

droits de l'homme a déclaré, dans l'arrêt qu'elle a rendu le 25 novembre 2004 en l'affaire *Lori Berenson-Mejía c. Pérou*, que «[l']interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est absolue et ne saurait faire l'objet de dérogation» (par. 100 de l'arrêt). En outre, il ressort clairement de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants que la torture est nécessairement un acte relevant des traitements cruels, inhumains et dégradants, alors que, comme il est précisé à son article 16, tous les actes constitutifs de traitements cruels, inhumains ou dégradants ne sont pas nécessairement des actes de torture.

58. En conséquence, il appartient à la Commission de déterminer si, nonobstant la jurisprudence constante existant aux niveaux international et régional, elle souhaite revenir sur la décision qu'elle a prise en 2012 pour traduire la nuance exprimée à l'article 16 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Si tel était le cas, un nouveau membre de phrase pourrait être inséré dans le projet d'article 24, qui se lirait alors comme suit :

«Un État ne peut expulser un étranger vers un État où il existe des motifs sérieux de croire qu'il risque d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [équivalents, réputés constituer des actes de torture].»

59. Pour ce qui est de la forme définitive des travaux de la Commission sur le sujet à l'examen, le Rapporteur spécial a une nette préférence pour un projet d'articles, car c'est cette forme qui dès l'origine a guidé ses travaux et ceux de la Commission.

60. En conclusion, le Rapporteur spécial demande à la Commission de renvoyer les projets d'article au Comité de rédaction en vue de la rédaction d'un texte définitif qui sera transmis à l'Assemblée générale pour examen à sa prochaine session.

61. M. MURPHY remercie le Rapporteur spécial pour son résumé fidèle des débats et dit qu'il souhaite clarifier la pratique des États-Unis en ce qui concerne la disposition relative au non-refoulement figurant à l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

62. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit que la pratique de la Commission n'est pas de rouvrir la discussion après le résumé des débats par le Rapporteur spécial.

63. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer les projets d'articles 1 à 32 au Comité de rédaction qui prendra en considération les commentaires et observations formulés au cours du débat.

Il en est ainsi décidé.

64. M. SABOIA (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction sur le sujet de l'expulsion des étrangers est composé de M. Candiotti, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hmoud, M. Kittichaisaree, M. Murphy, M. Nolte, M. Park, M. Singh, M. Šturma,

M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako et Sir Michael Wood, ainsi que de M. Kamto (Rapporteur spécial) et de M. Tladi (membre de droit).

La séance est levée à 13 h 5.

3205^e SÉANCE

Jeudi 15 mai 2014, à 10 h 5

Président: M. Kirill GEVORGIAN

Présents: M. Cafilisch, M. Candiotti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités⁸² (A/CN.4/666, partie II, sect. A, A/CN.4/671⁸³, A/CN.4/L.833⁸⁴)

[Point 6 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter son deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/671).

2. M. NOLTE (Rapporteur spécial) rappelle que la méthode descriptive adoptée dans le cadre du sujet à l'examen est commandée par l'objectif poursuivi, à savoir l'établissement d'un répertoire de la pratique interprétative. Cet objectif se justifie par le caractère du processus d'interprétation tel qu'il ressort des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969), lesquels n'énoncent pas de règles précises mais exigent de l'interprète qu'il prenne en considération différents moyens d'interprétation. Les projets de conclusion formulés ne sont pas prescriptifs mais ont une valeur indicative et visent à clarifier le rôle des accords et de la pratique ultérieurs en tant que moyens d'interprétation. Le rapport à l'examen comporte six projets de conclusion qui s'inscrivent dans une démarche allant du général au particulier et font suite aux cinq premiers projets de conclusion, qui situaient les accords et la pratique ultérieurs dans le cadre général des règles d'interprétation de la Convention de Vienne de 1969 et ont été, dans l'ensemble, accueillis favorablement par les États.

⁸² À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a adopté à titre provisoire les projets de conclusions 1 à 5 et les commentaires y relatifs [*Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 18 et suiv., par. 38 et 39].

⁸³ Reproduit dans *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie).

⁸⁴ Reprographié, disponible sur le site Web de la Commission.

3. Le projet de conclusion 6 (Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure) rappelle aux interprètes que l'identification des accords et de la pratique ultérieurs pertinents aux fins d'interprétation dans le cadre des articles 31 et 32 exige – terme qui ne doit pas être entendu dans un sens prescriptif – un examen approfondi, car c'est un exercice délicat. Les accords et la pratique ultérieurs pris en considération doivent représenter une prise de position des États «au sujet de l'interprétation d'un traité» donné. La pratique ultérieurement suivie «dans l'application [d'un] traité» (art. 31, par. 3 *b*) ou l'accord intervenu «au sujet [...] de l'application de ses dispositions» (par. 3 *a*) constituent des formes particulières de conduites se rapportant à l'interprétation d'un traité. Les interprètes doivent donc veiller à identifier correctement ces conduites interprétatives, en déterminant notamment si une pratique a bien trait à l'application du traité considéré.

4. Le projet de conclusion 7 (Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation) concerne les effets possibles des accords et de la pratique ultérieurs. Étant donné qu'il s'agit d'un moyen d'interprétation parmi d'autres et que les juridictions internationales apprécient la pertinence des différents moyens d'interprétation selon les cas d'espèce, les accords et la pratique ultérieurs peuvent, ou non, être mis à contribution pour restreindre ou élargir la gamme des interprétations possibles d'un traité par rapport aux résultats de l'interprétation préliminaire prévue au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 appelle l'attention sur le fait que la jurisprudence internationale peut accorder à la pratique ultérieure une valeur interprétative variable en fonction de sa spécificité par rapport au traité considéré, sans qu'il faille voir là une norme.

5. Le projet de conclusion 8 (Formes et valeur de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*), qui pourrait aussi venir après le projet de conclusion 9 puisqu'il porte sur un aspect plus particulier du sujet, précise la forme et la valeur de la pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31 de la Convention de Vienne. Si les critères énoncés permettent d'apprécier la valeur interprétative de la pratique, ils ne constituent aucunement des conditions déterminantes de son existence.

6. Le projet de conclusion 9 (Accord des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité) définit, en son paragraphe 1, les exigences relatives à l'accord des parties au sens du paragraphe 3, alinéas *a* et *b*, de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 – sans préjudice de la définition du traité qui figure à l'article 2 de la Convention de Vienne, à savoir un accord écrit – et affirme le caractère non contraignant de l'accord des parties, afin de désambiguïser le terme «accord», employé avec un sens juridiquement contraignant dans d'autres dispositions de la Convention. En son paragraphe 2, ce projet de conclusion reprend une position exprimée antérieurement par la Commission au sujet de la valeur du silence d'une ou plusieurs parties dans certaines circonstances, que le Rapporteur spécial s'est efforcé d'illustrer dans son deuxième rapport. Cette disposition pourrait, s'il y a lieu, faire l'objet d'un paragraphe distinct. Enfin, le paragraphe 3,

surtout destiné aux praticiens internes peu familiers des usages internationaux, vise à leur rappeler qu'un accord ultérieur ou une pratique ultérieure commune peut ne pas avoir pour objectif l'interprétation d'un traité.

7. Le projet de conclusion 10 (Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties) porte sur l'adoption de décisions susceptibles de donner lieu à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure dans le cadre d'une conférence des États parties à un traité. Cette expression, qui ne figure pas dans la Convention de Vienne de 1969 ni dans aucun autre traité d'application universelle, désigne en pratique la réunion des États parties à un traité en vue de son examen ou de son application. C'est la définition qui en est proposée, aux seules fins du projet de conclusions, au paragraphe 1. Sont exclus de cette définition les organes des organisations internationales, dont la portée des décisions au regard du paragraphe 3, alinéas *a* et *b*, de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sera examinée ultérieurement. Aucune exigence de forme n'encadrant la formation de l'accord des parties au sens de ces dispositions, rien ne s'oppose à ce que cet accord intervienne dans le cadre d'une conférence des parties, sauf si le traité en dispose autrement. Le paragraphe 2 subordonne donc aux termes du traité et du règlement applicable l'effet juridique, au regard des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties. Le paragraphe 3 établit une distinction essentielle entre le fond (intention interprétative) et la forme (unanimité ou consensus) de la décision résultant d'une conférence des parties. En effet, un accord au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne ne saurait résulter que d'une décision unanime de la conférence, prise dans l'intention d'interpréter le traité, car un simple consensus serait susceptible de masquer le désaccord de certains États quant à l'intention interprétative. En revanche, le fait que le règlement de la conférence ne confère pas de valeur contraignante aux décisions qu'elle prend n'exclut pas en soi que ces décisions constituent un accord au sens du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne, car cet accord ne doit pas nécessairement avoir un caractère juridiquement contraignant.

8. Enfin, le projet de conclusion 11 (Portée interprétative des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure) vise à préciser la portée interprétative des accords et de la pratique ultérieurs. En effet, il semble que la jurisprudence internationale tende souvent à interpréter très largement les dispositions d'un traité à la lumière des accords ou de la pratique ultérieurs tout en s'interrogeant sur la possibilité qu'ils aient donné lieu à une modification du traité, liant ainsi inextricablement les questions de l'interprétation et de la modification par la voie des accords et de la pratique ultérieurs. Le Rapporteur spécial tient à réaffirmer que ces questions sont distinctes et que ses travaux demeurent centrés sur l'interprétation, mais constate, d'une part, qu'un accord ultérieur intervenu entre les parties à un traité peut modifier ce traité, s'il satisfait aux conditions posées par l'article 39 de la Convention de Vienne de 1969 et, d'autre part, que l'effet modificatif d'une pratique ultérieure faisant l'objet d'un accord, qui a été écarté par les États à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités de 1968-1969 malgré la proposition de la Commission en ce sens, n'est toujours

pas expressément et généralement reconnu par la pratique des États ou les juridictions internationales. Le projet de conclusion 11 se borne donc à constater, au paragraphe 1, que la portée interprétative des accords et de la pratique ultérieurs peut parfois être étendue et à poser, au paragraphe 2, la présomption que lorsqu'elles adoptent un accord ultérieur ou une pratique ultérieure, les parties à un traité sont réputées avoir l'intention d'interpréter le traité et non de le modifier. Cette solution permet de concilier les réticences à l'idée selon laquelle la pratique informelle des parties peut donner lieu à une modification du traité et la constatation selon laquelle la pratique commune des parties constitue une forme privilégiée de l'application des traités.

9. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à faire des observations sur le deuxième rapport du Rapporteur spécial.

10. M. MURPHY relève que, dans le projet de conclusion 6, le Rapporteur spécial n'a pas jugé utile de faire référence à la position des parties au sujet de l'application d'un traité, se limitant à évoquer celle qu'elles assument quant à l'interprétation, car il considère que toute application d'un traité suppose l'interprétation de ses dispositions. Si tel est le cas, on peut se demander pourquoi la Convention de Vienne de 1969 mentionne explicitement l'une et l'autre, en particulier à l'article 31. Qui plus est, c'est une précision que la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités a souhaité ajouter au paragraphe 3 *a* de cet article⁸⁵, alors qu'elle ne figurait pas dans le projet d'articles initial élaboré par la Commission en 1966⁸⁶. La distinction ainsi opérée entre les notions d'interprétation et d'application pourrait trouver son origine dans les travaux de Lord McNair, dont il ressort que si le sens d'un traité est clair, celui-ci est appliqué et non interprété, l'interprétation étant un processus secondaire qui n'intervient que s'il est impossible de comprendre le traité⁸⁷. Autrement dit, si les parties prennent une quelconque décision relative à l'application du traité sans s'attacher à préciser le sens d'une disposition, c'est leur accord sur l'application qui importe, et non leur accord sur l'interprétation. C'est cela que l'on cherche à rappeler en précisant « ou de l'application de ses dispositions ». En outre, des centaines de dispositions conventionnelles donnent compétence à un tribunal pour résoudre les différends sur l'interprétation et l'application du traité, et la distinction entre les deux notions s'est révélée pertinente pour nombre des décisions rendues dans ce cadre. Certes, d'autres doctrines vont dans le sens de la position du Rapporteur spécial, mais, en tout état de cause, il n'est pas souhaitable de renoncer à une distinction qui est consacrée dans les termes de la Convention de Vienne et confirmée par une pratique conventionnelle établie.

⁸⁵ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière (A/CONF.39/11, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.V.7), 74^e séance, 16 mai 1968, p. 480, par. 29.*

⁸⁶ Voir le texte du projet d'article 69 [devenu l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969] dans *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/CN.4/L.117 et Add.1, p. 128 (paragraphe 3 *a* de l'article 69).

⁸⁷ A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, à la page 365, note 1.

11. À l'instar d'autres projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial, le projet de conclusion 6 fait aussi référence à l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969. Il est certes important de préciser que la pratique et les accords ultérieurs qui ne relèveraient pas de l'article 31 peuvent relever de l'article 32, mais à trop mentionner ce dernier on risque d'effacer l'importante distinction qui existe entre les deux articles. Il vaudrait mieux se borner à dire dans le commentaire que les normes énoncées dans le projet de conclusions peuvent être pertinentes aux fins de l'article 32 si elles ne relèvent pas de l'article 31 – pour autant qu'il en soit ainsi de toutes.

12. Enfin, au lieu de recommander un « examen approfondi » de la conduite ultérieure des parties pour vérifier si celle-ci concerne bien l'interprétation du traité, il vaudrait mieux dire directement que cette conduite ne peut pas être établie si les parties sont motivées par d'autres considérations. M. Murphy propose donc de reformuler comme suit le projet de conclusion 6:

« Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, au sens de l'article 31, paragraphe 3, ne peuvent être établis si les parties sont motivées par d'autres considérations qu'un accord au sujet de l'interprétation d'un traité ou de l'application de ses dispositions. »

13. Dans le projet de conclusion 7, le Rapporteur spécial indique que la pratique ultérieure peut témoigner de l'existence d'une certaine marge d'appréciation dans l'application d'une disposition conventionnelle donnée. Il faudra cependant veiller à expliquer dans le commentaire ce que l'on entend par « marge d'appréciation ». L'idée est que la non-application exceptionnelle et temporaire d'une disposition ne modifie pas l'obligation générale qui découle de celle-ci et n'ouvre pas la porte à une « marge d'appréciation » notable. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 7 semble faire double emploi avec le paragraphe 1 du projet de conclusion 11, car l'un et l'autre disent que la conduite ultérieure peut contribuer à préciser le sens d'un traité en élargissant ou en restreignant les interprétations possibles. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 devrait être harmonisé avec le projet de conclusion 8, car en l'état actuel, les deux textes associent à des critères différents la valeur de la pratique en tant que moyen d'interprétation. Il serait d'ailleurs préférable, dans le premier, de remplacer le terme « valeur » par celui de « poids », qui traduit davantage l'idée de la pondération à faire en fonction de la pertinence de la conduite.

14. Au sujet du projet de conclusion 8, le Rapporteur spécial explique que la pratique ultérieure pertinente comprend non seulement le comportement à visée externe d'un État, mais également les actes accomplis au niveau interne (par. 42 du deuxième rapport). Il serait utile d'inclure ici les plaidoiries orales et écrites devant les juridictions internationales, car elles reflètent aussi les vues d'un État sur l'interprétation d'un traité donné. Le titre du projet de conclusion semble annoncer les formes que revêt la pratique ultérieure, mais le texte dit seulement que ces formes peuvent être « diverses », tout comme il est dit au projet de conclusion 9 que les accords ultérieurs n'ont pas besoin de revêtir « une forme particulière ». La répétition de cette précision est inutile. En ce qui concerne les critères déterminant la valeur de la pratique ultérieure, le

Rapporteur spécial a choisi de retenir la formule «concordante, commune et d'une certaine constance», dont il rappelle l'origine au paragraphe 47 du deuxième rapport. Mais si la constance au fil du temps peut effectivement avoir un poids plus ou moins grand dans l'interprétation, le fait que la pratique soit «concordante» et «commune» ne saurait être variable. Il ne peut y avoir ici de «mesure»: si la pratique suivie dans l'interprétation du traité n'est pas commune aux parties et concordante entre celles-ci, elle ne relève pas du paragraphe 3 b de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969. C'est sans doute ce qui explique que la plupart des juridictions internationales n'aient pas retenu cette formule, et la Commission devrait peut-être faire de même.

15. Le titre du projet de conclusion 9 semble regrouper sous le terme «accord des parties» les deux concepts distincts – quoique liés – que sont l'accord ultérieur relatif à l'interprétation du traité et la pratique ultérieure suivie dans l'application du traité qui établit ledit accord, alors qu'il convient de continuer à les distinguer, comme la Commission a choisi de le faire dans l'intitulé même du sujet à l'examen. Le paragraphe 2 évoque la question du silence d'un État face à la déclaration interprétative unilatérale d'un autre État. Il serait utile de rappeler à cet égard qu'un tel silence n'emporte pas une présomption générale d'acceptation de la part du premier État et ne peut donc être interprété ni comme un assentiment ni comme un dissentiment, ainsi que la Commission l'a souligné à maintes reprises dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités⁸⁸. Il faudrait au moins préciser que, d'une manière générale, le silence seul n'établit pas un accord, même s'il peut être démontré dans un cas particulier qu'il en va autrement. Quant au paragraphe 3, il semble avoir plutôt sa place dans le projet de conclusion 6, qui vise les autres motivations possibles des parties.

16. En ce qui concerne le projet de conclusion 10, il est important de maintenir la distinction entre les conférences des États parties qui examinent la mise en application d'un traité et celles qui examinent le texte même d'un traité. Contrairement à ce qui est dit au paragraphe 83 du deuxième rapport, les procédures d'approbation tacite ou de non-objection ne sont généralement pas qualifiées de procédures d'«amendement»; en revanche, elles sont souvent aussi «formelles» que celles par lesquelles un État ratifie une modification. Parmi les exemples de décisions de conférences des parties qui peuvent constituer des accords ultérieurs au sens du paragraphe 3 a de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, celui des directives pour l'application de l'article 14 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac n'est pas pertinent, car ces directives, loin de préciser l'interprétation à donner à l'article concerné, ont pour objectif «d'aider les Parties à s'acquitter de leurs obligations» au titre dudit article et indiquent que les définitions des termes sont données «aux fins des présentes directives»⁸⁹. La

décision BC-10/3 prise en 2011 par la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination serait un meilleur exemple⁹⁰. Enfin, le paragraphe 1 du projet de conclusion 11 pourrait être fusionné avec celui du projet de conclusion 7, comme il a été dit précédemment.

17. M. FORTEAU se félicite que le Rapporteur spécial ait mentionné les arrêts récemment rendus par la Cour internationale de Justice en l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant))* et en l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, même si cette dernière, qui porte sur l'interprétation d'un accord tacite et non d'un traité, n'est pas pleinement pertinente au regard du sujet examiné. On pourrait aussi citer l'affaire du *Navire «Virginia G» (Panama/Guinée-Bissau)* dans laquelle le Tribunal international du droit de la mer interprète un traité en ayant recours à la pratique ultérieure, même s'il ne se réfère pas aux règles coutumières d'interprétation reflétées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, ce que l'on peut regretter.

18. Pour ce qui est du champ du projet, M. Forteau doute qu'il soit opportun de traiter de questions relatives à l'application du traité ou à sa modification alors que le sujet à l'examen porte sur l'interprétation des traités. Il est très réservé à l'égard du paragraphe 3 du projet de conclusion 9 et plus encore à l'égard du projet de conclusion 11 où il lui semble impossible de poser pour principe, au paragraphe 2, que l'accord ou la pratique ultérieurs ont un effet interprétatif plutôt que modificatif: cela dépend en réalité des circonstances. L'affirmation, au même paragraphe, selon laquelle «[l]a possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne modifier un traité n'est pas généralement reconnue», ne lui semble guère convaincante. Dans ses avis consultatifs rendus en l'affaire des *Conséquences juridiques pour les États de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* et en l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour internationale de Justice semble avoir plutôt reconnu que la pratique ultérieure pouvait conduire à une modification du traité.

19. Pour ce qui est de la nature des travaux, M. Forteau ne saisit pas bien si l'objectif du Rapporteur spécial est de rédiger un guide de la pratique détaillé ou des conclusions dotées d'une certaine portée normative, même si l'on peut douter de cette dernière hypothèse à la lecture de certains projets de conclusion qui sont purement descriptifs et ne constituent pas vraiment des énoncés juridiques. Ainsi, dire au projet de conclusion 6 que l'identification des accords et de la pratique ultérieurs «exige un examen approfondi» ne présente guère d'utilité. Quant à la lecture du paragraphe 2 du projet de conclusion 7, elle laisse le lecteur pour le moins démuné: affirmer que «[l]a valeur

⁸⁸ Résolution 68/111 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 2013, annexe. Les directives constituant le Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission et les commentaires y afférents sont reproduits dans *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), chap. IV, sect. F.1 et F.2, p. 23 et suiv.

⁸⁹ Organisation mondiale de la Santé (OMS), «Directives pour l'application de l'article 14 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac», dans *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte*

antitabac: directives pour l'application de l'article 5.3, de l'article 8; des articles 9 et 10; de l'article 11; de l'article 12; de l'article 13; de l'article 14, 2013. Disponible sur le site Web de l'OMS: www.who.int.

⁹⁰ Voir *Rapport de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination sur les travaux de sa dixième réunion* (UNEP/CHW.10/28), p. 33 et suiv.

d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure comme moyen d'interprétation peut dépendre, entre autres, de leur spécificité» n'est pas très éclairant. La question posée n'est pas de savoir si la spécificité de la pratique ou de l'accord ultérieur «peut» avoir un effet ou non, mais celle de savoir si elle a un effet juridique et s'il faut en tenir compte – on peut d'ailleurs faire la même observation à propos du paragraphe 2 du projet de conclusion 10. D'utiles compléments, tels que ceux évoqués à juste titre au paragraphe 22 du deuxième rapport, devraient donc être apportés à ces projets de conclusion pour les doter d'une plus grande force normative.

20. Il est vrai que, d'un point de vue juridique, d'autres projets de conclusion sont plus robustes, mais c'est alors leur normativité même qui pose problème. Ainsi, on peut douter du bien-fondé des trois critères proposés à la deuxième phrase du projet de conclusion 8 étant donné que les juridictions internationales ne s'y sont pas limitées. Celles-ci ont également invoqué les critères de la clarté, du caractère non contesté de la pratique, ou de son caractère ancien. Dans l'affaire *Pérou c. Chili*, par ailleurs, la Cour internationale de Justice a accordé plus de poids à la pratique proche de la date de conclusion de l'accord. On pourrait faire valoir, plus fondamentalement, que tout est affaire d'espèce, que cette appréciation relève davantage du régime de la preuve que des règles d'interprétation et qu'il serait dès lors difficile de poser des critères en la matière. Ainsi, dans l'affaire de *l'Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, la Cour internationale de Justice n'a fait que vérifier si la pratique établissait un accord sans énoncer de critères généraux pour aboutir à cette conclusion. Le Rapporteur spécial a d'ailleurs rappelé que telle était la démarche habituelle des juridictions internationales, à l'exception de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), ce dont il faudrait tenir compte.

21. Passant à des points de droit plus précis, M. Forteau dit qu'il persiste à penser qu'un accord ultérieur, au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, a un effet contraignant pour l'interprète. Il ne pense pas, après l'avoir attentivement relue, que la jurisprudence mentionnée par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport soit de nature à justifier le paragraphe 1 du projet de conclusion 9. Le commentaire du projet de conclusion 4 adopté à la session précédente n'apporte pas davantage d'explications quant aux éléments sur lesquels le Rapporteur spécial se fonde. Or on voit mal comment une juridiction pourrait ne pas s'estimer liée par un accord entre toutes les parties au traité concernant telle ou telle interprétation à donner à celui-ci, y compris dans les situations où cet accord ultérieur intervient en dehors des procédures institutionnelles prévues pour l'interprétation du traité. Ainsi, dans sa décision du 24 avril 2012 en l'affaire *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, l'Organe d'appel de l'OMC a tout d'abord considéré que la Décision ministérielle de Doha⁹¹ ne constituait pas une interprétation multilatérale au sens du paragraphe 2 de l'article IX de

l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce⁹². Il a ensuite estimé que cette décision pouvait tout à fait constituer un accord ultérieur au sens du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne⁹³, se fondant sur le projet d'articles sur le droit des traités adopté en 1966 par la Commission du droit international et les commentaires y relatifs⁹⁴. Pour l'Organe d'appel, tout accord «influ[ant] spécifiquement» sur l'interprétation d'un traité «[devait]» être pris en compte dans l'interprétation de celui-ci, étant donné que, conformément au projet d'articles susmentionné, un tel accord ultérieur était «réputé incorporé au traité aux fins de son interprétation»⁹⁵. Il semble donc que le Rapporteur spécial ait retenu une conception trop large de la notion d'accord, qui conduit à brouiller la distinction entre les moyens d'interprétation de l'article 31 et ceux de l'article 32: un engagement non contraignant relève de l'article 32 mais ne peut pas relever de l'article 31.

22. Tout en souscrivant pleinement à la conclusion du Rapporteur spécial quant au rôle du silence en tant qu'élément constitutif d'un accord au sens du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, M. Forteau appelle l'attention sur le fait que dans l'affaire du *Navire « Virginia G »*, le Tribunal international du droit de la mer a estimé que «l'absence d'objection formelle» à la législation de plusieurs États relative au ravitaillement de navires étrangers montrait que celle-ci était «généralement respectée» (par. 218 de l'arrêt). Pour ce qui est du projet de conclusion 6, M. Forteau doute qu'on puisse y traiter de la même manière les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne. Il est loin d'être acquis que ce qui est dit dans ce projet de conclusion au sujet de la pratique ultérieure au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne vaille aussi pour la pratique ultérieure au sens de l'article 32. Enfin, contrairement à ce qu'indique son intitulé, le chapitre VI du deuxième rapport n'est pas consacré à la question fondamentale de la portée interprétative des accords ou de la pratique ultérieurs, qui est traitée en réalité dans les projets de conclusions 7 et 8. À cet égard, M. Forteau ne saisit pas bien la différence entre l'effet, la valeur et la portée interprétative des accords et de la pratique ultérieurs et estime que ces différents termes, en grande partie équivalents, employés dans les projets de conclusions 7, 8 et 11, pourraient être regroupés dans une seule et même conclusion.

23. M. MURASE dit que, étant donné que l'intérêt des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 réside en grande partie dans leur ambiguïté, qui laisse aux États et aux juridictions nationales et internationales une certaine marge de manœuvre, la Commission devrait s'employer à rechercher un équilibre approprié entre souplesse et précision dans l'élaboration de ses projets de conclusion. Ce n'est pas chose

⁹² OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle [États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle]*, document WT/DS406/AB/R, par. 255. Disponible à l'adresse suivante: www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/ab_reports_f.htm.

⁹³ *Ibid.*, par. 268.

⁹⁴ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 241 (paragraphe 14 du commentaire relatif au projet d'article 27).

⁹⁵ *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* (voir *supra* la note 92), par. 265 et 269.

⁹¹ OMC, «Décision ministérielle sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre», adoptée le 14 novembre 2001, document WT/MIN(01)/17, dans *Les textes du Cycle de Doha et documents connexes*, disponible à l'adresse suivante: www.wto.org/french/res_f/booksp_f/doha_round_texts_f.pdf.

facile, comme en témoignent les projets de conclusions 6, 9 et 11, dont l'utilité est loin d'être évidente. M. Murase se demande même s'il ne vaudrait pas mieux adopter des «projets de directive», plutôt que des «projets de conclusion», la notion de conclusion étant à son goût trop réductrice.

24. Relevant avec préoccupation l'absence de considérations relatives à l'élément temporel, pourtant crucial, M. Murase fait valoir que la Commission devrait apporter une réponse à la question de savoir à partir de quel moment une disposition conventionnelle peut être considérée comme constituant une pratique ultérieure, ce qui pourrait être fait au projet de conclusion 8. Il importe également de se faire une idée plus précise du moment où l'interprétation de dispositions conventionnelles cesse et où leur application commence.

25. Il n'est pas certain que l'on puisse traiter les conférences des parties comme si elles étaient toutes semblables. Leurs compétences et fonctions variant selon le traité multilatéral auquel elles se rapportent, leur pertinence est loin d'être égale du point de vue des accords et de la pratique ultérieurs. Il ne faut pas oublier non plus qu'en raison de leur nature même, certaines dispositions conventionnelles ne peuvent pas être interprétées au moyen des accords ou de la pratique ultérieurs. C'est pourquoi il conviendrait d'inclure, dans le paragraphe 2 du projet de conclusion 10, la formule «et selon la nature de la disposition en cause» après «Selon les circonstances», et les mots «ou non» après le verbe «peut». M. Murase considère en outre que contrairement à ce que sous-entend le paragraphe 3 du projet de conclusion 10, il n'est pas toujours possible d'assimiler le consensus à un «accord», ce qui devrait être précisé dans le commentaire.

26. M. Murase voudrait aussi relever ce qui lui paraît être une contradiction dans l'arrêt rendu en l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* par la Cour internationale de Justice: aux fins de l'interprétation de l'article VIII de la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, la Cour a considéré dans un premier temps que les résolutions et lignes directrices de la Commission baleinière internationale relatives à l'utilisation de méthodes non létales⁹⁶ sont des instruments qui «ne sauraient [...] être considérés comme constitutifs d'un accord ultérieur [...], ni d'une pratique ultérieure», parce qu'ils «ont été adoptés sans l'appui de tous les États parties à la Convention, et en particulier sans l'aval du Japon», se référant dans un deuxième temps aux «importantes avancées réalisées dans le domaine des techniques non létales au cours des vingt dernières années» (par. 83 et 137 de l'arrêt). Enfin, M. Murase voudrait souligner qu'il conviendrait de mieux agencer les projets de conclusions 7 (par. 2), 8 et 11, qui se recourent partiellement. Quant au projet de conclusion 4,

relatif à la définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure, il devrait venir avant le projet de conclusion 3 qui est une disposition de fond.

La séance est levée à 12 h 40.

3206^e SÉANCE

Vendredi 16 mai 2014, à 10 h 5

Président: M. Kirill GEVORGIAN

Présents: M. Cafilisch, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (suite) [A/CN.4/666, partie II, sect. A, A/CN.4/671, A/CN.4/L.833]

[Point 6 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. PARK dit que les six nouveaux projets de conclusion semblent avoir un caractère assez général et descriptif. Étant donné que la tâche de la Commission est d'offrir des directives précises aux États, qui sont les premiers appelés à interpréter un traité, il serait bon de modifier ou d'améliorer certains des termes qui y sont employés.

2. Au projet de conclusion 6, les expressions «exige un examen approfondi» et «sont motivées par d'autres considérations» présentent une certaine ambiguïté, de même que, au projet de conclusion 7, «en particulier en restreignant ou en élargissant» et «peut dépendre, entre autres, de leur spécificité». De fait, M. Park s'interroge sur la pertinence du contenu du projet de conclusion 7, car la Cour européenne des droits de l'homme est la seule juridiction internationale qui se limite à une évaluation comparée de caractère général de la pratique ultérieure. L'emploi du modal «peut» et de l'expression «entre autres» au second paragraphe de ce projet de conclusion ne paraît pas suffisant pour rendre compte de la diversité de la jurisprudence internationale en la matière. On peut, en outre, douter de l'opportunité de faire de la spécificité de la pratique ultérieure un critère permettant d'établir sa valeur.

3. En ce qui concerne le projet de conclusion 8, M. Park dit que, si une conduite donnée recueille l'assentiment de tous les États parties à un traité, conformément à ce qui est prévu au paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, cette conduite doit être considérée comme un accord ultérieur et non comme une pratique ultérieure. La pratique ultérieure au sens du paragraphe 3

⁹⁶ G. Donovan (dir. publ.), Annex Y «Guidelines for the review of scientific permit proposals» to the Report of the Scientific Committee, *The Journal of Cetacean Research and Management*, vol. 3, Suppl. (juin 2001), p. 371 et 372; et G. Donovan (dir. publ.), Annex P «Process for the review of special permit proposals and research results from existing and completed permits» to the Report of the Scientific Committee, *The Journal of Cetacean Research and Management*, vol. 16, Suppl. (avril 2015), p. 349 à 353. Disponibles en ligne sur le site Web de la Commission baleinière internationale, à l'adresse suivante: <https://iwc.int/accueil>, rubrique «Documents & Archives».