule notamment que les dispositions de la Convention ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité du fait de l'ouverture d'hostilités entre États¹. Ainsi, les présents projets d'articles s'appliquent aux effets des conflits armés sur les traités entre États.

2) Le libellé du projet d'article premier s'inspire de l'article premier de la Convention de Vienne. La proposition «lorsque l'un des États au moins est partie au conflit armé» qui figure à la fin de la phrase vise à indiquer que les projets d'articles doivent aussi envisager la situation d'États tiers parties à un traité avec un État impliqué dans un conflit armé. Les projets d'articles

¹ À sa quinzième session (1963), la Commission a conclu que le projet d'articles sur le droit des traités ne devait pas contenir de dispositions relatives aux effets de l'ouverture d'hostilités sur les traités, bien que cette question puisse soulever à la fois le problème de l'extinction des traités et celui de la suspension de leur application. Elle a estimé que l'étude de cette question comporterait inévitablement l'examen de l'effet des dispositions de la Charte relatives à la menace ou à l'emploi de la force sur la légitimité du recours auxdites hostilités; elle n'a pas pensé qu'il faille traiter cette question dans le contexte de ses travaux en cours sur le droit des traités. *Annuaire ... 1963*, vol. II, par. 14. L'article 73, réservant expressément le problème, a été ajouté à la Conférence.

envisagent donc trois situations: a) les relations conventionnelles entre deux États engagés dans un conflit armé; b) les relations conventionnelles entre un État engagé dans un conflit armé avec un autre État et un État tiers qui n'est pas partie au conflit; et c) l'effet d'un conflit armé interne sur les relations conventionnelles de l'État concerné avec les États tiers.

3) À la Sixième Commission de l'Assemblée générale, plusieurs délégations ont déclaré que les projets d'articles devraient s'appliquer aux traités qui sont appliqués à titre provisoire². Pour la Commission, la question peut être réglée par un renvoi aux dispositions de l'article 25 de la Convention de Vienne elle-même³. Il y a d'autres points délicats mais il ne convient pas d'élaborer ici les dispositions de la Convention de Vienne.

4) La question de l'effet sur les traités auxquels des organisations internationales sont parties n'a pas été envisagée dans les projets d'articles à ce stade. C'est pourquoi ils ne traitent pas de l'effet des conflits armés sur les traités auxquels des organisations internationales sont parties.

5) Du point de vue de sa structure, le présent projet d'articles est divisé en sept groupes: premièrement, les projets d'articles 1 et 2, relatifs au champ d'application et aux définitions, constituent une introduction. Deuxièmement, les projets d'articles 3, 4 et 5 contiennent les

² Voir observations des Pays-Bas (2005), A/C.6/60/SR.18, par. 40, et de la Malaisie (2006), A/C.6/60/SR.19, par. 48.

³ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331.

«Article 25
Application à titre provisoire

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

a) Si le traité lui-même en dispose ainsi; ou

b) Si les États ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.

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

dispositions essentielles, en ce qu'ils exposent les fondements sur lesquels reposent les projets d'articles, qui visent à favoriser la stabilité et la continuité juridiques. Ils reflètent une présomption de continuité des relations conventionnelles. Troisièmement, les projets d'articles 6 et 7 déduisent des principes de base énoncés aux articles 3 à 5 un certain nombre de propositions juridiques fondamentales. Ces projets d'articles ont un caractère d'exposé. Quatrièmement, les projets d'articles 8 à 12 portent sur divers aspects accessoires de l'extinction, du retrait et de la suspension, en s'inspirant des dispositions correspondantes de la Convention de Vienne. Enfin, les conflits armés ont une influence non seulement sur le droit des traités mais aussi dans d'autres domaines du droit international, y compris les obligations que la Charte des Nations Unies met à la charge des États. C'est pourquoi les projets d'articles 13 à 18 traitent de questions diverses relatives à ces relations au moyen, notamment, de clauses «sans préjudice» ou de sauvegarde.

Article 2

Définitions

Aux fins des présents projets d'articles:

- a)* L'expression «traité» s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière;
- b)* L'expression «conflit armé» s'entend d'un état de guerre ou d'un conflit qui implique des opérations armées susceptibles, de par leur nature ou leur ampleur, d'affecter l'application des traités entre les États parties au conflit armé ou entre un de ces États et un État tiers, indépendamment de toute déclaration de guerre formelle ou de toute autre déclaration faite par l'une quelconque ou l'ensemble des parties au conflit armé.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 2 définit deux expressions clefs utilisées dans les projets d'articles.
- 2) L'alinéa *a* définit le terme «traité» en reproduisant mot pour mot le texte de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne. Aucune distinction n'est faite entre traités bilatéraux et traités multilatéraux.

- 3) L'alinéa *b* définit le terme «conflit armé»; il s'agit d'une définition ad hoc aux fins du présent projet d'articles uniquement. Il ne s'agit pas de définir l'expression «conflit armé» aux fins du droit international en général, ce qui serait complexe et ne relève pas du sujet⁴.
- 4) Cette définition s'applique aux relations conventionnelles entre États parties à un conflit armé, ainsi qu'entre un État partie à un conflit armé et un État tiers. Le libellé de la disposition, en particulier les mots «entre un de ces États et un État tiers», vise à couvrir les effets d'un conflit armé qui peuvent varier selon les circonstances. C'est pourquoi cette définition englobe aussi le cas où le conflit armé n'affecte l'application du traité qu'à l'égard d'une des parties à celui-ci, et elle tient compte du fait qu'un conflit armé peut affecter les obligations de parties à un traité de différentes manières. Ces mots servent aussi à inclure dans le champ d'application du projet d'articles les effets éventuels d'un conflit armé interne sur les relations conventionnelles de l'État concerné par un tel conflit avec un autre État. L'accent est mis sur les effets sur l'application ou le fonctionnement du traité, non sur le traité lui-même.
- 5) Pour ce qui est de la condition d'intensité qu'impliquent les mots «susceptibles, de par leur nature ou leur ampleur, d'affecter», on a préservé une certaine souplesse pour tenir compte de la grande diversité des situations historiques. Ainsi, dans certains cas, on peut dire que le degré

⁴ Voir la résolution de 1985 de l'Institut de droit international intitulée «Les effets des conflits armés sur les traités», adoptée le 28 août 1985 à la session d'Helsinki – 1985:

«Article premier

Aux fins de la présente Résolution, on entend par “conflit armé” un état de guerre ou un conflit international qui impliquent des opérations armées susceptibles, de par leur nature ou leur ampleur, d'affecter l'application de traités entre les États parties au conflit armé ou entre les États parties au conflit armé ou des États tiers, indépendamment de toute déclaration formelle de guerre ou de toute autre déclaration faite par l'une quelconque ou l'ensemble des parties au conflit armé.».

Disponible à l'adresse http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1985_hel_03_fr.pdf. Il convient de noter que l'article 73 de la Convention de Vienne sur le droit des traités vise «l'ouverture d'hostilités entre États» et que dans le jugement *Le Procureur c. Duško Tadić*, le Tribunal indique qu'«... un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État». Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire n° IT-94-1A72, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias «DULE»*, Chambre d'appel, 2 octobre 1995, par. 70 (1994-1995), 1 ICTY JR 352, par. 70.

d'intensité est moins pertinent, dans le cas par exemple d'un conflit larvé dans une région frontalière qui, malgré sa faible intensité, affecte radicalement l'application des traités bilatéraux régissant le contrôle du trafic frontalier. D'autre part, il est aussi reconnu qu'il existe des situations historiques dans lesquelles un conflit armé, de par son ampleur et sa nature, affecte effectivement l'application des traités.

6) Il a aussi été jugé souhaitable d'inclure les situations impliquant un état de guerre en l'absence d'actions armées entre les parties⁵. Ainsi, la définition englobe l'occupation de territoire qui ne rencontre aucune résistance armée. Dans ce contexte, les dispositions de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé présentent un intérêt considérable. C'est ainsi que l'article 18 de ce texte dispose notamment:

«Article 18 – Application de la Convention

1. En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en temps de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'État de guerre n'est pas reconnu par une ou plusieurs d'entre elles.

2. La Convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire.».

7) Pour des raisons similaires, le projet d'articles s'applique aussi aux blocus, même en l'absence d'actions armées entre les parties⁶.

8) Les conflits armés contemporains ont brouillé la distinction entre conflits armés internationaux et internes. Le nombre des guerres civiles a augmenté et ces guerres sont statistiquement plus fréquentes que les conflits armés internationaux. De plus, nombre de ces «guerres civiles» comprennent des «éléments extérieures», par exemple l'appui et la

⁵ Voir A. McNair et A. D. Watts, *The Legal Effects of War*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1966) (4^e éd.), p. 2 et 3.

⁶ Ibid., p. 20 et 21.

participation à divers degrés d'autres États, la fourniture d'armes, la mise à disposition d'installations d'entraînement et de fonds, etc. Les conflits armés internes peuvent affecter l'application des traités autant, sinon plus, que les conflits armés internationaux. Les projets d'article portent donc également sur les effets des conflits armés internes sur les traités.

9) La définition du terme «conflit armé» ne distingue pas entre «conflit armé international» et «conflit armé interne» pour ne pas refléter des considérations factuelles ou juridiques dans le projet d'articles et ce faisant courir le risque d'interprétations *a contrario*.

Article 3

Caractère contingent de l'extinction ou de la suspension de l'application

Le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas nécessairement l'extinction des traités ni la suspension de leur application:

- a) Entre les États parties au conflit armé;
- b) Entre un État partie au conflit armé et un État tiers.

Commentaire

1) L'article 3 est d'une importance primordiale. Il pose le principe fondamental de la stabilité et la continuité juridiques. À cette fin, il reprend les dispositions clefs de la résolution de 1985 de l'Institut de droit international, en modifiant la situation juridique en faveur d'un régime établissant une présomption, à savoir que le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas en lui-même l'extinction du traité ou la suspension de son application. Dans le même temps, la Commission reconnaît qu'il n'est pas facile de concilier le principe de stabilité consacré à l'article 3 avec le fait qu'en pratique l'éclatement d'un conflit armé peut mettre fin à des obligations conventionnelles ou en suspendre l'application.

2) Ce libellé reprend l'article 2⁷ de la résolution adoptée par l'Institut de droit international en 1985. Un certain nombre d'ouvrages de doctrines ont défendu ce principe. On peut lire dans *Oppenheim's International Law* qu'«on estime assez généralement qu'en aucun cas la guerre

⁷ L'article 2 de la résolution de l'Institut se lit comme suit:

«Le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités en vigueur entre les parties au conflit armé, ni la suspension de leur application.».

n'annule tous les traités»⁸. Lord McNair, exprimant une opinion essentiellement britannique, déclare: «Il est ainsi clair que la guerre ne met pas fin par elle-même aux obligations conventionnelles qui existaient entre les belligérants avant qu'elle n'éclate.»⁹. Lors des travaux menés à l'Institut en 1983, Briggs a déclaré:

«Notre première règle – et la plus importante – est que le seul déclenchement d'un conflit armé (qu'il s'agisse d'une guerre déclarée ou non) n'annule pas *ipso facto* les traités en vigueur entre les parties au conflit ni n'en suspend l'application. Ceci est établi en droit international.»¹⁰.

3) La Commission s'est demandée s'il convenait de remplacer «nécessairement» par «automatiquement» pour rester plus près du titre de l'article en anglais, mais elle a décidé de ne pas le faire car «nécessairement» est plus proche de «*ipso facto*», l'expression que le Rapporteur spécial a utilisée dans sa proposition initiale, sur la base des articles 2 et 5¹¹ de la résolution adoptée par l'Institut de droit international.

4) Pour être plus en accord avec l'article 2, relatif au champ d'application, l'alinéa *a* vise les «États parties» au conflit armé et l'alinéa *b* l'application des traités entre «un État partie» au conflit armé et un État tiers.

5) La possibilité de faire figurer le retrait d'une partie parmi les conséquences du déclenchement d'un conflit armé avec la suspension de l'application et l'extinction à l'article 3

⁸ Hersch Lauterpacht (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, (Longman: 1948), p. 302.

⁹ A. Mc Nair, *The Law of Treaties*, (Oxford: Clarendon, 1961), p. 697.

¹⁰ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61 (I), p. 8 et 9; et voir également H. Briggs, *The Law of Nations*, (Londres: Stevens & Sons, 1953) (2^e éd.), p. 938.

¹¹ L'article 5 de la résolution de l'Institut est ainsi libellé:

Le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction ni la suspension de l'application des traités bilatéraux en vigueur entre une partie à ce conflit et des États tiers.

Le déclenchement d'un conflit armé entre des parties à un traité multilatéral n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction de ce traité ni la suspension de son application entre les autres parties contractantes ou entre celles-ci et les États parties au conflit armé.

a été envisagée mais rejetée, car le retrait implique une décision consciente de l'État, alors que l'article 3 traite de l'application automatique du droit.

Article 4

Indices de prédisposition des traités à l'extinction, au retrait d'une partie ou à la suspension de leur application

Pour déterminer la prédisposition d'un traité à l'extinction, au retrait d'une partie ou à la suspension de son application en cas de conflit armé, il est fait appel:

- a) Aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités; et
- b) À la nature et à l'ampleur du conflit armé, à l'effet du conflit armé sur le traité, à la teneur du traité et au nombre de parties au traité.

Commentaire

- 1) L'article 4 découle de la teneur de l'article 3. L'éclatement d'un conflit armé ne met nécessairement fin à l'application d'un traité ni ne la suspend. Il s'agit d'une autre disposition clef du projet d'articles.
- 2) Contrairement à l'article 3, l'article 4 prévoit dans son chapeau le retrait d'une partie parmi les possibilités ouvertes aux États parties à un conflit armé. L'évocation du retrait à l'article 4 crée un contexte approprié pour son inclusion dans des articles connexes postérieurs.
- 3) En ce qui concerne les *indices* énumérés aux alinéas *a* et *b*, il a été proposé de remplacer le mot «*indices*» par, entre autres termes, «facteurs» et «critères», mais la Commission a décidé de conserver «*indices*» pour ne pas donner à penser qu'il s'agit de conditions établies: il s'agit de simples indications de prédisposition qui seront pertinentes dans tel ou tel cas en fonction des circonstances.
- 4) Il est également entendu que les indices énumérés à l'alinéa *b* ne doivent pas être considérés comme exhaustifs. De fait, on se souviendra que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, visés à l'alinéa *a*, prévoient eux-mêmes un certain nombre d'indices à prendre en considération.

- 5) On s'est demandé si la question de la licéité de l'emploi de la force devait également être considérée comme un des facteurs à prendre en considération dans le cas de l'article 4, mais il a été décidé que la question serait réglée dans le contexte de l'application des articles 13 à 15.
- 6) On ne peut supposer que l'effet d'un conflit armé entre des parties au même traité sera le même que l'effet sur les traités entre une partie à un conflit armé et un État tiers.

Article 5

Application des traités dont la teneur implique qu'ils sont applicables

Dans le cas des traités dont la teneur implique qu'ils continuent de s'appliquer durant un conflit armé, la survenance d'un conflit armé n'empêche pas en elle-même leur application dans leur intégralité ou en partie.

Commentaire

- 1) L'article 5 est déclaratoire et concerne les cas où, en raison de la matière objet du traité, l'application de celui-ci ou de certaines de ses dispositions n'est pas affectée par le déclenchement d'un conflit armé. Il trouve son origine dans l'ancien projet d'article 7 proposé par le Rapporteur spécial, qui était ainsi libellé:

«Application des traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils sont applicables

1. Dans le cas des traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils continuent de s'appliquer durant un conflit armé, la survenance d'un conflit armé n'empêche pas en elle-même leur application.

2. Les traités de cette nature comprennent: [...]».

- 2) Le mot «nécessairement» qui qualifiait le verbe «impliquer» dans le texte original a été supprimé pour éviter toute contradiction avec l'article 4. De plus, l'expression «l'objet et le but» initialement utilisée a été remplacée par «la teneur» sur la recommandation du Groupe de travail. Le texte anglais a été affiné, le mot «*inhibit*» ayant été remplacé par «*affect*», qui correspond mieux à la terminologie utilisée dans les projets d'articles.

3) Le texte proposé par le Rapporteur spécial pour le projet d'article 7 comprenait une liste des catégories de traités dont la teneur impliquait nécessairement qu'ils restaient applicables durant un conflit armé. L'établissement d'une telle liste a suscité des divergences d'opinions aussi bien au sein de la Commission qu'à la Sixième Commission.

4) Lors du débat que la Commission a eu à sa session de 2005, le Rapporteur spécial a expliqué comme suit l'esprit général des dispositions du projet d'article 7:

«... [L]e projet d'article 7 portait sur les catégories de traités dont l'objet et le but impliquaient nécessairement qu'ils resteraient applicables pendant un conflit armé. Le paragraphe 1 énonçait le principe fondamental selon lequel la survenance d'un conflit armé n'empêche pas en elle-même l'application de ces traités. Le paragraphe 2 contenait une liste indicative de certaines catégories de traités concernés. On a fait observer que cette catégorisation avait pour effet de créer un ensemble de présomptions faibles et réfutables quant à l'objet et au but des traités de ce type, c'est-à-dire comme preuve de l'objet et du but du traité à l'effet qu'il survit à une guerre. Le Rapporteur spécial a précisé que s'il ne souscrivait pas à toutes les catégories énumérées dans la liste, il les avait toutes reprises pour que la Commission puisse les examiner. La liste tenait compte de la position de plusieurs générations d'auteurs et correspondait à des situations que l'on retrouvait dans la pratique des États, en particulier celle des États-Unis à partir de 1940. Quoique étroitement lié aux articles 3 et 4, le projet d'article était essentiellement déclaratif et pouvait dès lors être supprimé.»¹².

5) À la Sixième Commission, lors de la soixantième session de l'Assemblée générale, en 2005, la catégorisation a, par exemple, fait l'objet d'un commentaire soigneusement formulé du représentant des États-Unis:

«L'article 7 traite de l'application des traités du point de vue des implications – de leur objet et de leur but. De tous les projets d'article, il est le plus complet. Il mentionne 12 catégories de traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils continuent d'être applicables lors des conflits armés. Cette catégorisation des traités est problématique

¹² Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10* (A/60/10), par. 167.

car les traités ne rentrent pas automatiquement dans une des catégories citées. Il n'est également pas facile de classer des dispositions particulières car les termes utilisés pour des dispositions similaires et l'intention des parties peuvent varier d'un traité à l'autre. Il serait plus utile que la Commission énumère les facteurs qui permettraient de conclure qu'un traité – ou certaines de ses dispositions – demeure en vigueur, doit être suspendu ou doit s'éteindre en cas de conflit armé. La détermination de tels facteurs fournirait, dans bien des cas, une information et des orientations utiles aux États sur la manière de procéder.»¹³.

6) La Commission a ainsi décidé de faire figurer une telle liste dans une annexe du projet d'articles. Une annexe contenant une liste des catégories de traités dont la teneur implique qu'ils continuent de s'appliquer en tout ou en partie pendant un conflit armé est jointe au présent projet d'articles. Bien que l'accent soit mis sur les catégories de traités, il se peut très bien que seule la teneur de dispositions particulières du traité implique nécessairement le maintien en vigueur de ces dispositions. Il a de plus été décidé que la teneur du paragraphe 1 de l'ancien projet d'article 7, moyennant un remaniement, serait placée après l'article 4, en tant qu'article 5. Une proposition visant à en faire un paragraphe supplémentaire de l'article 4 a été rejetée au motif qu'une telle solution aurait affecté l'équilibre de l'article.

7) La liste est uniquement indicative et l'ordre dans lequel les catégories de traités y figurent n'implique aucune sorte de priorité. De plus, la Commission reconnaît que dans certains cas les catégories se recoupent et qu'il y aura des chevauchements. La Commission a décidé de ne pas faire figurer dans la liste de catégories renvoyant aux *jus cogens*. Cette catégorie n'est pas qualitativement comparable aux autres. Celles-ci se distinguent selon la matière, alors que le *jus cogens* traite de plusieurs matières. Il est entendu que les dispositions de l'article 5 sont sans préjudice de l'effet des principes ou règles relevant du *jus cogens*. Certains membres étaient néanmoins d'avis que les traités consacrant des normes du *jus cogens* constituaient une catégorie qui méritait de figurer dans la liste.

8) Le choix des catégories de traités repose en grande partie sur la doctrine, ainsi que sur la pratique des États. La Commission reconnaît qu'on ne doit pas s'attendre à un flux substantiel

¹³ Résumé dans A/C.6/60/SR.20, par. 34.

d'informations en provenance des États attestant leur pratique. De plus, il est extrêmement difficile de cerner la pratique pertinente des États dans ce domaine. Souvent, en effet, des exemples qui semblent à première vue pertinents concernent en fait des principes juridiques qui n'ont aucun rapport avec les effets des conflits armés sur les traités en tant que questions juridiques spécifiques. Ainsi, certains des exemples de pratique récente des États qui ont été cités se rapportent, pour l'essentiel, aux effets d'un changement fondamental de circonstances ou à la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible et ne sont, par conséquent, pas pertinents. Dans certains cas, comme celui des traités créant des régimes permanents, la pratique des États est fermement établie. D'autres catégories sont solidement étayées par la jurisprudence des tribunaux internes et par certains avis adressés à ceux-ci par l'exécutif, mais les catégories ne sont pas nécessairement étayées par la pratique au sens classique.

a) *Traités relatifs au droit des conflits armés, y compris les traités relatifs au droit international humanitaire*

9) Les sources reconnaissent inévitablement que les traités expressément applicables à la conduite d'hostilités ne sont pas affectés en cas de conflit armé. La pratique britannique est décrite comme suit par Lord McNair:

«Il est abondamment établi que les traités qui visent expressément à régler les relations entre les parties contractantes durant une guerre, y compris la conduite effective de la guerre, demeurent en vigueur en temps de guerre et n'ont pas besoin d'être remis en vigueur une fois la guerre terminée.»¹⁴.

¹⁴ Lord McNair, *The Law of Treaties*, (Oxford: Oxford University Press, 1961), p. 704.

«Il existait lorsque la Première Guerre mondiale a éclaté un certain nombre de traités (auxquels un ou plusieurs États neutres étaient parties) dont l'objet était de régler la conduite des hostilités, par exemple la Déclaration de Paris de 1856, et certaines des Conventions de La Haye de 1899 et 1907. On considérait que ces traités n'étaient pas affectés par la guerre et demeuraient en vigueur, et de nombreuses décisions de tribunaux britanniques des prises les invoquent. De plus, ils n'ont pas été spécifiquement remis en vigueur par les traités de paix ou en application de ceux-ci. Il est difficile de dire si ce résultat juridique est attribuable au fait que les parties contractantes comprenaient certains États neutres ou à la nature de ces traités, considérés comme source de règles générales de droit censées s'appliquer en temps de guerre, mais on estime que c'est cette dernière opinion qui était considérée comme la bonne. Si l'on veut des preuves attestant que les

10) Ce principe est généralement admis tant par la doctrine que dans la pratique des États. En 1963, le Conseiller juridique du Département de la défense des États-Unis, visant l'application en temps de guerre du Traité d'interdiction des essais nucléaires, a déclaré ce qui suit¹⁵:

«J'estime, et le Conseiller juridique du Département d'État partage cette opinion, que ce traité ne peut légitimement être interprété ainsi.».

Il poursuivait:

«... Il convient de noter qu'il est de pratique courante dans les traités interdisant l'emploi de certaines armes ou certains actes en temps de guerre d'indiquer expressément qu'ils s'appliquent en temps de guerre, afin d'empêcher l'application de la règle selon laquelle la guerre peut suspendre l'application des traités ou les annuler entre les parties belligérantes (voir *Karnuth v. United States*, 279 U.S. 231, 236 à 239; *Oppenheim's International Law*, vol. II, 7^e éd., p. 302 à 306)¹⁶...

Conventions de La Haye étaient considérées par le Gouvernement du Royaume-Uni comme en vigueur après que la paix eut été conclue, on les trouve dans les nombreux renvois à ces conventions dans les listes britanniques annuelles d'«adhésions, retraits, etc.» publiées ces dernières années dans le Recueil des traités britannique [*British Treaty Series*], dans la dénonciation en 1925 par le Royaume-Uni de la Convention VI de La Haye de 1907. De même, en 1923, le Gouvernement du Royaume-Uni a répondu à un gouvernement étranger qui lui demandait s'il considérait la Convention de Genève du 6 juillet 1906 relative à la Croix-Rouge comme en vigueur entre les ex-puissances alliées et les ex-puissances ennemies, que pour le Gouvernement de Sa Majesté, cette convention, faisant partie d'une catégorie de traités dont l'objet était de réglementer la conduite des belligérants en temps de guerre, n'était pas affectée par le déclenchement de la guerre.».

¹⁵ Whiteman, *Digest of International Law*, vol. XIV, p. 509 et 510.

¹⁶ Voir par exemple: «Déclaration concernant l'usage de certains projectiles en temps de guerre (Saint-Pétersbourg, 29 novembre-11 décembre 1868); Déclaration concernant l'interdiction de l'emploi de projectiles répandant des gaz asphyxiants ou délétères, La Haye, 29 juillet 1899; Déclaration concernant l'interdiction de l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain (balles dum-dum), La Haye, 29 juillet 1899; Convention internationale concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1899; Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, Genève, 17 juin 1925;

En l'espèce, il n'y a pas de disposition interdisant expressément l'emploi d'armes nucléaires en temps de guerre; on doit donc supposer qu'une telle interdiction n'existe pas.».

11) Certains membres de la Commission se sont demandé si cette catégorie était nécessaire puisque l'article 7 disposait que les traités qui le prévoyaient continuaient de s'appliquer dans les situations de conflit armé. Comme on l'a déjà dit, la liste n'est qu'indicative. De plus, la présente rubrique est plus large que la catégorie des traités expressément applicables durant les conflits armés. Elle englobe d'une manière générale les traités relatifs au droit des conflits armés, notamment les traités de droit international humanitaire. En 1785 déjà, l'article 24 du traité d'amitié et de commerce entre la Prusse et les États-Unis d'Amérique disposait expressément que la guerre n'avait aucun effet sur ses dispositions de droit humanitaire¹⁷. De plus, le *Third Restatement of the Law*, tout en rappelant qu'en droit international classique le déclenchement d'une guerre entre des États mettait fin aux accords les liant ou en suspendait l'application, reconnaît que «les accords régissant la conduite des hostilités subsistaient, puisqu'ils étaient conçus pour être appliqués en temps de guerre...»¹⁸. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a jugé que «comme dans le cas des principes du droit humanitaire applicables dans les conflits armés, le droit international ne laisse aucun doute quant au fait que le principe de neutralité, quel qu'en soit le contenu et parce qu'il présente un caractère fondamentalement semblable à celui des principes et règles humanitaires, s'applique (sous réserve des dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies) à tous les conflits armés internationaux, quel que soit le type d'arme utilisé»¹⁹.

Conventions de Genève de 1949 relatives aux blessés ou malades (art. 2), aux prisonniers de guerre (art. 2) et aux civils (art. 2);...».

¹⁷ Traité d'amitié et de commerce conclu par la Prusse et les États-Unis d'Amérique à La Haye, art. 24 (10 sept. 1785), cité dans H. W. Verzijl (dir. publ.), *International Law in Historical Perspective* (Leyden, Sijthoff, 1973), p. 371.

¹⁸ American Law Institute, *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, par. 336 e) (1987).

¹⁹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, par. 89 (8 juillet 1996).

12) Quoi qu'il en soit, l'implication de continuité n'affecte pas l'application du droit des conflits armés en tant que *lex specialis* applicable aux conflits armés. L'identification de cette rubrique n'envisage pas les nombreuses questions qui peuvent se poser en relation avec l'application de ce droit. Elle n'est pas non plus déterminante quant aux conclusions à tirer sur l'applicabilité des principes et règles du droit humanitaire dans certains contextes.

- b) *Traités déclarant, créant ou réglementant un régime ou statut permanent ou des droits permanents connexes, y compris les traités établissant ou modifiant des frontières terrestres ou maritimes*

13) Plusieurs générations d'auteurs reconnaissent qu'un conflit armé n'abroge pas les traités déclarant, créant ou réglementant des droits permanents ou un régime ou statut permanent, ni n'en suspend l'application. Les accords en cause sont notamment des accords portant cession de territoires, les traités d'union, les traités neutralisant une partie du territoire d'un État, les traités créant ou modifiant des frontières, et les traités créant des droits exceptionnels d'utilisation ou d'accès en ce qui concerne le territoire d'un État.

14) Il existe une pratique des États confirmant que de tels accords ne sont pas affectés par le déclenchement d'un conflit armé. McNair décrit la pratique britannique en la matière²⁰ et Tobin affirme que d'une manière générale la pratique correspond à la doctrine²¹. Lors de l'arbitrage dans l'affaire des *Pêcheries côtières de l'Atlantique Nord*, le Gouvernement britannique affirmait que les droits que les États-Unis tiraient du Traité de 1783 en matière de pêcheries avaient été abrogés par la guerre de 1812. Le Tribunal ne l'a pas suivi et a déclaré: «Le droit international moderne considère qu'un grand nombre d'obligations conventionnelles ne sont pas annulées par la guerre mais tout au plus suspendues.»²².

²⁰ McNair, *Law of Treaties*, op. cit., p. 704 à 715.

²¹ H. J. Tobin, *The Termination of Multipartite Treaties*, (New York: Columbia University Press, 1933), p. 137 et suiv.

²² *Pêcheries côtières de l'Atlantique Nord* (Grande-Bretagne/États-Unis), sentence datée du 7 septembre 1910, p. 181, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 167. Voir également Parry, *British Digest*, vol. 2B, 1967, p. 585 à 605.

15) De même, dans l'affaire *Meyer's Estate*, une cour d'appel des États-Unis s'est prononcée sur le caractère permanent des dispositions des traités se rapportant à des territoires – à savoir les traités «transitoires» ou dits de disposition – déclarant que «la jurisprudence semblerait unanime à dire que l'application des traités dits de disposition, en tout ou en partie, n'est en rien incompatible avec la politique du gouvernement, la sûreté de la nation, ou le recours à la guerre. Ces dispositions sont compatibles avec l'état de guerre, qui ne les abroge pas.»²³.

16) Les auteurs souscrivant à cette proposition sont notamment Hall²⁴, Hurst²⁵, Oppenheim²⁶, Fitzmaurice²⁷, McNair²⁸, Rousseau²⁹, Guggenheim³⁰, Daillier et Pellet³¹, Aust³², Tobin³³, Delbrück³⁴, Stone³⁵, et Gialdino³⁶.

²³ 107 cour d'appel 2d 799, 805 (1981).

²⁴ William Edward Hall, *A Treatise on International Law*, A. Pearce Higgins (dir. publ.), (Clarendon: Oxford University Press, Humphrey Milford Publisher to the University, 1924) 8^e éd., p. 456 et 457.

²⁵ Cecil J. B. Hurst, «Effect of War on Treaties» *BYbIL*, vol. 2 (1921-1922), p. 37 à 47.

²⁶ Lassa Oppenheim (H. Lauterpacht (dir. publ.) *International Law*, vol. II, (Londres: Longmans, Green & Co., 1948), 7^e éd., p. 304.

²⁷ G. G. Fitzmaurice, «The Juridical clauses of the peace treaties», *Recueil des cours...*, vol. 73 (1948-II), p. 312 et 313.

²⁸ McNair, *Law of Treaties*, op. cit., p. 704 à 710 et 720.

²⁹ Charles Rousseau, *Droit international public*, tome I, (Paris: Sirey, 1970), p. 223.

³⁰ Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, tome I, (Genève, Librairie de l'Université, 1967), p. 241 et 242.

³¹ Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, (Paris: L. G. D. J., 2003), 7^e éd., p. 309.

³² Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), p. 244.

³³ Tobin, p. 50 à 69.

³⁴ Jost Delbrück, «War Effect on Treaties», dans Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, 2000, p. 1370.

17) Le recours à cette catégorie crée toutefois certains problèmes. En particulier, les traités de cession et autres traités affectant un territoire de manière permanente créent des droits permanents. Comme l'a fait observer Hurst: «Ce sont les droits acquis découlant des traités qui sont permanents, non les traités eux-mêmes.»³⁷. En conséquence, si de tels traités sont exécutés, ils ne peuvent être affectés par un conflit armé opposant ultérieurement les parties.

18) Une autre source de difficultés tient au fait que les limites de la catégorie sont dans une certaine mesure incertaines. Trois domaines d'activité posent problème. Le premier est l'utilisation de traités comme garantie. Il s'agit d'un vaste sujet³⁸ et il est clair que l'effet d'un conflit armé dépendra de l'objet et du but précis du traité de garantie. Les traités visant à garantir un état de choses permanent, comme la neutralité permanente d'un territoire, ne seront pas abrogés par un conflit armé. Ainsi, comme le fait observer McNair, «les traités créant et garantissant la neutralité permanente de la Suisse, de la Belgique ou du Luxembourg sont assurément politiques mais ils n'ont pas été abrogés par le déclenchement de la guerre parce qu'il est clair que leur objet était de créer un régime ou statut permanent»³⁹.

19) Un certain nombre d'auteurs rangent dans la catégorie des traités créant des droits ou un statut permanents les accords relatifs à l'octroi de droits réciproques aux nationaux et à l'acquisition de la nationalité. Il faut toutefois, dans une certaine mesure, distinguer ces traités de ceux portant cession de territoire ou relatifs à des frontières s'agissant des raisons pour lesquelles on considère qu'ils ne sont pas susceptibles d'abrogation. Ils sont donc plus à leur place dans la

³⁵ Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, (New York: Rinehart & Company, 1959), édition révisée, p. 448.

³⁶ Agostino Curti Gialdino, *Gli Effetti della Guerra sui Trattati*, (Milan: Dott. A. Giuffrè, 1959), p. 240 et 245.

³⁷ Hurst, «Effect of War on Treaties», op. cit., p. 46. Voir également Fitzmaurice, «The Juridical clauses of the peace treaties», op. cit., p. 313 et 314, et 317.

³⁸ Voir Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, VI, 1973, p. 457 à 459; Tobin, op. cit., 1933, p. 55 à 69; Georg Ress, «Guarantee Treaties», Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, p. 934 à 937; McNair, op. cit., 1961, p. 239 à 254.

³⁹ McNair, op. cit., p. 703.

catégorie plus large des traités d'amitié, de commerce et de navigation et autres accords régissant des droits privés. Cette catégorie est examinée ci-après.

20) Lorsqu'ils ont réglementé le droit des traités, la Commission et les États ont dans une certaine mesure reconnu un statut particulier aux traités établissant une frontière. Le paragraphe 2 a) de l'article 62 de la Convention de Vienne dispose qu'un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer s'il s'agit d'un traité établissant une frontière. On a considéré que ces traités constituaient une exception à la règle, sans quoi, au lieu d'être un instrument d'évolution pacifique, la règle pourrait devenir la cause de dangereux froissements⁴⁰. La Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités retient la même solution s'agissant de la permanence des traités frontaliers, en ce qu'elle dispose, en son article 11, qu'«[u]ne succession d'États ne porte pas atteinte en tant que telle à une frontière établie par un traité, ni aux obligations et droits établis par un traité et se rapportant au régime d'une frontière...»⁴¹. Bien que ces exemples ne relèvent pas directement de la question des effets des conflits armés sur les traités, ils n'en montrent pas moins que ces types d'arrangements ont un statut spécial.

c) *Traités d'amitié, de commerce et de navigation et accords analogues concernant des droits privés*

21) Ces traités constituent une catégorie très importante de conventions internationales et annoncent les traités bilatéraux plus récents concernant les investissements. La nomenclature est diverse et ces traités sont souvent appelés traités d'établissement ou traités d'amitié. Ils ne doivent pas être confondus avec les traités commerciaux ordinaires. Un nombre respectable d'auteurs considèrent que les traités d'amitié, de commerce et de navigation (ou d'établissement)

⁴⁰ Paragraphe 11 du commentaire de la Commission relatif au projet d'article 59 [art. 62 de la Convention de Vienne] (*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence*, p. 85). L'exception à la règle du changement fondamental de circonstances en faveur des traités établissant une frontière, bien qu'ayant rencontré l'opposition de plusieurs États, a été approuvée par une très grande majorité des États à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités.

⁴¹ Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1946, p. 3.

ne sont pas abrogés par un conflit armé, et notamment Hurst⁴², Tobin⁴³, McNair⁴⁴, Fitzmaurice⁴⁵ et Verzijl⁴⁶.

22) Cette catégorie de traités comprend d'autres traités relatifs à l'octroi de droits réciproques aux nationaux résidant sur le territoire des parties contractantes concernées, notamment les droits d'acquérir des biens immobiliers, de céder de tels biens et d'en hériter⁴⁷. Sont associés à cette catégorie les accords concernant l'acquisition et la perte de la nationalité et d'autres questions d'État, y compris le mariage et la tutelle⁴⁸.

23) La raison de principe pour laquelle un statut particulier est accordé à cette catégorie de traités est essentiellement le souci de la sécurité juridique des nationaux et des autres intérêts privés en jeu, associé à la condition de réciprocité. En d'autres termes, il n'y a aucune raison impérieuse pour que le déclenchement d'un conflit armé détruise un statu quo mutuellement avantageux. Il n'est donc pas surprenant que la pratique des États confirmant que ces traités ne sont pas abrogés en cas de conflit armé soit abondante.

24) En 1931, le Gouvernement suisse, c'est-à-dire le Département fédéral de la justice et de la police, n'a pas admis que des traités d'établissement et de commerce puissent être abrogés

⁴² Hurst, op. cit., *Law*, vol. 2 (1921-1922), p. 43 et 44.

⁴³ Tobin, *The Termination of Multipartite Treaties*, 1933, p. 82 à 87.

⁴⁴ McNair, *Law of Treaties*, 1961, p. 713 à 715 et 718 et 719.

⁴⁵ Fitzmaurice, *Recueil des Cours*, vol. 73 (1948, II), p. 314 et 315.

⁴⁶ Verzijl, op. cit., p. 382 à 385. Voir également l'Étude du Secrétariat (A/CN.4/550), par. 37 à 46. On peut lire au paragraphe 46 de cette étude qu'il existe de nombreux précédents aux États-Unis d'Amérique, appuyés par la jurisprudence en Grande-Bretagne, qui établissent que les conventions de réciprocité en matière de successions demeurent en vigueur en temps de conflit armé. Cette position est conforme à la thèse largement défendue par de nombreux tribunaux et auteurs, selon laquelle les traités compatibles avec la politique nationale en période de conflit armé doivent être maintenus en vigueur dans la mesure où ils portent exclusivement sur des droits subjectifs. Or, la Cour de cassation française est arrivée à la conclusion inverse, et la question n'est donc pas réglée en droit international.

⁴⁷ Voir McNair, op. cit., p. 711; Fitzmaurice, op. cit., p. 315; Verzijl, p. 382 à 385; Étude du Secrétariat, p. 37 à 46 et 67 et 76; *Oppenheim's International Law*, op. cit., p. 304.

⁴⁸ Voir McNair, op. cit., p. 714; et Verzijl, op. cit., p. 385.

ou leur application suspendue dans les relations entre un belligérant et un État neutre⁴⁹.

Lors des négociations pertinentes, la position du Gouvernement britannique était à l'opposé de celle de la Suisse. La pratique des États-Unis, quant à elle, a été influencée par certaines décisions judiciaires, et son évolution – au sens où un traité reste en vigueur bien qu'une guerre ait éclaté – est illustrée dans une lettre adressée à l'Attorney général par le Secrétaire d'État par intérim, M. Grew⁵⁰:

⁴⁹ *Répertoire suisse de droit international public*, p. 188 à 191.

⁵⁰ Whiteman, *Digest of International Law*, vol. XIV, p. 495 à 497.

«En 1945, l'Attorney général Biddle a demandé au sujet des procès concernant les successions dans lesquelles le Gardien des biens des étrangers (Alien Property Custodian) a regroupé les intérêts des nationaux allemands, si le Département d'État considérerait comme le Département de la justice que les dispositions des articles I et IV du Traité d'amitié, de commerce et consulaire du 8 décembre 1923 qui liait les États-Unis à l'Allemagne (United States Treaty Series 725; 44 United States Statutes at Large 2132; Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 52, p. 157) n'avaient pas été abrogées par la guerre mais étaient toujours en vigueur. Dans sa réponse datée du 21 mai 1945 à l'Attorney général, le Secrétaire d'État par intérim, M. Grew, déclarait ce qui suit:

“L'article premier du Traité a un large champ d'application, et confère aux ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes le droit de pénétrer et de résider dans les territoires de l'autre partie, le droit d'y exercer diverses activités professionnelles, d'y posséder ou d'y louer des immeubles et des terrains, et de ne faire l'objet d'aucune discrimination, qu'il s'agisse de la fiscalité, de l'accès aux tribunaux ou de la protection de leur personne et de leurs biens. L'article IV concerne la disposition des biens immobiliers et mobiliers et les successions.”.

Il semble que le droit relatif aux effets de la guerre sur les traités n'est pas bien clair ni bien établi... [Suivent des mentions et des citations des affaires *Karnuth c. United States*, 279 U.S. 231, 236 (1929), *Techt c. Hughes*, 229 N.Y., p. 240 (1920), 128 N.E., p. 191 (1920), saisine refusée 254 U.S. 643 (1920), et *Sophie Rickmers*, 45 Fed. 2d 413 (S.D.N.Y. 1930).]

...

Si on applique les principes énoncés dans ces décisions à l'article premier du Traité de 1923 avec l'Allemagne, on peut douter sérieusement que certaines des dispositions de cet article soient actuellement en vigueur (par exemple celles qui concernent l'entrée aux États-Unis ou le droit d'y exercer certains métiers). Par contre, il ne semble pas y avoir de raison de considérer que l'article IV ne s'applique plus parce que la guerre a éclaté.

Une disposition figurant dans un traité conclu avec l'Empire austro-hongrois et comparable à l'article IV a été jugée applicable en temps de guerre dans l'affaire *Techt c. Hughes, supra*, ...

Cette jurisprudence a été suivie dans l'affaire *State ex rel. Miner c. Reardon* [120 Kans. 614, 245, Pac. 158 (1926)] ... La Cour suprême du Nebraska a abouti à la même conclusion dans l'affaire *Goos c. Brocks* [117 Neb. 750 (1929), 223 N.W. 13 (1929)], ...

Si en l'espèce la disposition conventionnelle est quelque peu différente de celle examinée dans l'affaire *Karnuth*, il convient de noter que dans cette dernière, la Cour suprême a déclaré: "Il semble assez généralement admis qu'au moins les dispositions conventionnelles ci-après demeurent en vigueur: ... dispositions donnant aux nationaux ou sujets de l'une des Hautes Parties contractantes le droit de continuer à posséder et à transmettre des biens fonciers sur le territoire de l'autre..."

Bien que le Secrétaire d'État Lansing ait écrit le 10 septembre 1918 que le Département d'État ne considérait pas que les stipulations conventionnelles relatives aux droits de disposer et de léguer des biens immobiliers eussent été en vigueur durant la guerre entre l'Allemagne et l'Empire austro-hongrois, ... cette déclaration a été faite avant que les décisions judiciaires susvisées ne soient rendues et que l'approche que traduit cette jurisprudence ait été si clairement adoptée par les tribunaux. Une tendance à considérer plus souvent qu'auparavant que les dispositions conventionnelles demeurent en vigueur en temps de guerre semble se faire jour. Nous estimons que la déclaration du Secrétaire d'État Lansing n'exprime pas l'opinion qui serait aujourd'hui celle du Département.

On notera que les tribunaux de ce pays semblent avoir adopté une position quelque peu plus favorable au maintien en vigueur des dispositions conventionnelles en temps de guerre que de nombreux publicistes. Il semble exister parmi les auteurs modernes une préférence pour l'opinion selon laquelle "l'élément qui détermine la réponse à la question de savoir si tel ou tel traité est oui ou non abrogé par l'éclatement d'une guerre entre les Parties doit être recherché dans l'intention des parties au moment où elles ont conclu le traité plutôt que dans la nature de la disposition conventionnelle elle-même". (Sir Cecil Hurst, «The Effective of War on Treaties», 1921-1922, *British Yearbook of International Law*, p. 47). Voir également C. C. Hyde, *International Law* (2^e éd., 1945), vol. II, p. 1546 et suiv.; Harvard Research in International Law, *Law of Treaties*, 29 *American Journal of International Law*, Supp. (1953), p. 1183 et suiv. Rien ne semble indiquer quelle était réellement l'intention à cet égard lorsque le traité a été conclu avec l'Allemagne en 1923. Toutefois, compte tenu de la décision rendue récemment dans l'affaire *Techt c. Hughes (supra)*, il n'est pas déraisonnable de supposer qu'une disposition comme l'article IV du traité de 1923 devrait rester en vigueur en temps de guerre.

Compte tenu de ce qui précède, le Département ne voit aucune objection à la position que vous défendez, à savoir que l'article IV du traité conclu le 8 décembre 1923 avec l'Allemagne demeure en vigueur bien que la guerre ait éclaté.»

Lettre adressée par le Secrétaire d'État par intérim (Grew) à l'Attorney général (Biddle) le 21 mai 1945, Département d'État, dossier 740.00113 EW/4-1245.

25) En 1948, la position ainsi adoptée a été confirmée par le Conseiller juridique par intérim, Jack B. Tate, dans les termes suivants⁵¹:

«Dans une lettre datée du 21 mai 1945 et adressée par le Secrétaire d'État par intérim à l'Attorney général, le Département d'État expose son opinion en ce qui concerne le maintien en vigueur malgré la guerre de l'article IV du traité susmentionné. Dans l'affaire *Clark c. Allen* (1947), 91 L. Ed., pages 1633 et 1641 à 1643, la Cour suprême a décidé que les dispositions de l'article IV du traité de 1923 avec l'Allemagne concernant l'acquisition, la disposition et l'imposition de biens immobiliers demeuraient en vigueur pendant la guerre. Le Département relève qu'habituellement, comme l'indique la décision *Clark c. Allen* et d'autres décisions de la Cour suprême des États-Unis, on s'attache à déterminer s'il existe ou non entre la disposition conventionnelle en cause et le maintien de l'état de guerre, une incompatibilité telle qu'il est clair que cette disposition ne doit pas être appliquée.

En ce qui concerne les biens acquis en 1941 à San Francisco par le Gouvernement allemand à des fins consulaires, les dispositions applicables du traité de 1923 avec l'Allemagne sont celles du deuxième paragraphe de l'article XIX... Le Département d'État considère que l'effet juridique de ces dispositions n'a pas été modifié par le déclenchement de la guerre entre les États-Unis et l'Allemagne. Cette opinion est totalement conforme à la politique suivie depuis longtemps par le Gouvernement des États-Unis, aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre, en ce qui concerne les biens appartenant au gouvernement d'un pays et situés sur le territoire d'un autre pays. Le Gouvernement des États-Unis s'est toujours efforcé d'accorder aux biens des gouvernements étrangers situés sur un territoire relevant de la juridiction des États-Unis d'Amérique la reconnaissance normalement accordée à de tels biens en droit international et de respecter scrupuleusement les droits pouvant être garantis à de tels biens par un traité. De la même manière, le Gouvernement des États-Unis a été tout aussi diligent s'agissant d'exiger que les gouvernements étrangers accordent cette reconnaissance et ces droits aux biens des États-Unis sis sur leurs territoires.

⁵¹ Whiteman, *Digest of International Law*, vol. XIV, p. 502 et 503; lettre datée du 10 novembre 1948 adressée à l'Attorney général.

L'histoire du traitement accordé par le Gouvernement des États-Unis aux biens diplomatiques et consulaires allemands aux États-Unis après le déclenchement de la guerre entre les États-Unis et l'Allemagne peut être pertinente à cet égard.

...

À la lumière de ce qui précède, le Département d'État ne voit aucune objection à la position qui est celle du Bureau des biens étrangers, à savoir que les dispositions du deuxième paragraphe de l'article XIX du traité signé le 8 décembre 1923 avec l'Allemagne demeurent en vigueur malgré la guerre entre les États-Unis et l'Allemagne.».

26) Cette position est reflétée dans les décisions des tribunaux internes de plusieurs États, mais la jurisprudence n'est en aucune manière constante⁵².

27) La jurisprudence de la Cour internationale de Justice en la matière n'est pas hostile aux positions juridiques exposées ci-dessus. Toutefois, la Cour n'a pas examiné la question des effets des conflits armés sur la validité ou la suspension dans l'affaire du *Nicaragua*⁵³. De plus, la Cour n'a rien conclu quant à l'existence ou l'inexistence d'un «conflit armé» entre les parties⁵⁴. On se souviendra que les États-Unis entretenaient toujours des relations diplomatiques avec le Nicaragua et qu'il n'y avait pas eu de déclaration de guerre ou conflit armé.

28) La décision de la Cour dans l'*Affaire des plates-formes pétrolières*⁵⁵ reposait également sur l'hypothèse que le traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires signé en 1955 demeurait en vigueur. La pertinence de ces décisions est affectée par le fait que ce traité d'amitié était demeuré en vigueur⁵⁶. Ceci n'avait pas été contesté par les parties.

⁵² Rank, *Cornell Law Quarterly*, vol. 38 (1952-1953), p. 511 à 533; Whiteman, *Digest of International Law*, XIV, septembre 1970, p. 497 à 505; Verzijl, op. cit., VI, 1973, p. 377 à 385.

⁵³ *C.I.J. Recueil 1984*, p. 426 à 429.

⁵⁴ Étude du Secrétariat, par. 69 à 74.

⁵⁵ Arrêt du 6 novembre 2003. Voir également l'arrêt rendu dans l'*Affaire des plates-formes pétrolières (exception préliminaire)*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 803.

⁵⁶ Voir l'arrêt sur les exceptions préliminaires, *C.I.J. Recueil 1996*, par. 15.

29) De plus, on peut dire sans crainte de se tromper que la catégorie de traités à l'examen comprend les traités bilatéraux relatifs aux investissements. Comme le fait observer Aust, l'objet de tels accords est la protection mutuelle des nationaux des parties⁵⁷.

d) *Traités pour la protection des droits de l'homme*

30) La doctrine s'intéresse très peu aux effets des conflits armés sur les traités pour la protection des droits de l'homme. Ceci s'explique assez facilement. Une grande partie de la doctrine pertinente est antérieure à l'apparition des normes relatives aux droits de l'homme à l'ère de la Charte des Nations Unies. De plus, les spécialistes des droits de l'homme ont tendance à négliger les problèmes techniques. La résolution adoptée en 1985 par l'Institut de droit international contenait la disposition suivante (art. 4):

«L'existence d'un conflit armé n'autorise pas une partie à mettre fin unilatéralement aux dispositions d'un traité relatives à la protection de la personne humaine, ni à en suspendre l'application, à moins que le traité n'en dispose autrement.».

L'article 4 a été adopté par 36 voix contre zéro, avec 2 abstentions⁵⁸.

31) L'utilisation de la catégorie des traités visant à protéger les droits de l'homme peut être considérée comme une extension naturelle du statut accordé aux traités d'amitié, de commerce et de navigation et aux accords analogues concernant des droits privés, notamment les traités bilatéraux relatifs aux investissements. Il existe également une relation étroite entre les traités visant à protéger les droits de l'homme et les traités créant un régime territorial et, ce faisant, énonçant des normes protégeant les droits de l'homme de l'ensemble de la population, ou instituant un régime applicable aux minorités, ou d'autonomie locale.

⁵⁷ Voir Aust, op. cit., p. 244.

⁵⁸ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61 (II), p. 219 à 221.

32) L'application des traités relatifs aux droits de l'homme en période de conflit armé est décrite comme suit dans l'Étude du Secrétariat:

«Même si la question de savoir si les traités relatifs aux droits de l'homme s'appliquent aux conflits armés demeure controversée, il est acquis que les dispositions non susceptibles de dérogation des traités relatifs aux droits de l'homme s'appliquent pendant les conflits armés. Premièrement, la Cour internationale de Justice a estimé, dans son avis consultatif sur les armes nucléaires, que «la protection offerte par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre si ce n'est par l'effet de l'article 4 du Pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument». C'est à l'occasion de cet avis que la Cour a effleuré la question des effets des conflits armés sur les traités, en s'arrêtant notamment sur leurs effets sur les traités relatifs aux droits de l'homme et les traités relatifs à l'environnement. Deuxièmement, la Commission du droit international a déclaré dans son commentaire sur les articles relatifs à la responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites que, même si le droit naturel de la légitime défense peut justifier la non-applicabilité de certains traités, “[s’]agissant des obligations résultant du droit international humanitaire et des dispositions relatives aux droits de l'homme non susceptibles de dérogation, l'illicéité d'un comportement n'est pas exclue par la légitime défense”. Enfin, les auteurs s'accordent également à dire que les dispositions impératives concernant les droits de l'homme trouvent application en période de conflit armé. Ces dispositions ayant valeur de normes de *jus cogens*, on pourrait voir dans leur application en période de conflit armé le corollaire de la règle évoquée à la section 4 ci-dessus, à savoir que les dispositions conventionnelles ayant valeur de normes de *jus cogens* doivent être respectées même en cas de déclenchement d'un conflit armé.»⁵⁹.

33) Cette description illustre les problèmes que soulève l'applicabilité des normes en matière de droits de l'homme en cas de conflit armé⁶⁰. La tâche de la Commission n'est pas d'examiner de telles questions de fond mais d'étudier les effets des conflits armés sur l'application ou

⁵⁹ Étude du Secrétariat, par. 33 (les notes de bas de page ont été omises).

⁶⁰ Voir en outre Prévost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, 2002.

la validité de traités particuliers. À cet égard, le critère de la dérogabilité ne peut être retenu, parce que la dérogabilité concerne l'application des dispositions et non la question de la validité ou de l'extinction. Toutefois, le pouvoir de déroger à certaines dispositions «en temps de guerre ou autre urgence publique menaçant la vie de la nation» atteste assurément qu'en lui-même un conflit armé ne provoque pas la suspension ni l'extinction. En dernière analyse, le critère adéquat est l'intention des parties. L'exercice ou le non-exercice d'un pouvoir de dérogation ne saurait empêcher une autre partie au traité d'affirmer que la suspension ou l'extinction était justifiée *ab extra*.

e) *Traités relatifs à la protection de l'environnement*

34) La plupart des traités relatifs à l'environnement ne contiennent pas de dispositions expresses sur leur applicabilité lors d'un conflit armé. Ces traités sont extrêmement variés du point de vue de leur matière et de leurs modalités⁶¹.

35) Les exposés écrits déposés à l'occasion de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* indiquent de manière parfaitement claire qu'il n'y a pas unanimité sur la proposition selon laquelle tous les traités relatifs à l'environnement s'appliquent aussi bien en temps de paix qu'en temps de conflit armé, sous réserve de dispositions expresses d'effet contraire⁶².

36) Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a exposé en ces termes la situation juridique générale:

«29. La Cour est consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour et de ce que l'emploi d'armes nucléaires pourrait constituer une catastrophe pour le milieu naturel. Elle a également conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les États de

⁶¹ Sands, *Principles of International Environmental Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 2^e éd., p. 307 à 316; Birnie et Boyle, *International Law and the Environment*, (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 148 à 151; K. Mollard-Bannelier, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, (Paris: Pedone, 2001).

⁶² Voir Étude du Secrétariat, par. 58 à 63.

veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement.

30. La Cour est toutefois d'avis que la question n'est pas de savoir si les traités relatifs à la protection de l'environnement sont ou non applicables en période de conflit armé, mais bien de savoir si les obligations nées de ces traités ont été conçues comme imposant une abstention totale pendant un conflit armé.

La Cour n'estime pas que les traités en question aient entendu priver un État de l'exercice de son droit de légitime défense en vertu du droit international, au nom des obligations qui sont les siennes de protéger l'environnement. Néanmoins, les États doivent aujourd'hui tenir compte des considérations écologiques lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires légitimes. Le respect de l'environnement est l'un des éléments qui permettent de juger si une action est conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité.

Ce point de vue trouve d'ailleurs un appui dans le principe 24 de la Déclaration de Rio, qui dispose:

“La guerre exerce une action intrinsèquement destructrice sur le développement durable. Les États doivent donc respecter le droit international relatif à la protection de l'environnement en temps de conflit armé et participer à son développement, selon que de besoin.”.

31. La Cour observera par ailleurs, que l'article 35, paragraphe 3, et l'article 55 du Protocole additionnel I offrent à l'environnement une protection supplémentaire. Considérées ensemble, ces dispositions consacrent une obligation générale de protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves; une interdiction d'utiliser des méthodes et moyens de guerre conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront de tels dommages; et une interdiction de mener des attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles.

Ce sont là de puissantes contraintes pour tous les États qui ont souscrit à ces dispositions.»⁶³.

37) Ces prescriptions sont bien entendu importantes et elles militent généralement et indirectement en faveur d'une présomption d'applicabilité des traités relatifs à l'environnement en cas de conflit armé. Toutefois, comme l'indiquent les exposés écrits déposés dans l'affaire ayant donné lieu à l'avis consultatif, il n'y a pas de consensus sur cette question juridique précise⁶⁴.

f) *Traités relatifs aux cours d'eau internationaux et installations et ouvrages connexes*

38) Les traités relatifs aux cours d'eau ou aux droits de navigation constituent en fait une sous-catégorie de la catégorie des traités créant ou réglementant des droits permanents ou un régime ou un statut permanent. Il est néanmoins commode de les examiner séparément. Pour certains auteurs, ce type d'instrument ne peut être abrogé en temps de conflit armé. Il s'agit notamment de Tobin⁶⁵, McNair⁶⁶, Fitzmaurice⁶⁷, Rank⁶⁸, Chinkin⁶⁹ et Delbrück⁷⁰.

⁶³ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, C.I.J. Recueil 1996*, p. 29 à 31.

⁶⁴ Voir D. Akande, «Nuclear Weapons, Unclear Law? Deciphering the Nuclear Weapons Advisory Opinion of the International Court», *British Year Book of International Law*, vol. 68 (1997), p. 183 et 184.

⁶⁵ Tobin, *op. cit.*, p. 89 à 95.

⁶⁶ McNair, *op. cit.*, p. 720.

⁶⁷ Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 316 et 317.

⁶⁸ Rank, *op. cit.*, p. 326 et 327.

⁶⁹ Christine M. Chinkin, «Crisis and the Performance of International Agreements: The Outbreak of War in Perspective», *Yale Journal of Public World Order*, vol. 7 (1980-1981), p. 202 à 205.

⁷⁰ Delbrück, «War Effect on Treaties», *op. cit.*, p. 1370.

39) La réalité est toutefois loin d'être simple. Fitzmaurice a décrit comme suit la pratique des États⁷¹:

«Lorsque toutes les parties à une convention, quelle que soit sa nature, sont des belligérants, la question doit être tranchée comme si la convention était un traité bilatéral. Par exemple, la catégorie des traités normatifs, ou des conventions visant à créer des règlements permanents, comme les conventions garantissant la liberté de navigation sur certains canaux ou voies d'eau ou la liberté et l'égalité du commerce dans les zones coloniales, ne seront pas affectés par le fait qu'une guerre a éclaté dans laquelle toutes les parties sont impliquées. L'application de ces traités peut être partiellement suspendue mais ils subsistent et sont automatiquement remis en vigueur une fois la paix rétablie.».

40) L'application des traités concernant le statut de certains cours d'eau peut être assujettie à l'exercice du droit naturel de légitime défense reconnu à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies⁷².

41) De toute façon, le régime des divers détroits et canaux fait généralement l'objet de dispositions spécifiques. On peut citer comme exemple de tels traités l'Acte de navigation de l'Elbe (1922)⁷³, les dispositions du Traité de Versailles relatives au canal de Kiel (1919)⁷⁴, la Convention concernant le régime des détroits (Montreux) (1936)⁷⁵, le Traité du canal de Panama (1977)⁷⁶ et le Traité concernant la neutralité permanente et le fonctionnement du canal de Panama (1997)⁷⁷.

⁷¹ Fitzmaurice, op cit., p. 316.

⁷² Voir R. R. Baxter, *The Law of International Waterways, with particular regard to Interoceanic Canals*, (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1964), p. 205.

⁷³ Société des Nations – *Recueil des Traités*, vol. 26, p. 221.

⁷⁴ *British and Foreign State Papers*, vol. 112 (1919).

⁷⁵ Société des Nations – *Recueil des Traités*, vol. 173, p. 213.

⁷⁶ *ILM* (1977), p. 1022.

⁷⁷ Ibid.

42) Certains accords multilatéraux prévoient expressément un droit de suspension en temps de guerre. Ainsi, l'article 15 du Statut relatif au régime des voies navigables d'intérêt international (1922)⁷⁸ dispose:

«Le présent statut ne fixe pas les droits et les devoirs des belligérants et des autres en temps de guerre; néanmoins, il subsistera en temps de guerre dans la mesure compatible avec ces droits et devoirs.».

43) La Convention sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (1997)⁷⁹ dispose, dans son article 29:

«Cours d'eau internationaux et installations en période de conflit armé

Les cours d'eau internationaux et les installations, aménagements et autres ouvrages connexes bénéficient de la protection accordée par les principes et règles du droit international applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux et ne sont pas utilisés en violation de ces principes et règles.».

44) Des arguments militent en faveur de l'inclusion de la présente catégorie dans le projet d'article 7, mais ils ne sont pas très convaincants.

g) *Traités relatifs à des aquifères et installations et ouvrages connexes*

45) Des considérations similaires sembleraient s'imposer en ce qui concerne les traités relatifs à des aquifères et installations et ouvrages connexes. Les eaux souterraines constituent environ 97 % des ressources en eau douce de la planète, à l'exclusion de l'eau prise dans les glaces polaires⁸⁰. Si, en ce qui concerne les ressources en eaux de surface, la pratique des États est considérable, on ne peut dire de même des ressources en eaux souterraines. Dans ses travaux sur le droit des aquifères transfrontières, la Commission a montré ce qu'on pouvait faire dans

⁷⁸ Société des Nations – *Recueil des Traités*, vol. 7, p. 50.

⁷⁹ *ILM*, vol. 36 (1997), p. 700.

⁸⁰ Voir S. Burchi et K. Mechlem, *Groundwater in International Law: Compilation of Treaties and Other Legal Instruments* (FAO/UNESCO), 2005, préface.

ce domaine. Le nombre d'accords et d'arrangements internationaux, régionaux et bilatéraux relatifs aux eaux souterraines commence à devenir appréciable⁸¹.

46) Sur la base des protections qu'offre le droit des conflits armés, on se fonde sur l'hypothèse que les aquifères ou systèmes d'aquifères transfrontières et les installations, ouvrages et aménagements connexes bénéficieront de la protection qu'offrent les principes et règles du droit international applicable dans les conflits armés internationaux et non internationaux et ne seront pas utilisés en violation de ces principes et règles⁸².

47) Bien que le droit des conflits armés lui-même fournisse une protection, il n'est pas certain que l'on puisse déduire nécessairement de la matière des traités relatifs aux aquifères et installations et ouvrages connexes qu'un conflit armé ne produit aucun effet. La vulnérabilité des aquifères et la nécessité de protéger les eaux qu'ils recèlent militent en faveur du maintien en vigueur de cette catégorie de traités.

h) *Traités multilatéraux normatifs*

48) McNair définit comme suit la catégorie des traités normatifs⁸³:

«i) *Traités normatifs multipartites*

Il s'agit des traités qui créent des règles de droit international destinées à régir le comportement futur des parties sans créer un régime, statut ou système international. On estime que ces traités survivent à une guerre, que toutes les parties contractantes ou certaines d'entre elles seulement soient des belligérants. L'intention des parties de créer des normes juridiques permanentes peut généralement se déduire de l'instrument. Les exemples ne sont pas nombreux. La Déclaration de Paris de 1856 en est un; il ressort clairement de sa teneur que les parties entendaient réglementer leur conduite durant une guerre, mais l'on peut dire que c'est parce que les parties entendaient par cette déclaration

⁸¹ Voir, d'une manière générale, *ibid.*

⁸² Voir article 18 du projet d'article sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la Commission, à sa session en cours (soixantième session).

⁸³ McNair, *op. cit.*, p. 723.

créer des règles de droit permanentes qu'elle est demeurée en vigueur après une guerre. La Convention II de La Haye de 1907 concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement des dettes contractuelles et le Pacte Briand-Kellogg de 1928 sont aussi des exemples de ce type de traités. Il est probable que les conventions créant des règles en matière de nationalité, de mariage, de divorce, d'exécution réciproque des jugements, etc., entreraient dans la même catégorie.».

49) Plusieurs auteurs, notamment Rousseau⁸⁴, Fitzmaurice⁸⁵, Starke⁸⁶, Delbrück⁸⁷ et Curti Gialdino⁸⁸, soulignent l'importance de cette catégorie.

50) Le terme «normatif» est quelque peu problématique⁸⁹ et n'est peut-être pas susceptible d'une définition précise. Les arrangements conclus après la Deuxième Guerre mondiale ont néanmoins donné naissance à une certaine pratique des États en matière de traités multilatéraux de caractère technique. Starke déclare: «Les conventions multilatérales de type “normatif” relatives à la santé, aux drogues, à la protection de la propriété industrielle, etc. ne sont pas annulées lorsqu'une guerre éclate, mais soit leur application est suspendue, et elles sont remises en vigueur une fois que les hostilités ont pris fin, soit elles reçoivent même en temps de guerre une application partielle.»⁹⁰.

⁸⁴ Rousseau, op. cit., p. 223 et 224.

⁸⁵ Fitzmaurice, op. cit., p. 308 et 309 et 313.

⁸⁶ I. A. Shearer, *Starke's International Law*, 11^e éd., (Londres: Butterworths, 1994), p. 493.

⁸⁷ Delbrück, op. cit., p. 1370.

⁸⁸ Curti Gialdino, op. cit., 1959, p. 225 à 239.

⁸⁹ Étude du Secrétariat, par. 49 et 50.

⁹⁰ Starke, op. cit., p. 409.

51) La position des États-Unis est décrite dans une lettre datée du 29 janvier 1948 du Conseiller juridique du Département d'État, Ernest A. Gross⁹¹:

«Toutefois, s'agissant des traités multilatéraux du type visé dans votre lettre, le Gouvernement des États-Unis considère d'une manière générale que les traités multilatéraux non politiques auxquels les États-Unis étaient partie lorsqu'ils sont entrés en guerre comme belligérants et que le Gouvernement des États-Unis n'a pas depuis dénoncés conformément à leurs dispositions sont toujours en vigueur pour ce qui est des États-Unis, et que l'existence d'un état de guerre entre certaines des parties à ces traités ne les a pas abrogés *ipso facto*, même si, d'un point de vue pratique, certaines de leurs dispositions ont pu ne pas être appliquées. Pour le Gouvernement des États-Unis, la guerre a eu pour seul effet sur ces traités d'y mettre fin ou de suspendre leur application entre belligérants opposés, et que, en l'absence de raisons particulières d'adopter une position contraire, ils sont demeurés en vigueur entre cobelligérants, entre belligérants et parties neutres et entre parties neutres.

Le Gouvernement des États-Unis considère qu'avec l'entrée en vigueur le 15 septembre 1947 du Traité de paix avec l'Italie, les traités multilatéraux non politiques qui étaient en vigueur entre les États-Unis et l'Italie lorsque l'état de guerre a commencé entre les deux pays et qu'aucun des deux gouvernements n'a depuis dénoncés conformément à leurs dispositions sont maintenant en vigueur et de nouveau applicables entre les États-Unis et l'Italie. Le Gouvernement des États-Unis a adopté une position comparable en ce qui concerne la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie...».

⁹¹ Voir Rank, op. cit., p. 343.

52) La position britannique a été exposée dans une lettre du Foreign Office datée du 7 janvier 1948⁹²:

«Je réponds ... à la lettre ... dans laquelle vous vous informiez du statut juridique des traités multilatéraux de caractère technique ou non politique et demandiez si le Gouvernement du Royaume-Uni considère que la guerre les a abrogés ou en a seulement suspendu l'application.

Vous remarquerez que dans les traités de paix avec l'Italie, la Finlande, la Roumanie, la Bulgarie et la Hongrie, ces traités ne sont nullement mentionnés, la Conférence de paix ayant estimé qu'aucune disposition les concernant n'était nécessaire dans la mesure où,

⁹² Ibid., p. 346. Voir aussi Fitzmaurice, op. cit., p. 308 et 309. Voir aussi Oppenheim, op. cit., p. 304 à 306. Fitzmaurice examine comment les traités bilatéraux étaient ou n'étaient pas remis en vigueur, moyennant une notification, et poursuit: «Le mérite d'une disposition comme celle-ci est qu'elle règle sans aucun doute possible la situation en ce qui concerne chaque traité bilatéral qui était en vigueur lorsque la guerre a éclaté entre les anciens États ennemis et l'une quelconque des puissances alliées ou associées, ce qui ne serait certainement pas le cas en son absence, étant donné les difficultés et la confusion considérables qui existent au sujet des effets de la guerre sur les traités, en particulier les traités bilatéraux.

La même difficulté existe en ce qui concerne les conventions et les traités multilatéraux, mais elle est beaucoup moins grave, car l'effet qu'une guerre a sur une convention ou un traité multilatéral est généralement assez évident à la lecture de l'instrument. En conséquence, étant donné le grand nombre de conventions multilatérales auxquelles les anciens ennemis et les puissances alliées et associées étaient parties (avec un certain nombre d'autres États dont certains étaient neutres ou n'ont pas pour une autre raison participé au règlement de paix) et la difficulté qu'il y aurait eu à élaborer des dispositions détaillées au sujet de toutes ces conventions, il a été décidé de n'en rien dire dans les traités de paix et de laisser s'appliquer les règles de base de droit international régissant la matière. Il est toutefois intéressant de noter que lors de l'examen du sujet à la Commission juridique de la Conférence de paix, la Commission a tenu à consigner officiellement sa position dans les procès-verbaux, à savoir qu'en général les conventions multilatérales entre belligérants, en particulier celles qui ont un caractère technique, ne sont pas affectées dans leur existence et leur maintien en vigueur par le déclenchement d'une guerre, bien qu'il puisse être impossible, tant que dure la guerre, de les appliquer entre les belligérants ou même, dans certains cas, entre des belligérants et des neutres qui peuvent être séparés par la guerre; mais ces conventions voient tout au plus leur application suspendue et sont automatiquement remises en vigueur lorsque la paix est rétablie sans qu'aucune disposition particulière soit nécessaire à cette fin.

La question n'est en fait pas aussi simple que cela, même pour ce qui est des conventions multilatérales, mais quoi qu'il en soit, c'est en gros la raison pour laquelle il a été décidé de ne pas faire figurer de dispositions expresses sur la question dans les traités de paix.»

en droit international, l'application de tels traités est en principe seulement suspendue entre les belligérants pendant la durée de la guerre et reprend automatiquement une fois la paix rétablie. Le Gouvernement de Sa Majesté n'estime pas que les conventions multilatérales s'éteignent *ipso facto* lorsque éclate une guerre, et ceci est particulièrement vrai dans le cas des conventions auxquelles des puissances neutres sont parties. Les exemples évidents de telles conventions sont la Convention internationale de 1919 portant réglementation de la navigation aérienne et diverses conventions postales et télégraphiques. De fait, en bonne doctrine juridique, il semblerait que c'est seulement la suspension des relations pacifiques normales entre les belligérants qui rend l'application des conventions multilatérales impossible en ce qui concerne ces belligérants, et qui opère une suspension temporaire de l'application de ces conventions entre ces belligérants. Dans certains cas toutefois, comme celui de la Convention sur la Croix-Rouge, la convention multilatérale vise expressément à régir les relations entre États en temps de guerre, et à l'évidence elle demeurera en vigueur et son application ne sera pas suspendue.

En ce qui concerne les conventions multilatérales auxquelles seuls des belligérants sont parties, si elles ont un caractère non politique et technique, le Gouvernement de Sa Majesté considérerait probablement que leur application serait suspendue pendant la durée de la guerre mais qu'elle reprendrait ensuite automatiquement s'il n'y avait pas été expressément mis fin. Mais une telle situation ne s'est encore jamais présentée en pratique.».

53) La position des Gouvernements allemand⁹³, italien⁹⁴ et suisse⁹⁵ semble essentiellement similaire. Toutefois, la pratique des États n'est pas totalement cohérente et davantage de preuves de cette pratique, et en particulier de la pratique la plus récente, sont nécessaires.

54) Les décisions des tribunaux internes constituent une source problématique. Premièrement, il est courant que leurs décisions soient fonction de directives expresses de l'exécutif. Deuxièmement, les tribunaux internes peuvent invoquer des motifs d'ordre public qui ne sont

⁹³ Ibid., p. 349 à 354.

⁹⁴ Ibid, p. 347 et 348.

⁹⁵ Voir *Répertoire suisse de droit international public*, p. 186 à 191.

pas directement liés aux principes du droit international. Mais on peut dire à tout le moins que la jurisprudence interne n'est pas hostile au principe de la survie⁹⁶. Le principe général a été consacré dans la décision rendue par la juridiction civile supérieure écossaise dans l'affaire *Masinimport c. Scottish Mechanical Light Industries Ltd* (1976)⁹⁷.

55) Bien que les sources n'aillent pas toutes dans ce sens, les traités normatifs peuvent être considérés comme constituant une catégorie de traités survivant à un conflit armé. Ils doivent être reconnus par principe, et la pratique des États favorables au principe de la survie n'est pas mince.

- i) *Traités relatifs au règlement des différends entre États par des moyens pacifiques, notamment la conciliation, la médiation, l'arbitrage et la saisine de la Cour internationale de Justice*

56) Cette catégorie n'a guère retenu la doctrine et l'on considère probablement que la catégorie des traités multilatéraux établissant un régime international l'englobe dans une certaine mesure. Certains auteurs ont toutefois expressément déclaré que les traités créant des mécanismes de règlement pacifique des différends internationaux demeureraient en vigueur⁹⁸. Conformément à ce principe, des compromis d'arbitrage signés avant la Première Guerre mondiale ont reçu effet pour que les arbitrages qu'ils prévoyaient aient lieu après la guerre.

- j) *Traités relatifs à l'arbitrage commercial*

57) Par principe et pour des raisons d'ordre public, le principe de la survie doit s'appliquer aux obligations découlant de conventions multilatérales relatives à l'arbitrage et à l'exécution des sentences arbitrales. Dans l'affaire *Masinimport c. Scottish Mechanical Light Industries Ltd*, la Court of Session écossaise a jugé que de tels traités avaient survécu à la Deuxième Guerre

⁹⁶ Rank, op. cit., p. 511 à 533, Verzijl, op. cit., VI, p. 387 à 391.

⁹⁷ *International Law Reports*, vol. 74, p. 564.

⁹⁸ Voir Stuart Hull McIntyre, *Legal Effect of World War II on Treaties of the United States*, (La Haye: Martinus Nijhoff, 1958), p 74 à 86; et McNair, op. cit., p. 720. Voir également Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, (New York: The Macmillan Company, 1943).

mondiale et n'entraient pas dans le champ d'application du Traité de paix avec la Roumanie de 1947⁹⁹. Les accords concernés étaient le Protocole sur les clauses d'arbitrage signé le 24 septembre 1923 et la Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 26 septembre 1927. La Cour a rangé ces instruments dans la catégorie des «traités multipartites normatifs». En 1971, la Cour de cassation italienne (chambres réunies) a jugé que la Convention de 1923 sur les clauses d'arbitrage commercial demeurait en vigueur bien que l'Italie eût déclaré la guerre à la France, son application ayant seulement été suspendue en attendant que l'état de guerre prenne fin¹⁰⁰.

58) La reconnaissance de cette famille de traités semblerait justifiée et ils ont en outre des liens avec d'autres catégories de traités, notamment les traités normatifs multilatéraux.

59) Une analogie s'impose avec la question de l'effet de l'ouverture d'hostilités sur une clause compromissoire relevant du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Dans l'affaire *Dalmia Cement Ltd c. National Bank of Pakistan*, l'arbitre unique, le professeur Pierre Lalive, évoquant les hostilités entre l'Inde et le Pakistan en septembre 1965, a déclaré ce qui suit:

«68. En conclusion, il n'y a aucun doute dans mon esprit que, lorsque le demandeur a saisi la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, il existait entre les parties un accord valide et contraignant de se soumettre à un arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI, même en supposant qu'il y ait eu un état de guerre entre l'Inde et le Pakistan¹⁰¹.

⁹⁹ *International Law Reports*, vol. 74, p. 564.

¹⁰⁰ *Lanificio Branditex c. Società Azais e Vidal*, *ibid.*, vol. 71, p. 595. Voir également la décision suisse concernant le Protocole sur les clauses compromissoires: *Telefunken c. N. V. Philips*, *International Law Reports*, vol. 19, p. 557 (Tribunal fédéral).

¹⁰¹ *International Law Reports*, vol. 67, p. 629; sentence du 18 décembre 1967. Il a aussi déclaré: Il est donc inutile d'examiner si le fait de se soumettre à l'arbitrage implique un «rapport» avec un «ennemi» ou si les auteurs cités à l'appui de cet argument sont pertinents seulement pour ce qui est des arbitrages anglais ou locaux mais aussi pour ce qui est des arbitrages internationaux en application du Règlement de la CCI. Il serait également superflu de se demander si les parties, lorsqu'elles ont accepté la clause compromissoire, ont envisagé ou ont pu envisager la possibilité

k) *Traités relatifs aux relations diplomatiques*

60) Il y a de bonnes raisons pour ranger les traités relatifs aux relations diplomatiques dans la catégorie des accords qui ne sont pas nécessairement abrogés ou dont l'application n'est pas nécessairement suspendue en cas de conflit armé. Si l'expérience n'est pas bien documentée, il n'est pas inhabituel pour les ambassades de rester ouvertes en temps de conflit armé. Quoiqu'il en soit, les dispositions expresses de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques prévoient que cet instrument s'applique en temps de conflit armé. Ainsi, son article 24 dispose que les archives et documents de la mission sont inviolables «à tout moment», et ces mots ont été ajoutés à la Conférence de Vienne afin qu'il soit bien clair que l'inviolabilité subsiste en cas de conflit armé¹⁰². D'autres dispositions contiennent les mots «même en cas de conflit armé»: voir article 44 sur les facilités à accorder pour le départ. L'article 45 est d'un intérêt particulier et est ainsi libellé:

«En cas de rupture des relations diplomatiques entre deux États, ou si une mission est rappelée définitivement ou temporairement:

- a) L'État accréditaire est tenu, même en cas de conflit armé, de respecter et de protéger les locaux de la mission, ainsi que ses biens et ses archives;
- b) L'État accréditant peut confier la garde des locaux de la mission, avec les biens qui s'y trouvent, ainsi que les archives, à un État tiers acceptable pour l'État accréditaire;

qu'un «état de guerre» ou un conflit armé n'équivalent pas à une guerre puisse naître ou naisse entre le Pakistan et l'Inde.

Par ces motifs

L'arbitre soussigné

Juge que la procédure d'arbitrage instituée par le demandeur relève de la compétence de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale et que l'arbitre est compétent pour juger le différend conformément au paragraphe 3 de l'article 13 du Règlement de conciliation et d'arbitrage de la CCI.».

¹⁰²Voir Eileen Denza, *Diplomatic Law, A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, (Oxford: Clarendon Press, 1998), 2^e éd., p. 160.

c) L'État accréditant peut confier la protection de ses intérêts et de ceux de ses ressortissants à un État tiers acceptable pour l'État accréditaire.».

61) Le principe de survie est reconnu par certains commentateurs¹⁰³. La spécificité du régime institué par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques a été soulignée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*. Elle a ainsi déclaré¹⁰⁴:

«Bref les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus. Ces moyens sont par nature d'une efficacité totale car, si l'État accréditant ne rappelle pas sur-le-champ le membre de la mission visé, la perspective de la perte presque immédiate de ses privilèges et immunités, du fait que l'État accréditaire ne le reconnaîtra plus comme membre de la mission, aura en pratique pour résultat de l'obliger, dans son propre intérêt, à partir sans tarder. Le principe de l'inviolabilité des personnes des agents diplomatiques et des locaux des missions diplomatiques est l'un des fondements mêmes de ce régime établi de longue date et à l'évolution duquel les traditions de l'Islam ont apporté une contribution substantielle. Le caractère fondamental du principe d'inviolabilité est en outre souligné avec force par les dispositions des articles 44 et 45 de la convention de 1961 (voir aussi les articles 26 et 27 de la Convention de 1963). Même en cas de conflit armé ou de rupture des relations diplomatiques, ces dispositions obligent l'État accréditaire à respecter l'inviolabilité des membres d'une mission diplomatique aussi bien que celle de ses locaux, de ses biens et de ses archives.».

62) La Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques était en vigueur aussi bien pour l'Iran que pour les États-Unis. Quoiqu'il en soit, la Cour a clairement indiqué que

¹⁰³ Voir par exemple Chinkin, op. cit., p. 194 et 195. Voir aussi Étude du Secrétariat, par. 36.

¹⁰⁴ C.I.J. Recueil 1980, p. 40, par. 86.

le droit applicable comprenait «les règles applicables du droit international général» et que la Convention constituait une codification du droit¹⁰⁵.

1) *Traités relatifs aux relations consulaires*

63) Il y a de bonnes raisons de ranger les traités relatifs aux relations consulaires, à l'instar des traités relatifs aux relations diplomatiques, dans la catégorie des traités qui ne sont pas nécessairement abrogés ou suspendus en cas de conflit armé. Il est bien établi que les relations consulaires peuvent se poursuivre même en cas de guerre ou de rupture des relations diplomatiques¹⁰⁶. Les dispositions expresses de la Convention de Vienne sur les relations consulaires indiquent qu'elles s'appliquent en temps de conflit armé. Ainsi, l'article 26 dispose que l'État de résidence accorde aux membres du corps consulaire et à d'autres personnes les facilités nécessaires pour préparer leur départ «même en cas de conflit armé». Et l'article 27 dispose que l'État de résidence est tenu de respecter et de protéger les locaux consulaires, «même en cas de conflit armé». Le principe de la survie est reconnu par Chinkin¹⁰⁷.

64) Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Cour internationale de Justice souligne le caractère particulier des deux Conventions de Vienne de 1961 et 1963.

65) La Convention de Vienne sur les relations consulaires était en vigueur aussi bien pour l'Iran que pour les États-Unis. De plus, la Cour a reconnu que la Convention codifiait le droit et a indiqué assez clairement que le droit applicable comprenait les «règles du droit international général en la matière»¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Ibid., p. 24, par. 45; p. 41, par. 90, et (dans le dispositif) p. 44, par. 95.

¹⁰⁶ Luke T. Lee, *Consular Law and Practice*, (Oxford: Clarendon Press, 1991) 2^e éd., p. 111.

¹⁰⁷ Chinkin, op. cit., p. 194 et 195. Voir aussi l'Étude du Secrétariat, par. 36.

¹⁰⁸ C.I.J. Recueil 1980, p. 24, par. 45; p. 41, par. 90 et (dans le dispositif), p. 44, par. 95.

66) La pratique des États pour ce qui est des dispositions consulaires figurant dans des traités bilatéraux n'est pas très cohérente¹⁰⁹. Il faut disposer de davantage d'informations, en particulier sur la pratique récente.

Article 6

Conclusion de traités pendant un conflit armé

1. Le déclenchement d'un conflit armé n'affecte pas la faculté qu'a un État partie au conflit armé de conclure des traités conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités.
2. Les États peuvent conclure des accords licites prévoyant l'extinction ou la suspension d'un traité applicable entre eux dans des situations de conflit armé.

Commentaire

- 1) Les projets d'articles 6 et 7 devraient être lus successivement. Ils figurent dans les projets afin de préserver le principe *pacta sunt servanda*; et ils sont conformes à l'objectif fondamental des projets d'articles, à savoir garantir la sécurité juridique et la continuité des traités. Ces deux projets d'articles indiquent que les États peuvent, en période de conflit armé, continuer d'avoir des relations.
- 2) Le paragraphe 1 du projet d'article 6 énonce une proposition fondamentale, à savoir qu'un conflit armé n'affecte pas la capacité des États parties à ce conflit de conclure des traités.
- 3) Si, techniquement, cette disposition concerne l'effet d'un conflit armé sur la capacité des États de conclure des traités, par opposition à l'effet du conflit armé sur le traité lui-même, on n'en a pas moins jugé utile de conserver ce paragraphe dans le projet d'articles. La disposition a en outre été affinée pour indiquer la capacité «d'un État partie au conflit», parce qu'il peut n'y avoir qu'un État partie au conflit armé, par exemple s'il s'agit d'un conflit interne.
- 4) Le paragraphe 2 concerne la pratique consistant pour des États à un conflit armé à convenir expressément durant ce conflit soit de suspendre l'application d'un traité applicable entre eux à ce moment, soit d'y mettre fin. Comme l'a fait observer McNair: «Il n'y a pas d'impossibilité juridique intrinsèque ... à la formation d'obligations conventionnelles entre deux belligérants

¹⁰⁹ Voir Rank, op. cit., 341 à 355; McIntyre, op. cit., 191 à 199.

opposés lors d'une guerre»¹¹⁰. De tels accords ont été conclus dans la pratique et un certain nombre d'auteurs les ont évoqués. Faisant dans une certaine mesure écho à McNair, Sir Gerald Fitzmaurice a fait observer dans le cadre de ses conférences à La Haye:

«Là encore, il n'y a pas d'impossibilité intrinsèque à ce que des traités soient effectivement conclus entre deux belligérants au cours d'une guerre. De fait, c'est ce qui se passe lorsque, par exemple, un accord d'armistice est conclu entre belligérants. C'est aussi ce qui se passe lorsque des belligérants concluent des accords spéciaux pour l'échange de personnel, ou pour permettre à du personnel ennemi de traverser leur territoire en sécurité, etc. Ces accords peuvent devoir être conclus par le truchement d'un État tiers neutre ou d'une puissance protectrice, mais, une fois conclus, ils constituent des accords internationaux valides et contraignants.»¹¹¹.

Article 7

Dispositions expresses sur l'application des traités

Les traités qui le prévoient expressément continuent de s'appliquer dans des situations de conflit armé.

Commentaire

- 1) Pour compléter l'article 6, l'article 7 envisage la possibilité qu'un traité prévoit expressément qu'il continuera de s'appliquer dans les situations de conflit armé. Il énonce la règle générale selon laquelle lorsqu'un traité en dispose ainsi, il demeure applicable dans les situations de conflit armé. Cet article repose sur une doctrine et une pratique substantielles qui reconnaissent que des accords licites peuvent être conclus même en situation de conflit armé.
- 2) La formulation de l'article 7 est axée sur le fait que «l'applicabilité» des types de traités à l'examen n'est pas affectée par un conflit. Initialement, la disposition prévoyait que le traité continuait d'être «en vigueur» («*in force*»). Certaines propositions ont été faites visant à remplacer ce terme par «*apply*» ou «*operate*» dans le texte anglais. Il a décidé de retenir ce dernier terme afin que l'accent soit mis non sur le point de savoir si le traité demeurerait ou non

¹¹⁰ McNair, *The Law of Treaties*, op. cit., p. 696.

¹¹¹ *Recueil des Cours*, ... vol. 73 (1948, II), p. 309.

en vigueur ou s'il était potentiellement applicable, mais s'il était effectivement appliqué en situation de conflit armé.

3) On a débattu du point de savoir s'il fallait conserver l'adverbe «expressément». Selon une opinion, cet adverbe était inutilement limitatif, puisqu'il y avait des traités qui, bien que ne le prévoyant pas expressément, continuaient de s'appliquer par implication. Toutefois, après réflexion, il a été décidé de conserver une formulation plus stricte, qui ne vise que les traités contenant de telles dispositions expresses, les traités continuant de s'appliquer par implication nécessaire étant couverts par les articles 4 et 5.

4) À strictement parler, l'article 7 peut sembler redondant, mais on a généralement reconnu qu'une telle disposition était justifiée par le souci de la clarté de l'exposé.

Article 8

Notification de l'extinction, du retrait d'une partie ou de la suspension

1. Un État engagé dans un conflit armé qui a l'intention de mettre fin à un traité auquel il est partie, de s'en retirer, ou d'en suspendre l'application notifie cette intention soit à l'autre État partie ou aux autres États parties au traité, soit au dépositaire du traité.
2. La notification prend effet à sa réception par l'autre État partie ou les autres États parties.
3. Rien dans les paragraphes qui précèdent ne porte atteinte au droit d'une partie de faire objection, selon les termes du traité ou les règles applicables du droit international, à l'extinction du traité, au retrait d'une partie ou à la suspension de l'application du traité.

Commentaire

1) Le projet d'article 8 établit une obligation fondamentale de notifier l'extinction du traité, le retrait d'une partie ou la suspension de l'application du traité. Le texte repose sur l'article 65 de la Convention de Vienne, mais il a été affiné et adapté au contexte d'un conflit armé. L'intention est d'établir une obligation fondamentale de notification, tout en reconnaissant le droit d'un autre État partie au traité de formuler une objection, et non d'aller plus loin. En d'autres termes, dans de telles situations il y aurait un différend qui demeurerait sans règlement, au moins pendant le reste de la durée du conflit. On a reconnu qu'il n'était pas possible de conserver un équivalent plus complet de l'article 65, car il n'était pas réaliste de chercher à imposer un régime de règlement pacifique des différends s'agissant de l'extinction

d'un traité, du retrait d'une partie ou de la suspension de l'application du traité dans le contexte d'un conflit armé.

2) Au paragraphe 1, le texte a été aligné sur celui de la Convention de Vienne, le mot «souhaitant» ayant été remplacé par «qui a l'intention de», et les mots «cette intention» ajoutés pour préciser l'objet de la notification. La possibilité a été envisagée de parler de notifier «sa prétention», terme utilisé dans la Convention de Vienne, mais il a été décidé de ne pas le faire afin de distinguer plus clairement la procédure prévue dans l'article de celle prévue à l'article 65 de la Convention de Vienne.

3) S'agissant des mots «soit au dépositaire», on a proposé de les remplacer par «et au dépositaire», et de supprimer la référence aux «autres États». On a toutefois conservé le texte initialement proposé parce que c'est la fonction du dépositaire d'adresser des notifications aux parties. De plus, certains traités n'ont pas de dépositaire. C'est pourquoi il fallait au paragraphe 1 prévoir la possibilité d'adresser une notification soit aux États parties soit au dépositaire. Toutefois, s'agissant du moment où la notification prend effet, le moment qui importe est celui où l'autre État partie ou les autres États parties la reçoivent, et non le moment auquel le dépositaire la reçoit. C'est pourquoi le dépositaire n'est pas mentionné au paragraphe 2.

4) S'agissant de ce paragraphe 2, on a examiné une proposition tendant à préciser que c'est «l'extinction, la suspension de l'application ou le retrait d'une partie» qui prend effet dès réception de la notification. On a toutefois décidé de conserver la seule mention de la «notification», car adopter l'amendement proposé aurait eu pour effet d'indiquer que l'extinction, la suspension de l'application ou le retrait d'une partie prendrait effet immédiatement dès la réception alors qu'il est prévu au paragraphe 3 qu'une partie au traité conserve le droit de faire objection à l'extinction.

5) Au paragraphe 3, l'intention est de préserver le droit pouvant exister en vertu d'un traité ou du droit international général de faire objection à l'extinction, la suspension de l'application ou le retrait d'une partie. L'objection est donc faite à l'intention de mettre fin au traité, d'en suspendre l'application ou de s'en retirer, qui est communiquée par la notification envisagée au paragraphe 1.

Article 9

Obligations imposées par le droit international indépendamment d'un traité

L'extinction d'un traité, le retrait d'une partie, ou la suspension de l'application du traité, lorsqu'ils résultent d'un conflit armé n'affectent en aucune manière le devoir d'un État de remplir toute obligation énoncée dans le traité à laquelle il serait soumis en vertu du droit international indépendamment dudit traité.

Commentaire

- 1) Les projets d'articles 9 à 11 visent à établir un régime modifié calqué sur les articles 43 à 45 de la Convention de Vienne. L'article 9 a son origine dans l'article 43 de la Convention de Vienne. Son objet est de préserver l'obligation d'exécuter une obligation en vertu du droit international général, quand la même obligation figure dans un traité auquel il a été mis fin ou dont l'application a été suspendue, ou duquel l'État partie s'est retiré, en raison d'un conflit armé. Ce dernier point, à savoir le lien avec le conflit armé, a été ajouté pour placer la disposition dans le contexte qui est le sien aux fins du présent projet d'articles.
- 2) Le principe énoncé dans cet article semble banal car le droit international coutumier continue de s'appliquer «en dehors» des obligations conventionnelles. Dans son fameux *dictum* dans l'affaire du *Nicaragua*, la Cour internationale de Justice a déclaré:

«Le fait que les principes susmentionnés [du droit international général et coutumier], et reconnus comme tels, sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes de droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties auxdites conventions.»¹¹².

Article 10

Divisibilité des dispositions d'un traité

La dénonciation d'un traité, le retrait d'une partie ou la suspension de son application du fait d'un conflit armé produit des effets à l'égard de l'ensemble du traité, à moins que

¹¹² *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence de la Cour et recevabilité de la requête*, arrêt du 26 novembre 1984, *C.I.J. Recueil 1984*, par. 73, voir également l'opinion dissidente du juge Morelli dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 198.

celui-ci n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement, et hormis dans les cas suivants:

- a)* Le traité contient des clauses séparables du reste du traité en ce qui concerne leur exécution;
- b)* Il ressort du traité, ou il est par ailleurs établi, que l'acceptation des clauses en question n'a pas constitué pour l'autre partie ou pour les autres parties au traité une base essentielle de leur consentement à être liées par le traité dans son ensemble; et
- c)* Il ne serait pas injuste de continuer à exécuter ce qui subsiste du traité.

Commentaire

- 1) L'article 10 traite de la possibilité de séparer les dispositions des traités qui sont affectés par un conflit armé.
- 2) Pour certains, on pouvait craindre que, dans sa version initiale, le chapeau, calqué sur les dispositions correspondantes de l'article 44 de la Convention de Vienne, donne l'impression que la règle par défaut était qu'il était mis fin à l'ensemble du traité ou que son application était suspendue à moins qu'il n'y ait des motifs de séparer des dispositions. On a noté que la question de l'effet d'un conflit armé était différente de celle envisagée dans la Convention de Vienne, au sens qu'il existe une pratique selon laquelle l'effet d'un conflit armé sur certains traités est seulement partiel. Procéder autrement donnerait à penser que c'est toujours l'ensemble du traité qui est affecté. Il a été décidé de conserver l'article 10, et de régler le problème en remaniant le chapeau afin de ne plus souligner la préexistence dans le traité d'un droit d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application.
- 3) Les alinéas *a* à *c* reproduisent mot pour mot le texte des dispositions correspondantes de l'article 44 de la Convention de Vienne.

Article 11

Perte du droit d'invoquer un motif de mettre fin au traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application

Un État ne peut plus mettre fin à un traité, s'en retirer ou en suspendre l'application du fait d'un conflit armé si cet État:

- a)* A explicitement accepté que le traité reste en vigueur ou continue d'être applicable; ou

- b) Peut, à raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé au maintien en vigueur ou en application du traité.

Commentaire

L'article 11 est fondé sur la disposition équivalente de la Convention de Vienne, à savoir l'article 45. Cette disposition traite de la perte du droit de mettre fin à un traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application. Une référence à l'existence d'un conflit armé a été ajoutée dans le chapeau.

Article 12

Reprise de l'application des traités dont l'application a été suspendue

La reprise de l'application d'un traité qui a été suspendue du fait d'un conflit armé est déterminée conformément aux critères visés au projet d'article 4.

Commentaire

- 1) Ce projet d'article constitue un développement du projet d'article 4, et traite de la reprise de l'application des traités dont l'application a été suspendue en raison d'un conflit armé. Les critères visés dans le projet d'article 4 sont aussi pertinents pour l'application du présent projet d'article. Ainsi, les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ainsi que la nature et l'ampleur du conflit armé, l'effet du conflit armé sur le traité, la teneur du traité et le nombre des parties à celui-ci peuvent être pris en considération.
- 2) La question de savoir quand l'application d'un traité reprend doit être réglée au cas par cas.

Article 13 [10]

Effet de l'exercice du droit de légitime défense à titre individuel ou collectif sur un traité

Un État qui exerce son droit de légitime défense à titre individuel ou collectif en conformité avec la Charte des Nations Unies peut suspendre, en tout ou en partie, l'application d'un traité incompatible avec l'exercice de ce droit.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 13 est le premier de trois articles, fondé sur la résolution pertinente de l'Institut de droit international adoptée à la session d'Helsinki en 1985. Le projet d'article 13 exprime la nécessité de reconnaître clairement que le projet d'articles ne crée pas d'avantages en

faveur d'un État agresseur. Le même impératif de principe est également exprimé dans les projets d'articles 14 et 15. Le texte est une version modifiée de l'article 7 de la résolution de l'Institut de droit international¹¹³.

2) Ce projet d'article envisage la situation d'un État exerçant son droit de légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte des Nations Unies. Un tel État est habilité à suspendre en tout ou en partie l'application d'un traité incompatible avec l'exercice de ce droit. Ce projet d'article doit être compris dans le contexte de l'application du régime prévu par la Charte des Nations Unies, comme l'envisagent les projets d'articles 14 et 15.

Article 14

Décisions du Conseil de sécurité

Les présents projets d'articles sont sans préjudice des effets juridiques des décisions prises par le Conseil de sécurité en application des dispositions du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

Commentaire

1) Le projet d'article 14 vise à préserver les effets juridiques des décisions prises par le Conseil de sécurité en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Il a la même fonction que l'article 8 de la résolution de 1985 de l'Institut de droit international¹¹⁴.

La Commission a préféré présenter la disposition sous la forme d'une clause «sans préjudice» plutôt que dans la formulation plus affirmative adoptée par l'Institut.

¹¹³ **L'article 7 de la résolution de l'Institut se lit comme suit:**

«Un État qui exerce son droit de légitime défense à titre individuel ou collectif en conformité avec la Charte des Nations Unies peut suspendre, en tout ou en partie, l'application d'un traité incompatible avec l'exercice de ce droit, sous réserve des conséquences pouvant résulter du fait que cet État serait ultérieurement désigné comme agresseur par le Conseil de sécurité.».

¹¹⁴ **L'article 8 de la résolution de l'Institut se lit comme suit:**

«Un État qui se conforme à une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies concernant une action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression mettra fin à tout traité qui serait incompatible avec une telle résolution, ou en suspendra l'application.».

- 2) Certains membres étaient favorables à la suppression de la mention des «dispositions du Chapitre VII», au motif qu'il était possible que le Conseil prenne des décisions en vertu d'autres chapitres de la Charte. Cette référence au Chapitre VII a néanmoins été conservée parce que le contexte du projet d'articles est celui des conflits armés.
- 3) En vertu de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, en cas de conflit entre les obligations des États Membres des Nations Unies découlant de la Charte et leurs obligations découlant de tout autre accord international, les premières priment. Outre les droits et obligations prévus dans la Charte elle-même, l'Article 103 vise les devoirs découlant des décisions exécutoires des organes des Nations Unies. En particulier, la primauté des décisions du Conseil de sécurité selon l'Article 103 a été largement acceptée dans la pratique comme dans la doctrine¹¹⁵.
- 4) Le projet d'article 14 ne dit rien des diverses questions susceptibles de se poser en conséquence de l'Article 103.

Article 15

Interdiction de procurer un avantage à un État agresseur

Un État qui commet une agression au sens de la Charte des Nations Unies et de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas en droit de mettre fin à un traité, de s'en retirer ni d'en suspendre l'application du fait d'un conflit armé, si une telle mesure devait avoir pour effet de lui procurer un avantage.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 15 interdit à un État agresseur de bénéficier de la possibilité de mettre fin à un traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application du fait d'un conflit armé qu'il a provoqué. Le libellé de cette disposition s'inspire du texte de l'article 9 de la résolution de l'Institut¹¹⁶, moyennant certains ajustements, consistant en particulier à prévoir la possibilité de

¹¹⁵ Voir en particulier l'étude analytique du Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.682, par. 328 à 340).

¹¹⁶ L'article 9 de la résolution de l'Institut se lit comme suit:

«Un État qui commet une agression au sens de la Charte des Nations Unies et de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas en droit de mettre fin à un traité, ni d'en suspendre l'application, si une telle mesure devait avoir pour effet de lui procurer un avantage.».

retrait d'un traité et à préciser que les traités concernés sont ceux auxquels il est mis fin, dont on se retire ou dont l'application est suspendue *du fait* du conflit armé en question.

2) Le titre du projet d'article souligne que la disposition traite moins de la question de la commission d'une agression que de l'avantage qu'un État agresseur pourrait tirer du conflit armé en question s'agissant de mettre fin à un traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application.

Article 16

Droits et obligations découlant du droit de la neutralité

Les présents projets d'articles sont sans préjudice des droits et obligations des États découlant du droit de la neutralité.

Commentaire

Le projet d'article 16 est également une clause «sans préjudice», qui vise à préserver les droits et obligations découlant pour les États du droit de la neutralité. On a préféré ce libellé à une version antérieure qui visait plus précisément le «statut des États tiers en tant que neutres». On a estimé que ce mot «neutre» était imprécis, parce qu'il pouvait viser aussi bien la neutralité formelle que la simple non-belligérance. Le remaniement effectué fait de la disposition une clause de sauvegarde.

Article 17

Autres cas d'extinction, de retrait ou de suspension

Les présents projets d'articles sont sans préjudice de l'extinction des traités, du retrait d'une partie ou de la suspension de leur application résultant notamment:

- a)* de l'accord des parties; ou
- b)* d'une violation substantielle; ou
- c)* de la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible; ou
- d)* d'un changement fondamental de circonstances.

Commentaire

1) Le projet d'article 17 préserve la possibilité de l'extinction des traités, du retrait d'une partie ou de la suspension de leur application par l'effet d'autres règles du droit international

– dans le cas des quatre exemples donnés aux alinéas *a* à *d*, par l'application de la Convention de Vienne, en particulier de ses articles 54 à 62. Le mot «Autres» dans le titre vise à indiquer que ces cas s'ajoutent à ceux prévus dans les présents projets d'articles, et le mot «notamment» à la fin du chapeau que les alinéas *a* à *d* constituent une liste indicative.

2) On pourrait dire que cette réserve formule une évidence, mais on a jugé que cette clarification était utile.

Article 18

Reprise des relations conventionnelles après un conflit armé

Les présents projets d'articles sont sans préjudice du droit des États parties à un conflit armé de réglementer, après le conflit, sur la base d'un accord, la remise en vigueur des traités qui ont été abrogés ou dont l'application a été suspendue en raison du conflit armé.

Commentaire

1) Ce projet d'article vise la situation spécifique dans laquelle le statut des accords d'«avant-guerre» est ambigu et il est nécessaire de faire une évaluation d'ensemble de la situation conventionnelle. Une telle évaluation peut en pratique impliquer la remise en vigueur de traités dont le statut était ambigu ou qui avaient été considérés comme abrogés ou suspendus du fait d'un conflit armé. Les projets d'articles ne préjugent pas les accords spécifiques réglementant la remise en vigueur de tels traités.

2) Le projet d'article indique clairement que le droit en question est le droit des «États» parties au conflit.
