



Les traités successifs en droit international

Colin Beziade

Mémoire de Master 2 recherche Droit international public

*Sous la direction de Kiara Neri
Maître de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Centre de droit International*

N° 10

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit
Équipe de Droit International Européen et Comparé – EA n° 4185
Lyon – 2015

**Le présent ouvrage peut être utilisé, par de courtes citations, pour un usage personnel et non destiné à des fins commerciales.
Il doit être cité comme suit :**

Beziade (Colin). – *Les traités successifs en droit international.* – Mémoire de Master 2 recherche Droit international public / sous la direction de Kiara Neri, Maître de conférences. – Lyon : Équipe de Droit International, Européen et Comparé, 2015. – 150 p. – (Les Mémoires de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé : n° 10). – Document disponible sur le site web de l'**Équipe de Droit International, Européen et Comparé**, à l'adresse : <http://ediec.univ-lyon3.fr/publications>.

ISSN : 2778-2441

Directrice de publication : Frédérique Ferrand, Professeur des universités, Agrégée de droit privé, Directrice de l'**Équipe de Droit International, Européen et Comparé**

Responsable d'édition : Véronique Gervasoni, Responsable administrative de l'EDIEC

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit

Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185

15 quai Claude Bernard, BP 0638, 69239 Lyon Cedex 02

BP 0638 – 69239 Lyon Cedex 02 – **Tél.** : ++ 00 / 33 478 787 251

Courriel : ediec@univ-lyon3.fr – **Web :** <http://ediec.univ-lyon3.fr>



Les traités successifs en droit international

Colin Beziade

Mémoire de Master 2 recherche Droit international public

*Maître de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Centre de droit International*

N° 10

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit
Équipe de Droit International Européen et Comparé – EA n° 4185
Lyon – 2015

REMERCIEMENTS

Je voudrais adresser mes remerciements les plus sincères à Madame Kiara Neri pour l'attention et la patience avec lesquelles elle aura bien voulu me guider tout au long de la réalisation de ce mémoire de master 2. La disponibilité dont elle aura su faire preuve à l'égard de mon travail et de mes questionnements m'auront permis d'envisager cet exercice avec plus de sérénité.

Je remercie également Madame Hélène Hamant d'avoir accepté de siéger dans mon jury.

J'associe à ces remerciements l'ensemble des membres du Centre de droit international pour leur aide précieuse tout au long de ce travail. J'aimerais remercier en particulier Françoise Paccaud pour son dévouement envers la promotion du master 2 Droit international public, ses conseils avisés et sa porte constamment ouverte.

J'aimerais aussi exprimer ma gratitude envers Anne Lagerwall qui aura eu la gentillesse et la générosité de me faire parvenir un exemplaire de sa thèse de doctorat, source d'inspiration dans la réalisation de mon travail.

Il me sera permis de remercier mes camarades de promotion pour leurs précieux conseils et questionnements.

Enfin, il me reste à remercier mes amis et mes parents pour leur soutien sans faille tout au long de mes études et encore plus durant cette année en acceptant de relire et corriger ce mémoire.

TABLE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

AFDI	Annuaire Français de Droit International
AIDI	Annuaire de l'Institut de Droit International
AJIL	American Journal of International Law
AJPIL	Austrian Journal of Public and International Law
ASDI	Annuaire Suisse du Droit International
ASIL	American Society of International Law
AsYIL	Asian Yearbook of International Law
BYBIL	British Yearbook of International Law
CDI	Commission du Droit International
CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CIADH	Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme
CIJ	Cour Internationale de Justice
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs à l'Investissement
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law
Cour EDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CPJI	Cour Permanente de Justice Internationale
EJIL	European Journal of International Law
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GYBIL	German Yearbook of International Law
ICLR	International Community Law Review
JDI	Journal du Droit International
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
NJIL	Nordic Journal of International Law
NYIL	Netherland Yearbook of International Law
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
ONU	Organisation des Nations Unies
ORD	Organe de Règlement des Différends
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
PELJ	Potchefstroom Electronic Law Journal
PUF	Presse Universitaire de France
RBDI	Revue Belge de Droit International
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RCDIPr	Revue Critique de Droit International Privé
RDC	République Démocratique du Congo
RDI	Revue de Droit International
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RSA	Recueil des Sentences Arbitrales
SDN	Société Des Nations
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TPICE	Tribunal de Première Instance des Communauté Européennes
TPIY	Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie
TUE	Traité sur l'Union Européenne
WTO	World Trade Organization
YILC	Yearbook of the International Law Commission
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Revue de droit public comparé et de droit international)

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE – LES SOLUTIONS CLASSIQUES PROPOSÉES PAR LE DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL

CHAPITRE 1 – LA HIÉRARCHIE RELATIVE ENVISAGÉE PAR CERTAINES RÈGLES DE CONFLIT

CHAPITRE 2 – LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT COMME SOLUTION PONCTUELLE A LA RÉOLUTION DE CONFLITS NORMATIFS

DEUXIÈME PARTIE – LES SOLUTIONS INSUFFISANTES PROPOSÉES PAR LA CODIFICATION DU DROIT DES TRAITÉS

CHAPITRE 2 – L'APPORT RELATIF DE LA CODIFICATION DU DROIT DES TRAITÉS

CHAPITRE 2 – LES SOLUTIONS SUPPLÉANT L'APPORT RELATIF DE LA CODIFICATION

« Il est à mon avis possible de comparer l'ordre juridique avec une tapisserie. L'ordre juridique international, comme tout ordre juridique par ailleurs, peut en effet être comparé avec une tapisserie. Si nous observons attentivement "l'endroit" d'une tapisserie, nous y percevons un ensemble de dessins, de couleurs, de formes qui constitue l'ensemble de cette tapisserie. Mais si nous observons son "envers", nous ne verrons, en revanche, qu'un ensemble de nœuds, de croisements, de mélanges de fils conformant des mélanges de couleurs, de fils coupés, etc. C'est précisément ces derniers qui ont produit, dessiné, permis d'arriver à la tapisserie que nous voyons de l'autre côté, à "l'endroit". Lorsque tous ces nœuds, croisements, et mélanges sont structurellement bien liés, la partie extérieure de la tapisserie est perçue comme une unité. Mais si ces mêmes nœuds, croisements et mélanges ne sont pas bien organisés et sont donc structurellement mal unis, la partie extérieure perd toute son harmonie et deviendra, visuellement, quelque chose de fragmentaire. Dans l'ordre juridique, la partie extérieure de la tapisserie, "l'endroit", est l'ensemble des normes primaires établissant des droits et des obligations entre les sujets. "L'envers" de l'ordre juridique est pour sa part formé par l'ensemble des normes secondaires relatives aux sources, aux sujets, aux critères de validité des normes, aux conséquences de leur violation ou aux moyens de règlement des différends »¹.

Dans le sillage de Jorge Cardona Llorens, il nous est apparu intéressant de partir de cette métaphore de la tapisserie pour introduire notre propos, les traités successifs en droit international.

En effet, comme le fait remarquer Jorge Cardona Llorens, plusieurs éléments doivent être réunis pour que l'ordre juridique international puisse être envisagé comme cohérent. Dans le cadre de notre étude, nous nous intéresserons à un de ces éléments, les règles de conflits en droit international public qui permettent, en théorie, dès lors que deux traités entrent en « contact » (hypothèse de principe des traités successifs) de déterminer quelle règle « prévaudra »².

Cette problématique de la compatibilité des traités n'est pas nouvelle. En effet, dès 1932, Charles Rousseau, dans un article intitulé « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », énonçait que, « parmi les problèmes juridiques qui se posent aujourd'hui avec le plus d'acuité, il n'en est peut-être pas de plus actuel que celui de la compatibilité des traités »³. On pourrait reprendre telle quelle cette affirmation aujourd'hui tant la question n'a pas perdu en importance, voire même s'est densifiée et complexifiée. Mais avant toute chose et par souci de clarté, il convient de poser un cadre sémantique précis.

Concernant tout d'abord la notion de traité, elle est définie par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969⁴ à l'article 2§1a) qui dispose que « 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 ».

¹ J. Cardona Llorens, « Le rôle des traités », p. 31-32 in : R. Huesa Vinaixa, K. Wellens, *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

² L'utilisation à dessein de guillemets est ici employée pour ne pas présupposer des précisions terminologiques qui suivront. Comme nous le verrons plus tard, des débats existent quant à savoir ce qu'il faut entendre par « conflit » entre deux normes en droit international, ou encore sur la question de savoir s'il faut privilégier une solution en termes de validité ou de simple priorité d'application.

³ Ch. Rousseau, De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international, *RGDIP* 1932.133.

⁴ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janv. 1980.

Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet définissent eux le traité comme « tout accord conclu entre deux ou plusieurs sujets du droit international, destiné à produire des effets de droit et régi par le droit international »⁵. Paul Reuter quant à lui considère un traité comme « une manifestation de volontés concordantes imputables à deux ou plusieurs sujets de droit international et destinée à produire des effets de droit selon les règles du droit international »⁶. Également, pour Jean Combacau et Serge Sur, un traité peut être défini comme « un accord international, imputable à deux ou plusieurs sujets de droit international, par lequel les parties sont liées et qui doit être exécuté de bonne foi »⁷. Enfin, selon Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, « le traité est l'expression de volontés concordantes, émanant de sujets de droit dotés de la capacité requise, en vue de produire des effets juridiques régis par le droit international »⁸.

Suzanne Bastid précise qu'« il convient de relever la diversité des termes employés en fonction des circonstances : traité, accord, convention, constitution, pacte, Charte, échange de lettres, échanges de notes, protocole, etc. »⁹. C'est également l'avis de la Commission du droit international qui, lors des travaux préparatoires à la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 est venue préciser qu'« il est parfaitement légitime d'utiliser le terme générique de "traité" (...) pour couvrir tous les accords internationaux (...) la seule autre expression générique qu'on pourrait employer serait "accord international" »¹⁰, ne faisant par-là que reprendre l'idée qui émane des deux conventions de Vienne sur le droit des traités¹¹. Comme le précise Raphaël Rivier, « la définition retenue témoigne de la souplesse de la pratique conventionnelle, indifférente autant à la façon dont les parties désignent les actes qu'elles concluent qu'à la forme qu'elles leur assignent (...) rien ne s'oppose à ce que ces instruments soient des traités au sens de la convention de Vienne [de 1969 et donc 1986] »¹².

Finalement, il ressort de ces définitions un consensus quasi unanime en doctrine selon lequel un traité est composé de quatre éléments : la conclusion d'un accord (1) entre sujets du droit international (2) créateur d'effets de droit (3) et soumis au droit international (4). Consensus quasi unanime car il existe tout de même quelques points sur lesquels des hésitations perdurent. Nous nous limiterons ici à l'étude de deux d'entre eux.

Tout d'abord, plusieurs auteurs se sont interrogés sur la nature de certains contrats et sur la possibilité de leur conférer la qualité de traité international (on pensera notamment aux accords conclus entre États et certaines entreprises privées, entre États et organisations non gouvernementales, ou encore ceux conclus dans les siècles passés avec des populations autochtones)¹³ ou à l'inverse sur la qualité de traité conféré à certains engagements en vertu

⁵ P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ., 8^e éd., 2009, p. 132, n° 62.

⁶ P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, Paris, PUF, 3^e éd., 1995, p. 26.

⁷ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 11^e éd., 2014, p. 79.

⁸ P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 12^e éd., 2014, p. 295.

⁹ S. Bastid, *Les traités dans la vie internationale*, Paris, Economica, 1985, 303 p, p. 17.

¹⁰ Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires, *ACDI* 1966, vol. II, p. 205.

¹¹ Convention de Vienne, 1969, préc., art. 2 §1 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 ».

Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, Vienne, 21 mars 1986, non encore en vigueur, art. 2§1 a : « L'expression "traité" s'entend d'un accord international régi par le droit international et conclu par écrit : i) Entre un ou plusieurs États et une ou plusieurs organisations internationales; ou entre des organisations internationales ; que cet accord soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière ».

¹² R. Rivier, *Droit international public*, Paris, PUF, 2^e éd., 2012, p. 37.

¹³ V. sur ce point (entre autres) J.A. Barberis, Le concept de traité international et ses limites, *AFDI* 1984.248 ; P.

desquels les États se comportent comme des contractants privés¹⁴.

Ensuite, le critère de la forme écrite précisée par les conventions de Vienne de 1969 et 1986 a pu porter également à débat, notamment dans la doctrine anglo-saxonne ayant recours aux notions de « gentlemen's agreements » ou encore de « non-binding agreement »¹⁵, tous étant d'accord pour considérer ces accords comme certes informels, mais tout de même comme « créant des droits et obligations réciproques insusceptibles de fonder immédiatement la responsabilité des parties »¹⁶. On pourra aussi rappeler dans le même ordre d'idée un arrêt de la Cour internationale de justice de 2014 qui s'est fondé sur un accord tacite passé entre le Chili et le Pérou pour rendre sa décision¹⁷ ou encore une sentence du tribunal CIRDI de 2006 dans laquelle le tribunal a rappelé « there are no specific requirements of form in public international law for the existence of an agreement »¹⁸.

Bien que ces questions soient riches d'intérêts, nous nous limiterons, dans le cadre de notre étude, par souci de clarté, à l'étude des seuls traités tels que définis par la Convention de Vienne de 1969, c'est-à-dire les traités conclus sous forme écrite entre sujets du droit international, créant des effets juridiques et soumis au droit international.

Concernant désormais la notion de traité successif, il nous est apparu intéressant de partir de la définition d'un ouvrage de terminologie juridique qui fait œuvre de référence en la matière. Selon Jean Salmon, les termes de traités successifs doivent être entendus comme des « traités conclus à des dates différentes portant sur la même matière et dont les Parties sont, en totalité ou en partie, les mêmes »¹⁹. Quant à la Convention de Vienne sur le droit des traités, elle retient, à son article 30 l'expression de « traités successifs portant sur la même matière »²⁰. Plusieurs éléments sont à retenir de ces deux définitions. En ce sens, il convient de noter la référence faite à la successivité d'une part, et celle faite à la même matière d'autre part.

La question centrale et qui sous-tend toute la problématique des traités successifs, est celle de la compatibilité des normes conventionnelles et donc celle de la résolution du conflit qui peut naître entre deux traités. C'est pourquoi, aux examens terminologiques de la successivité et de la même matière, il convient d'ajouter celui de conflit de normes.

Concernant donc tout d'abord la référence à la successivité. Le terme *successif* présente selon certains auteurs quelques faiblesses. Comme le rappelait Emmanuel Roucounas dans son cours de 1987 « Engagements parallèles et contradictoires » dispensé à l'Académie de droit international de La Haye, une référence à la successivité « peut laisser entendre que les appréciations ne sont valides que lorsqu'elles portent sur des normes ayant la même provenance »²¹. Selon lui, cela écarterait donc du champ de l'étude les conflits potentiels entre traité et coutume. Bien que soutenable, cette première faiblesse soulevée par Emmanuel Roucounas n'a pas grande importance dans le cadre de notre étude sur les traités successifs, le terme traité venant *ipso facto* exclure ce type de conflit de l'étude.

Reuter, « Traités et transactions. Réflexions sur l'identification de certains engagements conventionnels », *Mél. Ago I*, p. 399-415.

¹⁴ Voir sur ce point Verhoeven, Traités ou contrats entre États ?, *JDI* 1984.5.

¹⁵ Voir sur ce point (entre autres) E. Lauterpacht, « *Gentlemen's Agreements* », *Mél. Mann*, 1977 ; P.M. Eisemann, Le *gentlemen's agreement* comme source du droit international, *JDI* 1979.326.

¹⁶ P.M. Eisemann, Le *gentlemen's agreement* comme source du droit international, préc., p. 347, § 24.

¹⁷ CIJ, arrêt, 27 janv. 2014, *Différend maritime (Pérou c/ Chili)*, *Rec.* 2014.

¹⁸ CIRDI, Sentence arbitrale, 31 janv. 2006, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/ Jordanie*, aff. n° ARB/02/13, p. 23, § 76.

¹⁹ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1094.

²⁰ Convention de Vienne, 1969, préc., art. 30, p. 133.

²¹ E. Roucounas, Engagements parallèles et contradictoire, *RCADI* 1987-IV, vol. 206, p. 35.

Ensuite, ce terme de successif peut laisser entendre une sorte de préférence, de primauté pour ce qui vient après, en mettant trop l'accent sur le poids du temps. En effet, sur ce point, il conviendrait de rappeler que cette même référence à la successivité avait été exclue de l'énoncé de l'article 38 par le comité des juristes en 1920 lors des travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de justice internationale, car une énumération des sources par ordre successif aurait risqué d'établir une sorte de hiérarchie des sources du droit international.²² Ici, bien que cet argument ait pu trouver écho en 1920, il ne semble pas qu'il puisse être retenu aujourd'hui concernant le cas des traités successifs, logiquement car le reconnaître viendrait vider la question de sa substance, le traité postérieur se voyant dès lors toujours préféré²³. C'est pourquoi, bien que le choix du mot successif puisse porter à débat, nous retiendrons dans le cadre de notre étude une définition sommaire de ce terme excluant alors toute idée de hiérarchie sans autre examen de la norme que celui de sa place dans le temps.

Concernant désormais la référence à la même matière, c'est sûrement la question qui a causé les plus gros débats en doctrine avec celle de conflit de normes (que nous verrons ensuite). Certains auteurs ont considéré qu'il fallait opter pour une vision restrictive de cette notion de « même matière ». C'est notamment le cas d'Anthony Aust qui estime que « the meaning of the expression 'relating to the same subject-matter' is not clear but should probably be construed strictly, so that the article would not apply when a general treaty impinges indirectly on the content of a particular provision of an earlier treaty »²⁴. Ce dernier estime donc que l'expression de la même matière doit être lue de façon stricte pour éviter les conflits où un traité général postérieur viendrait empiéter sur le champ d'application d'un second traité particulier plus ancien²⁵.

Aussi, selon Andrea Schultz, l'expression de la même matière « has to be construed narrowly » pour évincer l'application de la Convention de Vienne de 1969 au profit de la règle de la *lex specialis*²⁶. Dans le même ordre d'idée, Sir Ian McTaggart Sinclair énonce « it would seem that the expression 'related to the same subject-matter' must be construed strictly. It will not cover cases where a general treaty impinges indirectly on the content of a particular provision of an earlier treaty »²⁷. Enfin, Christopher J. Borgen également considère que « the VCLT is not applicable to the thornier issues of what happens when treaties have different foci but overlapping issues areas »²⁸.

On le voit donc, tous ces auteurs, sous diverses considérations, estiment qu'il faut une lecture restrictive de la notion de même matière contenue dans la Convention de Vienne de 1969.

Cependant, et comme le précise Christopher J. Borgen, bien souvent les conflits les plus

²² Voir sur ce point B. Cheng, *General Principles of Law as applied by international courts and tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 20.

²³ Nous démontrerons dans nos développements ultérieurs que cette solution n'est évidemment pas celle retenue en pratique.

²⁴ A. Aust, *Modern treaty law and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 183.

²⁵ Anthony Aust semble, par cette explication, reconnaître une portée générale au principe de la *lex prior* qui sera discuté plus tard.

²⁶ A. Schultz, « The relationship between the judgments project and other international instruments », *Hague Conference on Private International Law*, Prel. Doc. No. 24, http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd19e.pdf (dernière visite le 5 mai 2015), p. 6, §§ 8-10.

²⁷ I. Sinclair, *The Vienna convention of the law of treaty*, Manchester, Manchester University Press, 2^e éd., 1984, p. 98.

²⁸ C. Borgen, Resolving treaty conflicts, *George Washington International Law Review*, 2005, vol. 35, p. 603.

importants surviennent entre deux traités ayant en apparence, des matières différentes²⁹. C'est pourquoi, plus tard dans son argumentaire, il revient, après avoir fait une analogie du droit des traités avec le droit des contrats³⁰ mais également avec la « statute interpretation »³¹, sur cette question et estime qu'il serait opportun de faire une lecture plus large de la notion de même matière en considérant non plus comme important la dénomination officielle du traité, mais plus ses éventuels domaines d'action effectifs.

C'est également l'avis de Vierdag qui estimait que la condition selon laquelle les instruments doivent porter sur la même matière est de nature à poser des problèmes extrêmement difficiles en théorie, mais que cela n'était pas le cas en pratique. En effet il ajoutait « if an attempted simultaneous application of the two rules to one set of facts or actions leads to incompatible results it can be safely assumed that the test for sameness is satisfied »³². Selon lui donc, la condition de l'identité de matière est remplie dès lors que deux traités entrent en contact l'un avec l'autre, ou pour être plus précis, lorsqu'ils semblent orienter la partie qui veut les appliquer à deux résultats distincts.

Enfin la Commission du droit international est venue dans un rapport de 2006 donner son avis sur la question. D'après elle, « l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités suggère en effet des techniques à même de gérer de traités successifs portant sur « la même matière ». Il a été dit que l'article 30 n'est donc pas applicable en cas de conflit par exemple entre un traité commercial et un traité qui touche à l'environnement parce qu'ils portent sur des questions différentes. Ce ne saurait être le cas puisque les qualificatifs (« commercial », « environnemental ») n'ont aucune valeur normative en soi. Il s'agit simplement d'étiquettes informelles censées décrire les instruments en fonction des intérêts ou des objectifs politiques en jeu »³³.

Pour la Commission du droit international, il faut donc comprendre la notion de la même matière dans un sens large puisque ces « qualificatifs ont moins à voir avec la "nature" de l'instrument qu'avec les intérêts en jeu »³⁴. Elle considère que leur choix résulte d'un procédé purement arbitraire et prend l'exemple d'un traité sur le transport par mer de produits chimiques. Celui-ci touche tout à la fois le droit de la mer, le droit commercial ainsi que le droit de l'environnement. Toute prévalence d'un secteur plutôt qu'un autre ne serait que pure interprétation discrétionnaire puisqu'il n'existe pas de système de classification officiel des différentes matières. En l'absence d'un tel système, il n'est donc pas possible selon la Commission de se référer au critère de la matière d'un traité pour en déduire son éventuelle application par rapport à un autre³⁵.

La Commission du droit international a donc opté pour une vision souple du critère de la même matière, estimant, comme l'avait fait Vierdag, que l'on peut parler de même matière dès lors que deux dispositions de deux traités se chevauchent, trouvent à s'appliquer en même temps, mais « semblent pointer dans des directions différentes »³⁶.

²⁹ *Ibid.*, p. 580.

³⁰ *Ibid.*, p. 626.

³¹ *Ibid.*, p. 632-633.

³² E.W. Vierdag, *The Time of Conclusion of a multilateral treaty : article 30 of the Vienne Convention of the Law of Treaties and Related Provisions*, *BYBIL*, 1988, vol. 59, p. 100.

³³ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, 13 avr. 2006, A/CN.4/L.682, p. 18.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibid.*, p. 19, Le raisonnement contraire aboutissant sinon à une « *reductio ad absurdum* » selon la Commission.

³⁶ *Ibidem*.

Il semble opportun de se rallier à la vision de la Commission du droit international et ceux pour deux raisons principales. Tout d'abord, il convient de rappeler que c'est cette même Commission qui est à l'origine de l'utilisation de ce terme de même matière. En effet, après plusieurs débats durant les longs travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969, c'est à partir du projet d'article de 1966 que la notion fut retenue³⁷. Dès lors, il apparaît logique qu'elle fasse œuvre de référence lorsqu'il est question de préciser le sens de ses propres mots.

Aussi, et la Commission l'a dit à demi-mot, une vision stricte de la même matière viendrait vider en substance la majeure partie de la problématique en considérant que seuls les traités ayant des qualificatifs voisins puissent se chevaucher. Cette vision, en plus d'être une interprétation audacieuse de l'intention de la Commission venant restreindre de manière excessive la portée de l'article 30, ne reflète guère la réalité.

Concernant enfin l'examen de la notion de conflit de normes, comme nous l'avons dit plus tôt, elle a fait l'objet d'un débat dense en doctrine puisque comme a pu le relever Christopher J. Borgen, « there is no generally accepted definition of what constitute a conflict between treaties »³⁸. Ainsi, à l'issue d'une étude sommaire de la doctrine tant française qu'anglo-saxonne, il nous est apparu évident de classer les différentes visions d'auteurs en deux catégories : ceux ayant une conception étroite de la notion de conflits de normes et ceux retenant une conception plus large.

Pour les tenants d'une vision étroite de la notion, un conflit de norme ne pourra survenir entre deux traités que lorsque les dispositions qu'ils contiennent se contredisent directement³⁹. La définition de C. Wilfred Jenks pour les tenants de cette pensée fait œuvre de référence en la matière. Selon lui, un conflit doit être entendu comme « a divergence between treaty provisions dealing with the same subject or related subjects does not in itself constitute a conflict. Two law-making treaties with a number of common parties may deal with the same subject from different points of view or be applicable in different circumstances, or one of the treaties may embody obligations more far-reaching than, but not inconsistent with, those of the other. A conflict in the strict sense of direct incompatibility arises only where a party to the two treaties cannot simultaneously comply with its obligations under both treaties »⁴⁰.

Selon lui, donc, un conflit ne pourrait survenir que dès lors que deux traités se contredisent directement et explicitement. C'est également la vision de Friedrich Klein qui estime que deux traités ne peuvent être en conflit que lorsqu'ils se contredisent formellement et de façon inextricable⁴¹. Wolfram Karl est lui aussi partisan de cette théorie puisqu'il énonce que « technically speaking, there is a conflict between treaties when two (or more) treaty instruments contain obligations which cannot be complied with simultaneously »⁴². À ce stade, il peut être utile de citer la vision d'Oppenheim qui nous apparaît certes extrême, mais intéressante. Il considère qu'il faut présumer que les parties à un traité n'aient pas voulu adopter de dispositions contraires et dès lors, éviter tout conflit possible via interprétation, ce

³⁷ Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires, préc., p. 233-237, §§ 1 et 13.

³⁸ C. Borgen, « Resolving treaty conflicts », préc., p. 575, citant Joost Pauwelyn « the definition of when two norms of international law are in conflict has, surprisingly, attracted little attention. Most authors writing on the topic of interplay of hierarchy of norms do not even provide a definition » dans J. Pauwelyn, *Conflict of norms in international law: how WTO law relates to other rules of international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 166.

³⁹ Par exemple, un traité A obligerait alors qu'un traité B, lui, interdirait ; on est là dans le cas d'une contradiction évidente.

⁴⁰ W. Jenks, *The conflict of law-making treaties*, BYBIL 1953, p. 425-426.

⁴¹ Cité dans J. Pauwelyn, *Conflict of norms in international law : how WTO law relates to other rules of international law*, op. cit., p.167, note 24.

⁴² Wolfram (K.), « Conflicts between treaties », *Encyclopedia of public international law*, 1992, vol. IV, p. 937.

qui pourrait être considéré comme une vision « super-stricte » de la notion de conflit en droit international⁴³.

Pour ces auteurs donc, la notion de conflits de normes en droit international doit recevoir une acception étroite. Cependant, Wilfred Jenks lui-même était conscient des limites de cette théorie puisqu'il énonçait : « A divergence which does not constitute a conflict may nevertheless defeat the object of one or both of the divergent instruments. Such a divergence may, for instance, prevent a party to both of the divergent instruments from taking advantage of certain provisions of one of them recourse to which would involve a violation of, or failure to comply with, certain requirements of the other. A divergence of this kind may in some cases, from a practical point of view, be as serious as a conflict; it may, for instance, render inapplicable provisions designed to give one of the divergent instruments a measure of flexibility of operation which was thought necessary to its practicability. Thus, while a conflict in the strict sense of direct incompatibility is not necessarily involved when one instrument eliminates exceptions provided for in another instrument or, conversely, relaxes the requirements of another instrument, the practical effect of the coexistence of the two instruments may be that one of them loses much or most of its practical importance »⁴⁴.

Dès lors, il reconnaissait qu'en optant pour une vision étroite de la notion de conflit étaient mises de côté certaines situations qui pouvaient être assimilables à des conflits. C'est donc pour pallier ce manque que certains auteurs ont préféré opter pour une vision plus large de la notion.

Hans Kelsen, dans sa célèbre théorie générale des normes estime qu'« un conflit entre deux normes existe quand ce que l'une pose comme obligation est incompatible avec ce que l'autre pose comme obligatoire, et quand donc l'obéissance ou l'application de l'une des deux normes implique de façon *nécessaire* ou *possible* la violation de l'autre »⁴⁵. Kelsen admet donc qu'un conflit puisse exister entre des obligations *possiblement* contradictoires.

Plus récemment, Pauwelyn en énonçant que « two norms are, therefore, in a relationship of conflict if one constitutes has led to, or may lead to a breach of the other »⁴⁶, s'est rallié à l'avis de Kelsen.

Erich Vranes est encore plus explicite puisqu'il affirme que « there is a conflict between two norms, one of which may be permissive, if in obeying or applying one norm, the other one is necessarily or possibly violated »⁴⁷. Erich Vranes estime tout comme Kelsen et Pauwelyn que l'on peut parler de conflit dès lors que des normes sont possiblement en conflit, mais aussi qu'un conflit peut naître de la rencontre d'une norme « permissive » avec un autre type de norme et non plus seulement de la rencontre de deux normes « obligeantes ».

Christopher J. Borgen lui aussi est partisan d'une vision large de la notion de conflit. Dans « Resolving treaty conflicts », il écrit : « Using [a] narrow definition of what constitute a conflict between treaties, however, is too restrictive. States are not only concerned with when it is impossible for a state to abide by two treaties, but also when one treaty frustrates the goals of another. Thus, treaty conflicts can be conceived more broadly as when a state is party to two or more treaty regimes and either the mere existence of, or the actual performance under, one

⁴³ L.F.L. Oppenheim, *International law*, Oxford, Oxford University press, 7^e éd., p. 858-859.

⁴⁴ W. Jenks, *The conflict of law-making treaties*, préc., p. 426-427.

⁴⁵ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 161 (trad. de l'allemand par Olivier Beaud et Fabrice Malkani).

⁴⁶ J. Pauwelyn, *Conflict of norms in international law: how WTO law relates to other rules of international law*, préc.

⁴⁷ E. Vranes, *The definition of norm conflict in international law and legal theory*, *The european journal of international law*, 2006, vol. 17, p. 415.

treaty will frustrate the purpose of another treaty »⁴⁸.

Selon lui donc, il faut envisager les conflits de normes de façon large comme comprenant non seulement les contradictions patentes⁴⁹, mais également les situations dans lesquelles l'existence d'un traité peut frustrer l'objectif et le but d'un autre.

Tout récemment, Gloria Gaggioli, dans sa thèse sur « L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie » a été amenée à se positionner également sur cette question du conflit de normes en droit international. Selon elle, il peut être distingué quatre types de conflits : « Lorsque les règles de conflits sont en totale contradiction (...), lorsque deux règles mènent à des résultats différents (...), lorsqu'une norme X a le même contenu qu'une norme Y mais qu'elle va plus loin que celle-ci (...), lorsque l'une des deux branches ne contient pas de règle sur une question contrairement à l'autre branche, mais seulement si ce silence est qualifié, c'est-à-dire s'il correspond à une omission intentionnelle »⁵⁰. Via cette description, il apparaît évident que Gloria Gaggioli opte pour une vision large de la notion de conflit, vision qu'elle emprunte à la Commission du droit international⁵¹.

En effet, la Commission, dans son rapport de 2006 sur la fragmentation du droit international, s'est intéressée à cette notion de conflit et en a précisé les contours. Selon elle, « un traité peut parfois frustrer les buts d'un autre traité sans qu'il y ait à strictement parler incompatibilité entre leurs dispositions. Deux traités ou ensembles de règles peuvent posséder des justifications différentes, découler de politiques législatives différentes ou viser des buts différents (...) Le présent rapport adopte une interprétation assez large du conflit dans lequel il voit une situation où deux règles ou principes suggèrent de traiter un problème à l'aide de moyens différents. Insister sur une simple incompatibilité logique fait à tort du raisonnement juridique une qualification logique. En fait, toute décision supposera de faire des interprétations et des choix entre les formules et les sens de différentes règles possibles qui ne répondent pas à un raisonnement logique »⁵².

La Commission le dit elle-même, la vision à privilégier semble donc être celle favorisant une approche large de la notion de conflit.

En ce qui nous concerne, nous avons également opté pour cette dernière vision de la notion de conflit, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, il semble que l'évolution récente de la doctrine préfère cette vision-là (et les différents exemples en attestent). Aussi et surtout, car restreindre la notion de conflit de normes à la seule hypothèse des conflits patents bornerait largement notre étude en laissant de côté une grande part des éventuels conflits possibles pouvant surgir entre deux traités ou normes et imputerait à notre étude un manque cruel d'exhaustivité.

En guise de synthèse, nous nous focaliserons donc dans le cadre de notre analyse sur l'étude des traités successifs en droit international (entendu au sens large) et donc sur la résolution des conflits de normes (également envisagés de façon large) qu'ils sont susceptibles d'entraîner, problématique que l'on pourrait qualifier d'ombre chinoise sous-tendant tout le

⁴⁸ C. Borgen, *Resolving treaty conflicts*, préc., p. 575.

⁴⁹ Pour reprendre l'expression de Sir Lauterpacht dans *The Covenant as the higher law*, BYBIL 1936.50.

⁵⁰ G. Gaggioli, *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, Paris, Pedone, 2013, p. 50-52.

⁵¹ *Ibid.*, p. 50.

⁵² ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 20.

débat autour des traités successifs.

Cette question requiert à l'heure actuelle un intérêt tout particulier au vu de l'accroissement toujours plus important de la réglementation conventionnelle que connaît la communauté internationale et donc des potentiels conflits de norme que cet accroissement peut provoquer.

En effet, comme Emmanuel Roucounas l'a fait remarquer dès 1987 dans son cours dispensé à l'Académie de droit international de La Haye, la production normative connaît une expansion spectaculaire. Il démontrait déjà à l'époque que les acteurs nouveaux de la scène internationale et les objectifs élargis des négociateurs internationaux avaient pour conséquence une « énorme normativité parallèle » et que cela se vérifiait tant au niveau bilatéral que multilatéral⁵³. Jean Salmon également dans son étude consacrée aux antinomies en droit international public énonçait plusieurs facteurs de cette augmentation du volume conventionnel. Pour n'en citer que deux, on pourra relever notamment ce qu'il appelait « le facteur temps : la création de traités est continue depuis des siècles, d'une part, et, d'autre part, à l'époque contemporaine, l'accélération du processus de création suscite des initiatives concomitantes sur des sujets identiques » ou encore « le facteur quantité : le nombre d'États et d'organisations internationales créant des conventions internationales augmente de plus en plus »⁵⁴. Christopher J. Borgen plus récemment reconnaît également l'importance qui est reconnue au droit conventionnel puisqu'il énonce : « In the second half of the twentieth century, the international state system was supported by the development of treaties. (...) States used treaties as the primary tool in the construction of (the) international institutions and in the codification (the) norms »⁵⁵. C'est également l'avis des Nations Unies qui, dans un Manuel des traités, a déclaré « treaties are the primary source of international law »⁵⁶. La Commission du droit international elle aussi confirme ce phénomène en énonçant « il va de soi que le volume de l'activité normative – législative – multilatérale n'a fait que se développer au cours des 50 dernières années »⁵⁷. Effectivement, si l'on regarde le relevé des traités et accords internationaux enregistrés ou classés et inscrits au répertoire du secrétariat des Nations Unies d'octobre 2014, le nombre dépasse les 52 000 textes⁵⁸, tout en gardant à l'esprit que ce nombre reste approximatif, étant donné que certains pays ou organisations internationales n'assurent pas régulièrement l'envoi des textes au secrétariat.

La Commission du droit international explique ce phénomène notamment par ce que les sociologues appellent la « différenciation fonctionnelle » c'est-à-dire une spécialisation de la société internationale aboutissant à une certaine autonomisation. En effet, la Commission explique que l'apparition de nouveaux droits et la réglementation de nouveaux secteurs ne se fait pas de façon fortuite, mais répond à de nouvelles attentes, de nouveaux besoins et cela peut causer des problèmes de cohérence⁵⁹.

⁵³ E. Roucounas, Engagements parallèles et contradictoires, *loc. cit.*, pp. 21-28.

⁵⁴ J. Salmon, « Les antinomies en droit international public », in C. Perelman (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 293.

⁵⁵ C. Borgen, « Resolving treaty conflicts », *préc.*, p. 573-574.

⁵⁶ ONU, Bureau des affaires juridiques, Manuel des traités, 2005, p. iv (<https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/English.pdf>) (dernière visite le 7 mai 2015).

⁵⁷ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, *préc.*, p. 11.

⁵⁸ <https://treaties.un.org/doc/Publication/Monthly%20Statement/2014/10/monstate.pdf> (dernière visite 7 mai 2015).

⁵⁹ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit*

Cette fragmentation de la société internationale peut dès lors aboutir à une fragmentation de l'ordre juridique qui en découle. C'est ce qu'explique Christopher J. Borgen : « The very success of treaties as a policy tool has caused a new dilemma : a surfeit of treaties that often overlap and, with increasing frequency, conflict with one another »⁶⁰. Wilfried Jenks, dès 1953, était également de cet avis concernant les « law making treaties » puisqu'il considérait que « these instruments inevitably react upon each other ad their co-existence accordingly gives rise to problems which can be conveniently described (...) as the conflict of law-making treaties »⁶¹. De son côté, Jorge Cardona Llorens lors d'un séminaire à Palma sur la fragmentation en droit international lui aussi soutenait que « l'inflation normative a augmenté les risques de conflits des normes »⁶². Gerhard Hafner, quant à lui, lorsque la Commission en 2000 lui avait demandé de s'intéresser aux risques que pose la fragmentation du droit international, a énuméré sept causes à la fragmentation du droit international dont la réglementation parallèle et/ou concurrente⁶³.

Cette fragmentation du droit international bien que ne cessant de s'accélérer, n'est cependant pas nouvelle. En effet, elle découle de plusieurs éléments inhérents à l'ordre juridique international.

Comme l'avait démontré avec brio Wilfried Jenks, « this situation [of fragmentation] is in part a reflection of the present structure of international organization »⁶⁴. Il identifiait en effet quatre caractéristiques inhérentes à l'ordre juridique international qui expliquaient cette fragmentation : « The absence of any overriding international legislative authority, the parallelism of international and regional action, the practical need for a functionally decentralized international legislative process and the imperfect development of the law concerning the modification of law-making treaties by revision or amendment »⁶⁵.

Ce n'est cependant pas le premier à avoir soulevé cette problématique puisque Rousseau, précurseur sur cette question des conflits de normes énonçait, dès 1932, que, « tant que les procédés d'élaboration du droit positif resteront fragmentaires et incoordonnés, il faudra se résigner à certaines désharmonies »⁶⁶. Dans la même lignée et pour revenir à Gerhard Hafner, celui-ci considère le système international comme non homogène et estime que « le droit international positif ne consiste pas en un unique ordre juridique homogène, mais essentiellement en différents systèmes partiels dont le résultat est "un système inorganisé". Il s'ensuit que le système de droit international se compose de parties et d'éléments décousus qui sont structurés différemment – ce qui fait que l'on ne peut guère parler de droit international homogène »⁶⁷.

Il est intéressant de s'arrêter quelques instants sur le vocabulaire qu'utilise Gerhard Hafner pour dénoncer les possibles effets de la fragmentation. Il considère que son résultat est un système « inorganisé » et que le système international est constitué d'éléments « décousus ». On ne peut dès lors s'empêcher de repenser à la métaphore de l'ordre

international, préc., p. 15.

⁶⁰ C. Borgen, *Resolving treaty conflicts*, préc., p. 574.

⁶¹ W. Jenks, *The conflict of law-making treaties*, préc., p. 403.

⁶² J. Cardona Llorens, *Le rôle des traités*, préc., p. 49.

⁶³ ONU, Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international*, 2000, A/55/10, p. 310.

⁶⁴ W. Jenks, *The conflict of law-making treaties*, préc., p. 403.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 450-451.

⁶⁶ Ch. Rousseau, *De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international*, *RGDIP* 1932.166. On pourrait également citer Jean Salmon qui estimait qu'un législateur international coordonnant la création des traités n'existant pas, celle-ci resterait anarchique et désordonnée : J. Salmon, *Les antinomies en droit international public*, préc., p. 292.

⁶⁷ ONU, Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international*, préc., p. 305.

international faite par Jorge C. Llorens avec laquelle nous avons introduit nos propos. Celui-ci, pour rappel, comparait l'ordre juridique international à une tapisserie dont « l'endroit » (les règles primaires et donc la cohésion du système) était totalement tributaire de la bonne organisation et du bon enchevêtrement de « l'envers » (les règles secondaires dont font notamment partie les règles de conflits de normes). De cela doit-on alors déduire que la fragmentation n'entraîne que des effets néfastes et que la seule manière de retrouver une tapisserie correctement cousue serait d'éradiquer ce phénomène ? Cette conclusion, en plus d'être – et nous venons de le démontrer – impossible, semble quelque peu hâtive et alarmante.

En effet, comme le démontrent plusieurs auteurs, la fragmentation du droit international ne possède pas que des aspects négatifs.

Emmanuel Roucounas s'était lui-même posé la question des effets possibles de l'augmentation de normativité parallèle et optait pour une réponse mitigée. Après s'être demandé si l'on était en présence d'un épanouissement normatif exprimant la volonté ferme et conséquente pour une meilleure organisation de la communauté internationale ou d'un gonflement se poursuivant à une cadence incontrôlable, il répondait de la sorte : « Face à ce lourd appareil normatif (...) le bon sens et l'instinct que sauf exception tout se fait pour le raffermissement de la coopération internationale commandent une réaction positive : dans la grande majorité des cas nous sommes effectivement en présence d'un développement parallèle qui réalise l'adaptation du droit aux besoins de la communauté en mutation. Il arrive cependant que des conflits se produisent »⁶⁸.

Plus récemment, et alors même que le phénomène s'est amplifié, Gerhard Hafner venait tempérer son constat en reconnaissant un effet positif à l'existence de sous-systèmes juridiques distincts et décousus « dans la mesure où il[s] renforce[nt] la primauté due dans les relations internationales »⁶⁹.

Pierre-Marie Dupuy lui aussi s'est exprimé sur la question et, dans un avis très tranché, nie l'existence d'une autonomisation de ces systèmes puisqu'il considère que « si l'on désigne par "*self-contained regimes*" des systèmes juridiques internationaux prétendant fonctionner totalement en vase clos, ce que l'expression veut d'ailleurs dire littéralement, alors il s'agit tout simplement d'un mythe »⁷⁰. Par cette affirmation, il prend alors position pour une grande relativisation du phénomène de la fragmentation de l'ordre juridique international et pour cela démontre la déférence que continuent de dévouer les juges de cours régionales à la jurisprudence de la Cour internationale de justice.

Alors, on peut certes admettre comme le fait Pierre-Marie Dupuy la faiblesse du phénomène de fragmentation « verticale »⁷¹, mais l'existence d'une fragmentation « horizontale » ne peut être niée. Comme le souligne très justement la Commission du droit international : « Eu égard à la complexité sociale, il est vain de vouloir mettre l'accent sur l'unité formelle. Un droit qui ne parviendrait pas à exprimer clairement les différences existant entre des situations de fait ou entre les intérêts ou les valeurs à prendre en compte dans des domaines de problèmes particuliers apparaîtrait tout ensemble inacceptable, utopique et

⁶⁸ E. Roucounas, *Engagements parallèles et contradictoires*, préc., p. 27-28.

⁶⁹ ONU, Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international*, préc., p. 305.

⁷⁰ P.M. Dupuy, « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », p. VIII in : R. Huesa Vinaixa, K. Wellens, *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

⁷¹ Encore que certains cas jurisprudentiels puissent remettre en question cette affirmation, v. not. TPIY, Arrêt, 15 juill. 1999, *Duško Tadić*.

totalitaire »⁷². Et ajoute : « Le droit international a toujours été relativement "fragmenté" en raison de la diversité des régimes juridiques nationaux qui y participent »⁷³. Dès lors, il convient donc d'envisager la fragmentation du droit international comme un phénomène naturel et comme nous l'avons déjà dit inhérent au droit international.

Comme tout phénomène naturel et inhérent, il serait vain de vouloir l'éradiquer et qui plus est incohérent puisque nous avons vu qu'il possédait certains aspects positifs. La solution, pour appréhender au mieux la question de la fragmentation est de trouver un moyen de minimiser ses aspects négatifs, *i.e.* l'augmentation de la normativité contraire et la problématique des conflits de traités. C'est donc par l'étude de la notion de traités successifs (entendu au sens large) que nous pourrions envisager de trouver des solutions aux aspects négatifs que présente la fragmentation du droit international.

Nous venons donc de le prouver, l'étude des traités successifs trouve un intérêt tout particulier à l'heure actuelle, car elle constitue une possible clé d'une des grandes problématiques que connaît le droit international de l'époque contemporaine : son succès, ou plutôt celui des traités.

Il nous semble que la raison principale pouvant expliquer la multiplication des traités internationaux réside dans l'avantage que procure un engagement sous forme écrite. Logiquement, la forme écrite permet une prévisibilité et une sécurité juridique accrue dans les relations internationales, notamment dû au fait que tout engagement conventionnel tombe sous le sceau du célèbre adage « *pacta sunt servanda* », signifiant littéralement « les conventions doivent être respectées », que l'on retrouve codifié à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969⁷⁴. De ce fait, tout État signant un traité se voit reconnaître des obligations primaires qu'il devra respecter sous peine de voir sa responsabilité internationale engagée par ses cocontractants. Même si cette particularité n'échappe pas aux normes issues des autres sources du droit international, on pense là principalement à la coutume ou aux principes généraux du droit⁷⁵, c'est indéniablement par le traité que ces différents avantages seront le mieux sauvegardés. On peut dans ce sens citer Jean Salmon qui considère que « l'ordre dans lequel l'article 38 cite les sources, correspond le plus souvent à l'ordre décroissant de leur sûreté et de leur précision. Les traités, documents écrits, constituent généralement une source plus certaine, plus palpable que les coutumes ou les principes généraux du droit »⁷⁶.

Mais l'engagement conventionnel, victime de son succès depuis plus d'un demi-siècle, ne semble plus à même de pouvoir assurer la prévisibilité et la sécurité qui lui était propre. Il ressort des développements précédents que la prolifération des traités peut amener à des potentiels conflits, possibilité qui augmente donc également. Une question évidente se dessine donc en toile de fond, à savoir, le droit international permet-il une appréhension et une résolution de ces éventuels conflits de traités successifs ?

Il va de soi qu'une réponse négative serait fâcheuse. L'absence de solution préalable pour la résolution de potentiels conflits entre traités aurait pour conséquence la perte de toute prévisibilité et de toute sécurité juridique. Assurément, un État s'engageant par la voix

⁷² ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 16.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Convention de Vienne, 1969, préc., art. 26 : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

⁷⁵ Voir également les décisions de justice et la doctrine selon l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice.

⁷⁶ J. Salmon, *Les antinomies en droit international public*, loc. cit., p. 288.

conventionnelle à généralement tout intérêt à voir son traité honoré. Or, si un conflit né entre celui-ci et un autre traité et qu'aucune solution n'est prévue pour la résolution dudit conflit, l'issue du problème restera très incertaine et imprévisible. Paradoxalement donc, cette source du droit qu'est l'engagement conventionnel perdrait toutes les qualités pour lesquelles les États l'avaient initialement choisi.

Heureusement, le constat du droit international positif n'est pas si alarmant. Ce dernier permet la résolution de certains conflits de traités successifs grâce à la reconnaissance de plusieurs règles de conflits.

On en retrouve effectivement soit classiquement dans le droit international général ou encore par la reconnaissance de certains principes généraux du droit, soit dans certaines dispositions de la convention de Vienne de 1969. Bien que tous ces outils soient d'un secours qu'on ne peut nier, il reste encore des questions en suspens, des zones d'ombre, ces dispositions n'envisageant malheureusement pas tous les conflits pouvant surgir en droit international et de surcroît laissent de côté les problématiques les plus épineuses. Comme le précise Emmanuel Roucounas, « la codification du droit des traités de 1969 et de 1986, sauf l'attachement « naturel » qu'elle manifeste pour l'élément consensuel, n'a pas offert un véritable système d'aménagement et de solution des contradictions »⁷⁷. Cette critique, bien que vérifiable dans une certaine mesure, doit cependant être aujourd'hui relativisée et révisée.

Notre travail dans un premier temps aura pour ambition de présenter le droit international contemporain en vigueur, tel qu'il dispose, de *lege lata*. Il s'agit essentiellement de déterminer la mesure dans laquelle il existe à l'heure actuelle des solutions à la problématique principale des traités successifs, soit les conflits qui peuvent en naître. Mais, comme nous le verrons, le droit international laisse de côté certains de ces conflits, c'est pourquoi une approche de *lege feranda* sera envisagée, en ce que nous tenterons de recenser les solutions principales envisagées par la doctrine pour pallier ce que Hans Kelsen a qualifié de situation qui « n'est pas satisfaisante »⁷⁸. Nous verrons alors que le problème selon différents auteurs peut être minimisé de deux façons, *a priori* en réduisant les potentialités de conflits, mais également *a posteriori* en offrant des outils pour la résolution des conflits inévitables.

Dans un souci de clarté et d'étude exhaustive du droit positif, nous avons choisi de scinder notre étude en deux parties. Dans un premier temps, nous analyserons les solutions envisagées par le droit international général. Cela nous amènera à étudier tant les règles de conflits issues de la hiérarchie informelle des normes que posent l'article 103 de la Charte des Nations Unies, la notion de *jus cogens* et celle de norme *erga omnes* que celles proposées par les principes généraux du droit. Ces développements nous permettront de constater que le droit international général est d'un secours non négligeable dans certaines situations mais qu'il reste insuffisant à lui seul pour régler l'entière de la problématique (Première partie).

Ce constat nous conduira donc logiquement dans un second temps à l'analyse des règles offertes par la Convention de 1969. À ce titre, nous observerons que ces règles sont indéniablement des dispositions dites de codification et en aucun cas de développement progressif en ce qu'elles permettent d'éclairer certaines des insuffisances du droit international général, mais ne comblent pas les lacunes de ce dernier. C'est pourquoi, après l'étude d'une jurisprudence qu'il conviendra de qualifier de timide et sporadique, nous finirons notre argumentaire sur les différentes solutions que propose la doctrine pour amoindrir les effets néfastes des traités successifs (Deuxième partie).

⁷⁷ E. Roucounas, Engagements parallèles et contradictoires, préc., p. 42.

⁷⁸ H. Kelsen, Théorie du droit international public, *RCADI* 1953.168.

PREMIÈRE PARTIE : LES SOLUTIONS CLASSIQUES PROPOSÉES PAR LE DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL

Cette première partie va nous permettre d'étudier les solutions apportées par le droit international général à la résolution des conflits qui peuvent surgir entre deux traités. Pour ce faire, nous avons décidé de scinder nos développements en deux chapitres. Dans un premier temps, nous aborderons la question de la hiérarchie informelle que peut connaître le droit international en étudiant les possibles solutions aux résolutions de conflits apportées (Chapitre 1) pour, dans un second temps, s'intéresser aux solutions aux traités successifs apportées par les principes généraux du droit (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – LA HIÉRARCHIE RELATIVE ENVISAGÉE PAR CERTAINES RÈGLES DE CONFLIT

Comme le précise Emmanuel Roucounas dans son cours de 1986, « tout système juridique pour fonctionner nécessite un cadre de normativité hiérarchisée. Il ne peut être alimenté de façon linéaire, ni se suffire d'une neutralité à l'égard de l'échelonnement des normes qui l'expriment »⁷⁹.

Cependant, lorsque l'on se place dans l'ordre juridique international, les choses se compliquent. En effet, l'ordre juridique international est dit de coordination et non de subordination. Dès lors, en droit international, la règle veut qu'il n'existe aucune hiérarchie entre les sources du droit international. Il est également de tradition d'admettre qu'il n'existe pas non plus de hiérarchie entre les normes en droit international, comme le précisait en 1932 Charles Rousseau en énonçant « toute solution [au conflit de normes] qui reposerait sur une prétendue hiérarchie des normes méconnaîtrait les exigences particulières de la communauté internationale »⁸⁰.

Toutefois, bien que l'article rédigé en 1932 par Rousseau soit, sur une majorité de points encore valable aujourd'hui, on ne peut nier que le droit international a évolué depuis. Et à l'heure actuelle, même si certains auteurs ne semblent pas encore vouloir l'accepter, il est indéniable qu'il existe une hiérarchie des normes en droit international.

Dans le cadre de notre étude, nous ne nous intéresserons que de manière indirecte à la question de l'existence ou non d'une hiérarchie des normes en droit international.

Durant ce premier chapitre en effet, nous tenterons d'apporter quelques éclaircissements sur les notions que sont les obligations *erga omnes*, l'article 103 de la Charte des Nations Unies ainsi que celle de *jus cogens* et nous débattrons de leur secours quant au problème qui est le nôtre, la résolution des conflits de normes qu'entraînent les traités successifs.

Mais avant de s'intéresser aux effets de ces dispositions et à leur utilité en tant que règle de conflits de normes en DI (Section 2), il convient tout d'abord de s'intéresser à leur teneur (Section 1).

⁷⁹ E. Roucounas, Engagements parallèles et contradictoires, préc., p. 56.

⁸⁰ Ch. Rousseau, De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international, préc., p. 151.

SECTION 1 – UNE TENEUR SOUVENT IMPRÉCISE DE CES DIFFÉRENTS CONCEPTS

L'objectif de ce chapitre va être de tenter de préciser ce que l'on peut entendre par obligations *erga omnes*, ce que peut recouvrir l'article 103 de la Charte des Nations Unies et ce que recouvre la notion de *jus cogens*.

Bien que ces trois notions constituent des notions fondamentales et incontournables du droit international, il n'en reste pas moins que leur teneur reste indécise et suscite de nombreux débats. C'est pourquoi, il nous est apparu important d'essayer d'en délimiter les contours et ce via trois paragraphes indépendants.

Nous débuterons nos propos par la présentation des obligations *erga omnes* (§ I) pour ensuite nous intéresser au champ d'application de l'article 103 (§ II) et enfin nous pencher sur la notion de *jus cogens* (§ III).

§ I – Les obligations *erga omnes*

L'expression latine *erga omnes* signifie littéralement « à l'égard de tous ». Une obligation *erga omnes* constitue donc une obligation qui peut être due à l'égard de tous, sous entendue que ne se voit pas limitée aux seules parties du traité dans lequel elle s'insère.

Comme le rappelait déjà la commission des juristes consultée par le Conseil de la Société des Nations à propos des îles d'Aland⁸¹ : « Les puissances ont, en effet, dans de nombreux cas, depuis 1815 et notamment lors de la conclusion du traité de Paris cherché à établir un véritable droit objectif, de vrais statuts politiques dont les effets se font sentir en dehors même du cercle des parties contractantes »⁸².

L'existence de traités créant des effets juridiques à l'égard des tiers, voire de la communauté internationale dans son ensemble, n'est en effet aujourd'hui plus discutable, et est rappelé à l'article 36 de la Convention de Vienne de 1969. La Cour internationale de justice en a elle-même reconnu l'existence dans un célèbre *obiter dictum*, l'affaire de la *Barcelona Traction* de 1970 : « Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* »⁸³.

Il peut apparaître intéressant de citer ici l'Institut de droit international qui a préféré une définition plus prudente des obligations *erga omnes* estimant que cela recouvrait « une obligation relevant du droit international général à laquelle un État est tenu en toutes circonstances envers la communauté internationale en raison de ses valeurs communes (...). une obligation relevant d'un traité multilatéral à laquelle un État partie à ce traité est tenu en toutes circonstances envers tous les autres États parties au traité en raison de ses valeurs communes »⁸⁴.

La base juridique de telles obligations, qui vont à l'encontre du principe de l'effet relatif

⁸¹ Nomination par la SDN de trois membres constituant ce comité chargés de rendre un avis consultatif sur les aspects juridiques d'un différend ayant émergé concernant la souveraineté des îles d'Aland entre la Finlande et la Suède.

⁸² Société des Nations, *Journal officiel*, Supplément spécial n°3, 1920, p. 17.

⁸³ CIJ, arrêt, 5 févr. 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd*, Rec. 1970, p. 32.

⁸⁴ Institut de Droit International, résolution, 20 août 2005, *Les obligations erga omnes en droit international*, art. 1.

des traités, codifié à l'article 34 de la Convention de Vienne de 1969, semblerait devoir être trouvée dans l'importance des droits qu'elles renferment.

Or certains auteurs très attachés à la théorie volontariste ont proposé de rattacher l'effet de ces obligations contenues dans des traités au principe selon lequel une règle énoncée dans un traité peut devenir une norme coutumière obligatoire pour les États non parties à ce traité. Bien que séduisante, cette théorie ne semble pas cadrer avec la réalité. En effet, lors de la conclusion d'un traité contenant des obligations *erga omnes*, celles-ci sont opposables immédiatement aux États tiers et, comme le rappellent Alain Pellet, Mathias Forteau et Patrick Daillier « la formation du droit coutumier est spontanée mais non instantanée »⁸⁵.

Mais alors, la question se pose de savoir sur quel fondement juridique ces obligations peuvent s'appuyer pour réussir à mettre à mal l'effet relatif des traités. En effet, le droit international est basé essentiellement sur le respect de la volonté des États, corollaire de leur souveraineté et dès lors, pour reprendre les propos de Willem Riphagen, est un droit « essentiellement d'orientation bilatérale »⁸⁶, les États produisant le droit sur une base contractuelle et consensuelle.

Il ressort de cela que les États dans leurs engagements conventionnels, s'obligent sur la base de systèmes fermés qui peuvent être bilatéraux, plurilatéraux ou multilatéraux à s'échanger des avantages mutuels qui ont pour conséquence la satisfaction de chaque partie au traité de façon individuelle. Dans ce genre de relations, chaque État, en concluant le traité, poursuit un intérêt personnel, c'est le cas de la plupart des traités de commerce.

Cependant, avec l'expansion du droit international, ce dernier va, par le biais des États, vouloir réguler de nouveaux domaines d'activité, et vont apparaître le Droit international humanitaire et le Droit international des droits de l'homme et c'est avec ces droits-là que vont survenir les obligations *erga omnes*.

Dans le cadre de traités régissant le droit international humanitaire ou les droits de l'homme, en cas de violation par une des parties, aucun des autres États ne subit généralement de préjudice (on pourra prendre l'exemple de la violation de la liberté de parole, ou la commission d'actes de torture). Il s'ensuivrait dès lors qu'aucun État n'étant lésé, selon le bilatéralisme, aucun ne serait habilité à faire valoir ses droits et donc aucune alternative ne saurait être trouvée pour « obliger » l'État fautif à respecter ses obligations. Mais une telle aberration n'est heureusement pas le reflet du droit positif.

Dès les travaux sur la Convention de Vienne de 1969, la Commission du droit international, et notamment via un travail remarquable de Sir Gerald Fitzmaurice, a fait la distinction entre trois types de traités : les traités réciproques créateurs de relations bilatérales entre chaque partie au traité, les traités interdépendants où la viabilité de l'engagement pour chaque État est tributaire du respect de ce même engagement par tous les autres États, et enfin les traités dits intégraux qui eux créent des obligations que chaque État se doit de respecter indépendamment de la réalisation ou non des obligations par les autres cocontractants. Dans les deux derniers cas, Fitzmaurice parlait d'« obligation plus absolue, de sorte qu'il n'est pas vraiment possible d'envisager que le traité puisse être appliqué par chaque partie uniquement dans ses relations avec chacune des autres »⁸⁷. L'exemple le plus souvent cité en la matière étant celui de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et notamment l'avis consultatif de la Cour internationale de justice qui résume parfaitement la

⁸⁵ P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, préc., p. 271.

⁸⁶ W. Riphagen, Troisième rapport, *ACDI* 1982, vol. II, première partie, p. 42, § 91.

⁸⁷ G. Fitzmaurice, Troisième Rapport, *ACDI* 1958, vol. II, p. 46, § 91.

situation puisqu'il énonce que : « Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États »⁸⁸.

C'est ensuite à partir de cette période qu'une distinction sera faite entre les normes de type contractuel et celles dites de « droit public »⁸⁹.

La Commission du droit international a finalement entériné cette possibilité de réaction collective avec l'adoption du Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁹⁰ en 2001. Selon l'article 48 de ce projet, il est possible pour tout État autre que l'État lésé d'invoquer la responsabilité de l'État lésé lorsque l'obligation est due à un groupe d'États dont il fait partie ou à la communauté internationale dans son ensemble⁹¹.

Il convient de noter que bien que la Commission dans le corps du texte ne se réfère pas directement à la notion d'obligation *erga omnes*, elle le fait indirectement dans son commentaire en renvoyant à l'arrêt de la *Barcelona Traction* de la Cour internationale de justice⁹².

Enfin, il convient également de noter les précisions apportées par l'arrêt du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie⁹³ à l'occasion de l'affaire *Furundzija* où il précisa : « De surcroît, l'interdiction de la torture impose aux États des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire des obligations vis-à-vis de tous les autres membres de la communauté internationale dont chacun a un droit corrélatif. En outre, la violation de ces obligations porte simultanément atteinte au droit corrélatif de tous les membres de la communauté internationale et autorise chacun d'entre eux à exiger que l'État en cause remplisse son obligation ou, à tout le moins, cesse d'y contrevenir ou ne récidive pas »⁹⁴. Le tribunal précise ensuite que cette obligation d'interdiction de la torture revêt également le caractère de *jus cogens* et vient donc par-là clairement établir la différence entre ces deux qualificatifs (que nous développerons plus bas).

Il ressort de tout ce que vient d'être dit que les obligations *erga omnes* se distinguent, de par leur importance des autres obligations internationales à la charge des États en ce qu'elles « forment une catégorie à part »⁹⁵ d'obligations et, aujourd'hui, on ne peut nier qu'elles sont « profondément enracinées dans la pratique internationale »⁹⁶.

Au final, et pour conclure sur la teneur de ces obligations *erga omnes*, il apparaît clairement que, contrairement aux dispositions de l'article 103 de la Charte des Nations Unies et aux normes de *jus cogens*, ces obligations ne se distinguent pas, quant à leur importance au

⁸⁸ CIJ, Avis consultatif, 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Rec. 1951, p. 23.

⁸⁹ On pourrait ici faire un parallèle avec le droit interne ou contrairement aux contrats, la violation d'une obligation de droit public permet la réaction de la puissance publique.

⁹⁰ Ci-après « PARE ».

⁹¹ ONU, Commission du droit international, PARE, 2001, art. 48 : « Tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si : l'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ; ou l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble ».

⁹² ONU, Commission du droit international, PARE et commentaires y relatifs, p. 343-343, § 2.

⁹³ Ci-après TPIY.

⁹⁴ TPIY, Arrêt, 10 déc. 1998, *Le procureur c/ Anto Furundzija*, ch. de première instance, p. 57, § 151, <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/fr/fur-tj981210f.pdf> (dernière visite le 21 mai 2015).

⁹⁵ E. Roucouas, *Engagements parallèles et contradictoires*, préc., p. 65.

⁹⁶ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 211.

fond, mais quant aux caractéristiques procédurales qu'elles emportent, à savoir que tout État peut en invoquer le manquement. C'est donc bien l'obligation primaire qui porte le caractère *erga omnes* mais ce n'est dans la mise en œuvre des règles secondaires que la spécificité *erga omnes* se fera ressentir. C'est donc en cela que l'on peut dire que leur teneur est imprécise puisqu'il apparaît impossible d'en faire un listing précis et exhaustif.

Il convient désormais de se pencher sur l'étude des obligations tombant sous le sceau de l'article 103 de la Charte des Nations Unies.

§ II – L'article 103 de la Charte des Nations Unies

À titre liminaire, il convient de préciser que, dans le cadre de cette section, nous ne traiterons pas du débat autour de la supériorité de cette disposition et plus largement du caractère possiblement constitutionnel de la Charte des Nations Unies puisque, cette question fera l'objet de développements dans le prochain chapitre. Ici, nous allons nous focaliser sur la teneur et l'étendue de l'article 103, en exposant les débats concernant son champ d'application *ratione materiae* (que faut-il entendre par « obligations » ?) et *ratione personae* (aux obligations de quels États s'adresse cet article ?).

L'article 103 de la Charte des Nations Unies se lit ainsi : « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront »⁹⁷.

Cette disposition peut être considérée comme l'héritière de l'article 20 du Pacte de la Société des Nations⁹⁸ qui posait déjà, comme a pu l'écrire Sir Lauterpacht⁹⁹, la supériorité du Pacte.

La première remarque à établir sur cet article tient au fait qu'il ne parle pas d'une primauté de la Charte mais bel et bien des obligations qu'elle renferme et donc aborde la hiérarchie du point de vue de normes. En effet, comme le note Emmanuel Roucounas, « le texte parle d'obligations et permet ainsi d'apprécier dans chaque cas l'intensité des obligations contradictoires à travers les dispositions rigides ou souples, détaillées ou schématiques de la Charte »¹⁰⁰. C'est-à-dire que l'article 103 porte sur un conflit dit secondaire, non pas entre normes mais obligations issues de ces normes.

Aussi, comme le précise la Commission du droit international, « outre les droits et obligations prévus par la Charte elle-même, il [l'article 103] vise les devoirs découlant de décisions exécutoires des organes des Nations Unies »¹⁰¹. La réponse à la question *ratione materiae* semble donc de prime abord simple.

Mais un exemple vient directement à l'esprit, celui du Conseil de sécurité, puisqu'en vertu de l'article 25 de la Charte, « les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et

⁹⁷ Charte des Nations Unies, San Francisco, 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 oct. 1945, art. 103.

⁹⁸ Pacte de la Société des Nations, Paris, 28 juin 1919, entré en vigueur le 10 janv. 1920, art. 20 : « Les membres de la Société reconnaissent, chacun en ce qui le concerne, que le présent pacte abroge toutes obligations ou ententes inter se incompatibles avec ses termes et s'engagent solennellement à n'en pas contracter à l'avenir de semblables. Si avant son entrée dans la Société, un membre a assumé des obligations incompatibles avec les termes du pacte, il doit prendre des mesures immédiates pour se dégager de ces obligations ».

⁹⁹ H. Lauterpacht, *The Covenant as the higher law*, préc., p. 54-65.

¹⁰⁰ E. Roucounas, *Engagements parallèles et contradictoires*, préc., p. 66.

¹⁰¹ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 183.

d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte »¹⁰².

Bien qu'il ne fasse aujourd'hui aucun doute quant à l'applicabilité de l'article 103 aux décisions du Conseil de Sécurité, celle des autorisations et simples résolutions de ce dernier fait débat. À l'origine en effet, le Conseil de Sécurité ne devait agir que par le biais de décisions contraignantes, mais la pratique excessive du veto de la part des membres permanents du Conseil, notamment durant la guerre froide, a poussé ce dernier à agir par le biais d'autorisations.

La question est alors de savoir s'il existe une réelle différence juridique du fait que le Conseil de Sécurité « décide », « autorise » ou simplement « recommande » une action et au final dans quel cas les obligations découlant de ces actions pourront se voir appliquer les principes de l'article 103.

Sur cette question de savoir si les autorisations du Conseil de Sécurité créent des obligations au sens de l'article 103, deux thèses s'affrontent.

Tout d'abord, certains auteurs estiment que l'article 103 ne devrait s'appliquer qu'aux décisions contraignantes, optant ici pour une vision stricte du terme « obligations » qu'il contient.

Entre autres, c'est notamment le cas de Jean Combacau qui relève : « Que l'habilitation à agir contrairement à ses obligations internationales ne puisse être donnée à un État que par un acte juridique incontestable, c'est une évidence de l'article 103, qui parle d'"obligations" en vertu de la présente Charte ; seules parmi les obligations dérivées présentent ce dernier caractère celles résultant d'une résolution que le Conseil de Sécurité a rendues obligatoires pour ses destinataires en vertu de l'art. 25 ; les autres invitations ne créent pas d'obligations et ne sauraient l'emporter sur des obligations préexistantes »¹⁰³.

On peut également citer Rudolf Benhardt qui estime que, « when U.N. organs, including the Security Council, adopt non-binding resolutions, Art. 103 is not applicable. This follows from the text of the Article, which speak only of obligations (meaning legal obligations) »¹⁰⁴.

Enfin dans la même idée, Richard H. Lauwaars énonce lui que « the definition of "obligations under the Charter" within the meaning of Article 103 must be confined to those obligations that have been laid down in provisions of the Charter and binding decisions of the Security Council »¹⁰⁵.

Selon ces auteurs, l'article 103 représente une règle exceptionnelle postulant de la primauté d'une décision politique contraignante sur du droit dur et c'est donc en cela que son application doit rester exceptionnelle. Étendre son champ d'application aux autorisations du Conseil de sécurité reviendrait selon eux à faire prévaloir une option politique non contraignante (« *soft and non-binding source* ») sur des sources de droit dur et contraignant ce qui n'est pas acceptable.

Enfin, du fait de son caractère exceptionnel, ces auteurs considèrent que les obligations prévues par l'article 103 doivent être entendues étroitement.

À l'inverse, certains auteurs militent pour une vision large des termes de l'article 103 qui

¹⁰² Charte des Nations Unies, 1945, préc., art. 25.

¹⁰³ J. Combacau, *Le pouvoir de sanction de l'ONU*, Paris, Pedone, 1974, p. 284.

¹⁰⁴ R. Benhardt, « Article 103 », p. 1296 in : B. Simma (dir.), *The Charter of the United Nations – A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2^e éd., 2002.

¹⁰⁵ R.H. Lauwaars, *The interrelationship between United Nations Law and the Law of Other International Organizations*, *Michigan Law Review*, 1984, p. 1607.

permettrait d'inclure dans son champ d'application les autorisations ainsi que les recommandations du Conseil de sécurité.

Il convient ici de noter l'avis de Vera Gowlland-Debbas, selon lequel, « United Nations practice corroborates the view that this is no longer a controversial issue. Such Security Council authorizations hence serve as "circumstances precluding wrongfulness" and have their importance in the framework of state responsibility »¹⁰⁶.

Ces différents auteurs se fondent sur plusieurs considérations pour octroyer aux autorisations du Conseil de sécurité une telle portée.

En effet, tout d'abord ils estiment qu'il est préférable d'opter pour une interprétation de l'article 103 qui permette une effectivité accrue de l'action du Conseil de sécurité, premier garant de la paix et la sécurité internationale. Selon eux, l'efficacité du système de sécurité collective serait bien trop entravée puisque le Conseil de Sécurité, du fait du jeu du veto, ne pourrait alors agir que dans l'hypothèse où les États ne seraient pas liés par des engagements conventionnels. Cela n'est pas acceptable et reviendrait à nier toute effectivité au Conseil de Sécurité. Comme le précise Dan Sarooshi, « the implementation of UN sanctioned measures, even if non-mandatory, should not be obstructed by treaty-obligations »¹⁰⁷.

Pour soutenir leur vision, ils s'appuient également sur la théorie dite de « l'effet permissif » qui doit être attribuée aux recommandations du Conseil de Sécurité qui signifie qu'un État doit pouvoir appliquer la recommandation ou l'autorisation sans craindre de voir sa responsabilité internationale mise en jeu. Cet effet permissif serait alors vidé de son sens si tout traité ou toute coutume contraire à une recommandation du Conseil pouvait en empêcher l'application. D'un autre côté, il ne serait pas opportun de parler d'effet permissif dans les situations dans lesquelles aucune obligation contraire à la recommandation ou à l'autorisation existerait puisqu'il n'y aurait dès lors rien à permettre, l'État pouvant agir via l'exercice de sa souveraineté sans besoin d'autorisation ou de permission.

Ces auteurs se basent également sur la vision de la Commission de droit international qui, dans son commentaire relatif au PARE a énoncé : « L'exclusion de toute illicéité des mesures de sanction qui seraient prises en conformité avec les dispositions de la Charte ne saurait faire de doute dans le système juridique des Nations Unies, et cela en dépit de leur contradiction éventuelle avec d'autres engagements conventionnels existant à la charge de l'État qui les appliquerait [...]. Une telle conclusion semble s'imposer, d'ailleurs, aussi bien dans les cas où la décision de l'Organisation autorisant l'application d'une mesure de sanction, valablement prise, est obligatoire pour les États membres que dans les cas où l'adoption de ces mesures est simplement recommandée »¹⁰⁸.

Enfin, les différents auteurs partisans d'une telle acception de la notion d'obligation se basent sur le fait que le maintien de la paix et de la sécurité et les pouvoirs dévolus au Conseil de Sécurité sont la pierre angulaire de l'ordre juridique international. Dès lors, d'un point de vue téléologique, une vision large de la notion d'obligation, comme incluant également les recommandations et autorisations du Conseil de Sécurité, renfermée dans l'article 103 est nécessaire. Comme l'a résumé Maurice Bourquin dès 1931, devant la question du maintien de

¹⁰⁶ V. Gowlland-Debbas, *The limit of unilateral enforcement of community objectives in the framework of UN Peace Maintenance*, *EJIL* 2000, p. 371.

¹⁰⁷ D. Sarooshi, *The United Nations and the development of collective security – The delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 151.

¹⁰⁸ ONU, Commission du droit international, *ACDI* 1979, vol. II, part. 2, p. 132, § 14.

la paix, « tout recule au second plan, parce que, en définitive, tout est conditionné par elle »¹⁰⁹.

En présence de ces deux interprétations divergentes des dispositions de l'article 103, Robert Kolb, dans un article de 2004¹¹⁰, a opté pour une solution médiane qui apparaît intéressante.

En effet, il commence tout d'abord par examiner la pratique étatique et démontre qu'on ne peut rien en tirer du fait de la quasi-inexistence d'antécédent en la matière¹¹¹.

Ensuite, il s'intéresse à la jurisprudence en la matière et relève un cas intéressant, celui de la position de la CJUE lors de l'affaire *Centro-Com Srl c/ HM Treasury and Bank of England* où elle énonça : « Il convient d'ailleurs de rappeler que, lorsqu'une convention internationale permet à un État membre de prendre une mesure qui apparaît contraire au droit communautaire, sans toutefois l'y obliger, l'État membre doit s'abstenir d'adopter une telle mesure »¹¹². Bien qu'en l'espèce, l'affaire ne concernait pas le cas d'une résolution prise sous le sceau du chapitre VII de la Charte, la position de la Cour semble néanmoins refuser de donner une acception large à l'article 103.

Enfin, il rappelle une pratique institutionnelle importante pour notre question, à savoir la résolution dite « *Dean Acheson* » du nom de son instigateur, ou encore appelée résolution « *Union pour le maintien de la paix* », de 1950, qui a étendu les compétences de l'Assemblée Générale des Nations Unies en matière de maintien de la paix pour permettre de résoudre la crise de la guerre de Corée. Cette résolution prévoyait la mise en place d'une Commission des mesures collectives qui a estimé que : « En cas de décision ou de recommandation des Nations Unies tendant à prendre des mesures collectives (...), [i]l importe que les États n'encourent pas de responsabilité juridique, à raison de traités ou d'autres engagements internationaux, par le fait qu'ils appliquent des mesures collectives décidées par l'Organisation des Nations Unies »¹¹³.

Cette commission semblait donc opter pour une vision large du champ d'application de l'article 103.

Finalement, Robert Kolb adopte en guise de synthèse une position médiane. Pour cela, il démontre tout d'abord que les autorisations du Conseil de Sécurité sont des recommandations de type particulier. En effet, puisque basées sur le Chapitre VII, liées à l'ordre public international et constituant, non de simples lignes de conduites à avoir, mais une réelle délégation de pouvoir et de compétences des Nations Unies vers les États (ces derniers n'ayant en principe pas de compétence en matière de maintien de la paix et de sécurité), elles permettent aux États d'agir au nom et pour le compte des Nations Unies.

Ensuite, il ajoute que les États n'ont certes pas l'obligation d'agir suite à une autorisation prise par le Conseil de Sécurité mais qu'une fois acceptée, cette autorisation crée une obligation

¹⁰⁹ M. Bourquin, Règles générales du droit de la paix, *RCADI* 1931, vol. 35, p. 173.

¹¹⁰ R. Kolb, Does article 103 of the Charter of the United Nations apply only to decisions or also to authorizations adopted by the security council ?, *ZaöRV* 2004, p. 21-35.

¹¹¹ Il relève seulement deux affaires intéressantes : dans l'affaire des sanctions contre la Rhodésie du Sud en 1966, la résolution 221 du 9 avril 1966 autorisait la Grande-Bretagne à mettre en place un embargo contre la Rhodésie du Sud. Suite à cette autorisation, la Grande-Bretagne avait stoppé un bateau grec en haute mer car le soupçonnant de vouloir délivrer du pétrole en Rhodésie du Sud et la Grèce n'a jamais protesté. Mais, d'un autre côté, en 1983 le gouvernement hollandais avait notifié son refus d'appliquer les sanctions recommandées par le Conseil de Sécurité contre l'Afrique du Sud.

¹¹² CJCE, 14 janv. 1997, *Centro-Com Srl c. HM Treasury Bank of England*, aff. C 124/95, p. 131, § 60.

¹¹³ ONU, *Rapport de la Commission chargée des mesures collectives*, document officiel, VI^e session, suppl. n° 13 (A/1881), 1951, p. 38-39, § 14.

pour l'État de mener à bien la mission posée par l'autorisation¹¹⁴.

C'est finalement en cela que l'on pourrait parler d'obligation et qu'alors l'article 103 pourrait trouver à s'appliquer, avec comme garde-fou l'obligation pour l'État de rester dans les limites tracées par l'autorisation. Robert Kolb résume la situation en expliquant : « L'effet de l'article 103 pourrait être limité aux États qui agissent en fait selon l'autorisation, et éventuellement seulement tant qu'ils restent dans le mandat conféré. L'article 103 ne doit en effet pas servir à ouvrir la priorité aux entreprises qui ne s'inscrivent pas dans l'intérêt collectif, mais dans le sillage des intérêts particuliers »¹¹⁵.

Pour conclure sur cette question donc, il semblerait qu'il faille entendre le terme « obligation » de l'article 103 comme faisant référence aux droits et obligations contenus dans la Charte, aux devoirs découlant des décisions exécutoires des organes des Nations Unies ainsi qu'aux obligations découlant des autorisations du Conseil de Sécurité sous certaines conditions.

Un autre point doit être à ce stade éclairci, celui de la portée *ratione personae* de l'article 103, à savoir si celui-ci s'applique également aux relations entre États membres et États non-membres des Nations Unies. La problématique vient du fait que l'article 103 ne fait pas de distinction entre les obligations des États membres et celles des non-membres.

Il convient de noter que cette question est d'un intérêt important puisque l'on rentre ici dans le cœur même de la problématique du conflit de normes en droit international et donc de celui des traités successifs. Cependant, nous ne ferons qu'une analyse rapide de la question pour deux raisons : tout d'abord, les différentes solutions possibles aux conflits de normes dont les parties sont différentes seront analysées ultérieurement mais également du fait que très peu d'États demeurent en dehors du cercle des membres des Nations Unies, cette question reste grandement théorique.

Concernant donc la question de savoir si les obligations de la Charte en vertu de l'article 103 peuvent s'étendre aux États non-membres des Nations Unies, deux thèses à nouveau s'affrontent.

D'un côté, pour les tenants de la thèse constitutionnaliste selon laquelle il faut voir en la Charte une sorte de Constitution universelle, la réponse est simple, à savoir que les obligations de la Charte doivent également primer sur celle des États non-membres. Ici on peut notamment penser à Rudolf Benhardt qui énonce que : « There are good reasons for assuming that treaties concluded with third States that are in clear or at least apparent contradiction to the Charter are not only unenforceable but also invalid with respect to such States. The Charter has become the "constitution" of the international community, and third States must, in their treaty relations and otherwise, respect the obligations arising under the Charter for UN members »¹¹⁶.

C'est également la vision de Leland Goodrich et Edvard Hambro qui estiment que « la Charte (...) revêt le caractère de Loi fondamentale de la communauté internationale. Les non-membres qui ne l'ont pas acceptée en bonne et due forme sont cependant censés reconnaître cette loi comme un fait de la vie internationale et s'y adapter »¹¹⁷.

¹¹⁴ R. Kolb, Does article 103 of the Charter of the United Nations apply only to decisions or also to authorizations adopted by the security council ?, préc., p. 30-35.

¹¹⁵ R. Kolb, *Ius contra bellum, le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 149.

¹¹⁶ R. Benhardt, Article 103, préc., p. 1298.

¹¹⁷ L. Goodrich, E. Hambro, *Charter of the United Nations, Commentary and documents*, Londres, Stevens and Sons Ltd, 1949, p. 519 ; vu dans ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la*

D'un autre côté, selon le principe de l'effet relatif des traités, les États non-membres des Nations Unies ne sont pas censés être liés par les obligations de la Charte qui restent pour eux une *res inter alios acta*. C'est ce qui peut être légitimement déduit de l'article 34 de la Convention de Vienne de 1969 qui dispose qu'« un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement »¹¹⁸.

C'est également la position de Robert Kolb qui énonce, dans son cours relatif à l'article 103 dispensé à l'Académie de droit international en 2013 que « les États jouissant d'un statut d'observateur permanent, comme la Suisse avant son adhésion en 2002, ou comme désormais la Palestine, ne sont pas membres de l'organisation (...) Ils ne sont donc pas liés par la Charte et par son article 103 »¹¹⁹. Robert Kolb limite donc le champ d'application de la Charte et donc de l'article 103 aux États ayant la qualité de membre des Nations Unies.

Finalement, il semblerait sage de limiter l'effet de l'article 103 aux seuls membres des Nations Unies. Mais la question reste délicate et toujours en suspens, comme nous le verrons ultérieurement, de savoir comment résoudre un conflit qui surgirait entre les obligations d'un membre des Nations Unies en vertu de la Charte (qui doivent donc pour lui, primer les autres) et des obligations contraires qu'il possède vis-à-vis d'un État non membre auquel on ne peut en principe opposer la primauté de la Charte.

Pour conclure donc sur cette section, il semble qu'il faille entendre l'article 103 comme possédant une portée relativement large *ratione materiae* (puisque englobant les autorisations du Conseil de Sécurité) à contrebalancer avec une portée plus étroite *ratione personae* (puisque étant limitée aux obligations des États membres des Nations Unies).

Après avoir précisé ce que recouvre l'article 103, nous allons tenter de mettre en lumière la notion de *jus cogens* qui peut également porter à débat sur certains points.

§ III – Le *jus cogens*

Nous allons nous intéresser à la teneur du *jus cogens*, en laissant la question de ses effets de côté, cette dernière faisant l'objet d'une étude dans un prochain développement. Ici donc, nous allons nous arrêter sur la question de la difficile détermination des règles de *jus cogens*.

Avant toute chose, il convient d'apporter quelques précisions terminologiques. Selon la Convention de Vienne de 1969, le *jus cogens* s'entend comme « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »¹²⁰.

De prime abord, il convient de préciser que, mises à part quelques voix que nous citerons plus tard, l'existence de la notion de norme impérative ne fait plus vraiment débat dans la doctrine internationaliste. En effet, les auteurs font souvent référence à la distinction faite en droit romain entre *jus strictum* et *jus dispositivum* et on s'accorde sur le fait que l'existence de norme impérative est la conséquence de l'existence d'un droit dit naturel. Dès lors, comme on l'a précisé, bien que le terme même de *jus cogens* n'ait vu le jour que lors des débats au sein de la Commission du droit international sur la Convention de 1969, la doctrine qu'il véhicule est

Commission du droit international, préc., p. 190.

¹¹⁸ Convention de Vienne, 1969, préc., art. 34.

¹¹⁹ R. Kolb, L'article 103 de la Charte des Nations Unies, *RCADI*, 2013, vol. 367, p. 174.

¹²⁰ Convention de Vienne, 1969, préc., art. 53.

bien plus ancienne. Il est de tradition de rappeler en la matière la formule énoncée par Ernest de Vattel qui écrivit dès 1758 : « Puisque donc le Droit des Gens nécessaire consiste dans l'application, que l'on fait aux États, du Droit Naturel, lequel est immuable, comme étant fondé sur la nature des choses et en particulier sur la nature de l'homme, il s'ensuit que le Droit des Gens nécessaire est immuable. Dès-là que ce Droit est immuable, et l'obligation qu'il impose nécessaire et indispensable, les Nations ne peuvent y apporter aucun changement par leurs conventions, ni s'en dispenser elles-mêmes, ou réciproquement l'une l'autre. C'est ici le Principe au moyen duquel on peut distinguer les Conventions, ou Traités légitimes, de ceux qui ne le sont pas, et les Coutumes innocentes et raisonnables de celles qui sont injustes, ou condamnables »¹²¹.

L'existence même de la notion de *jus cogens* ne fait, pour la majeure partie de la doctrine, plus débat aujourd'hui¹²². Cependant, on ne peut pas en dire autant de son contenu. Si l'on en revient à la définition faite par l'article 53 de la Convention de 1969 précité, il apparaît délicat de pouvoir discerner des critères précis d'identification des normes de *jus cogens*.

Tout d'abord effectivement, trois significations différentes peuvent être faites de la référence à la « communauté internationale des États dans son ensemble », comme l'ont précisé Jean Combacau et Serge Sur, « suivant que l'on met l'accent sur le terme de "communauté internationale", sur la référence aux "États", ou sur l'expression "dans son ensemble" »¹²³.

Dans le premier cas, si l'on met l'accent sur le terme « communauté internationale » on pourrait alors estimer qu'il revient à l'ONU, organisation traditionnellement présentée comme la plus représentative de la communauté du fait de sa quasi-universalité, de déceler l'émergence de nouvelles règles de *jus cogens* et ce *via* son Assemblée Générale.

Dans un deuxième cas, si l'accent était mis sur « États », il faudrait alors imaginer une reconnaissance et une acceptation unanime de l'ensemble des États pour voir une norme élevée au rang d'impérative.

Enfin, dans le dernier cas où l'accent serait mis sur la formule « dans son ensemble », on pourrait alors penser qu'il ne soit nécessaire que de trouver l'accord d'une majorité d'États pouvant être considérée comme représentant la communauté internationale pour qualifier une norme de *jus cogens*. C'est notamment la thèse soutenue par Roberto Ago qui dans un cours dispensé à l'Académie de droit international de La Haye a estimé nécessaire que « la conviction du caractère impératif de la règle soit partagée par toutes les composantes essentielles de la communauté internationale, et non seulement, par exemple, par les États de l'Ouest ou de l'Est, par les pays en voie de développement, par ceux d'un continent ou d'un autre »¹²⁴.

À la suite de Robert Ago, beaucoup d'auteurs ont tenté d'élaborer des critères pour combler le vide laissé par la Commission du droit international. C'est notamment le cas d'Emmanuel Roucounas selon lequel il faut voir en les normes de *jus cogens* « l'expression juridique d'un mouvement intellectuel de moralisation du droit international »¹²⁵.

La définition de la notion de *jus cogens* semble donc largement prêter à incertitude de

¹²¹ E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliquée à la conduite et aux affaires des Nations souveraines*, Londres, 1758, vol. I, p. 4.

¹²² Nous pensons ici notamment à la position de la France sur cette question ou encore de Michael Glennon. Voir notamment M.J. Glennon, *De l'absurdité du droit impératif (jus cogens)*, *RGDIP* 2006.

¹²³ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 161.

¹²⁴ R. Ago, *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*, *RCADI* 1971, vol. 134, p. 323.

¹²⁵ E. Roucounas, *Engagements parallèles et contradictoires*, *préc.*, p. 62-63.

par les termes qu'elle emploie mais également par l'idée qu'elle véhicule puisque comme le précise la Commission du droit international elle-même : « Bien que cette formule n'échappe pas elle-même à la controverse, elle a aussi l'inconvénient de tourner en rond. Si le *jus cogens* vise à limiter ce qui peut être convenu légalement par les États, comment peut-on, dans le même temps, en faire dépendre le contenu de conventions entre États ? »¹²⁶.

C'est également l'avis de Catherine Maia qui estime que la Convention de Vienne laisse des zones d'ombre en « adoptant une définition qui semble au premier abord circulaire ou tautologique »¹²⁷.

Cet « oubli » de la Commission du droit international peut s'expliquer par le refus de celle-ci de vouloir encadrer la notion de *jus cogens*, notion dite évolutive à la lumière de l'article 64 de la Convention de Vienne de 1969, dans des critères trop stricts. Bien que, lors du commentaire de son Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la Commission se soit aventurée dans l'énumération de quelques exemples de normes de *jus cogens*, énumération bien évidemment non exhaustive, elle s'est refusée à établir un critère simple d'identification, se retranchant par-là dans le sillage de sa position émise lors de l'élaboration de la Convention de Vienne de 1969. Elle estimait que l'« on ne dispose d'aucun critère simple qui permette de reconnaître qu'une règle générale du droit international relève du *jus cogens* » et a ajouté que « la bonne solution consiste à stipuler en termes généraux qu'un traité est nul s'il est incompatible avec une règle de *jus cogens* et d'attendre que la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux internationaux mettent au point la pleine teneur de cette règle »¹²⁸.

Cette position est semble-t-il à l'heure actuelle toujours la sienne puisqu'elle l'a réitérée dans son rapport de 2006 sur la fragmentation du droit international¹²⁹.

La question qui se pose désormais est de savoir si les États, d'une part, ou la jurisprudence internationale, de l'autre, ont réussi à élever certaines règles en normes de *jus cogens*.

Concernant tout d'abord les États, on peut valablement estimer que la ratification de conventions telle que celle prévenant et réprimant le crime de Génocide du 9 décembre 1948 signée par 148 États au 29 mai 2015, ou encore la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ratifiée par 158 États au 29 mai 2015 fassent office de reconnaissance de norme de *jus cogens* vu l'universalité dont sont empreints ces textes.

À l'inverse, telle qualité ne peut être attribuée à la Convention de Vienne de 1969 qui, comme on le sait, est venue consacrer la notion de *jus cogens*. Comme le fait très justement remarquer Michael J. Glennon dans un article publié en 2006 : « Toute la communauté internationale n'est pas partie à la Convention de Vienne sur le droit des traités. Un tiers de la communauté internationale, y compris les États-Unis et la France, n'ont pas ratifié le traité et n'acceptent ni ne reconnaissent les articles sur le *jus cogens*. En fait, le rejet de la France est

¹²⁶ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 207.

¹²⁷ C. Maia, « Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la cour interaméricaine des droits de l'Homme », in : L. Hennebel, H. Tigroudja (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, p. 272.

¹²⁸ Projet d'article sur le droit des traités, rapport de la Commission de droit international sur les travaux de la XVIII^e session, *ACDI* 1966, vol. II, p. 270.

¹²⁹ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international*, préc., p. 207.

largement dû à la notion de *jus cogens* »¹³⁰.

Dans un article publié en 2012, Marie Gauthier estime elle-même que, face à la notion de *jus cogens*, « la France peut se prévaloir de la théorie de l'objecteur persistant »¹³¹.

Certains expliquent cette réticence étatique à prendre officiellement position sur le caractère de *jus cogens* de certaines règles par la même réticence à voir le régime attaché à la violation de ces règles impératives leur être appliqué.

On le voit donc, bien que dans la doctrine l'existence de la notion de *jus cogens* ne fasse pas l'objet de débat, il peut être trouvé des arguments contraires dans les pratiques étatiques.

Enfin, il convient de se tourner vers la jurisprudence internationale. Concernant en premier lieu et principalement la Cour internationale de justice, sa jurisprudence peut être qualifiée de timorée dans la matérialisation de la notion de *jus cogens*. À cet égard, Raphaële Rivier parle de « véritable stratégie globale d'évitement du *jus cogens* »¹³².

En effet, la première référence de la Cour à une sorte de droit impératif peut être trouvée dans l'avis consultatif du 28 mai 1951 concernant les réserves à la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide dans lequel la cour a considéré qu'il existait des principes de morale élémentaire obligeant les États en dehors de tout lien conventionnel¹³³. Dans plusieurs autres affaires, la Cour va faire une référence implicite à la notion de *jus cogens*, comme en 1996 (pour ne citer que celle-là) à l'occasion d'un avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires au cours duquel la cour va parler de « principes intransgressibles »¹³⁴.

Il faudra finalement attendre 2006 et l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo pour que la cour use pour la première fois officiellement de la notion de *jus cogens* et qualifie par là-même l'interdiction du crime de génocide de la sorte. Elle s'exprime en ces termes : « La Cour observe toutefois qu'elle a déjà eu l'occasion de souligner que "l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes" [...], et que le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* seraient en cause dans un différend ne saurait donner compétence à la Cour pour connaître de ce différend. Il en va de même quant aux rapports entre les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et l'établissement de la compétence de la Cour: le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère, ce qui est assurément le cas de l'interdiction du génocide, ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître »¹³⁵.

Un autre *obiter dictum* de cette même Cour qualifie de la même manière l'interdiction de la torture, dans une affaire de 2012 opposant la Belgique au Sénégal, où elle énonce que « l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*) »¹³⁶.

Le caractère limité de cette jurisprudence de la Cour internationale de justice se

¹³⁰ M.J. Glennon, De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*), préc., p. 532.

¹³¹ M. Gauthier, Le Conseil d'État et les conflits entre conventions internationales : du nouveau mais pas trop. À propos de l'arrêt d'Assemblée du 23 décembre 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva*, *Dr. adm.* 2012, étude 11, p. 7.

¹³² R. Rivier, *Droit impératif et juridiction internationale*, th. droit, Université de Paris II, 2001, p. 379.

¹³³ CIJ, *Avis consultatif, Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., p. 23.

¹³⁴ CIJ, *Avis consultatif*, 8 juill. 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.* 1996, p. 35, § 79.

¹³⁵ CIJ, *Arrêt*, 3 févr. 2006, *Aff. des Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c/ Rwanda)*, *Rec.* 2006, p. 32, § 64.

¹³⁶ CIJ, *arrêt*, 20 juill. 2012, *Aff. des Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c/ Sénégal)*, *Rec.* 2012, p. 457, § 99.

retrouve également dans celle de la Cour européenne des Droits de l'Homme qui s'est bornée à reconnaître la prohibition de la torture comme norme de *jus cogens* dans un arrêt *Al-Adsani c/ Royaume-Uni* de 2001¹³⁷, position réitérée en 2008 dans l'affaire *Demir et Baykara c/ Turquie*¹³⁸.

C'est également la position du TPIY qui, dans l'affaire pré-citée *Furundzija*, s'était emparé le premier de la notion de *jus cogens*¹³⁹.

Enfin, la Cour qui fait œuvre d'exception en la matière est la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme¹⁴⁰ puisqu'elle n'hésite pas à faire des références abondantes et variées au *jus cogens*¹⁴¹. Un exemple pourra entre autres être trouvé dans le rendu de son avis consultatif n° 18 où elle estime que « the principle of equality before the law, equal protection before the law and non-discrimination belongs to *jus cogens* »¹⁴².

En définitive, on se rend compte que tant du côté des États que du côté de la jurisprudence internationale (à l'exception de la CIADH), l'identification des normes de *jus cogens* ne reste que très sporadique et parcellaire contrairement à ce qu'était en droit d'imaginer la Commission du droit international en 1966 lors de ses travaux sur le futur article 53 de la Convention de Vienne de 1969.

Mais, bien que d'un contenu incertain et imprécis, il ne faut pas pour autant nier l'existence de cette notion fondamentale en droit international. Comme le fait très justement remarquer Robert Kolb : « Aucun ordre juridique ne peut être constitué que de normes dispositives, fléchissant devant l'accord contraire ou devant d'autres normes particulières. Quelques principes fondamentaux doivent constituer un socle commun inaltéré et inaltérable (...) Un ordre juridique seulement dispositif est trop frêle pour mériter le qualificatif de "droit", au moins dans l'optique que nous en avons aujourd'hui »¹⁴³.

C'est également l'avis de la Commission de droit international qui explique que « [l']idée que certaines normes sont, en droit, de rang supérieur à d'autres a, d'une façon ou d'une autre, trouvé son expression dans tous les systèmes juridiques »¹⁴⁴.

En définitive sur cette notion de *jus cogens*, bien que son contenu ne puisse entièrement défini, son existence, elle, ne peut être remise en question à l'heure actuelle.

En conclusion de ce premier développement, nous avons prouvé que, bien que leur contenu précis soit difficile à cerner et qu'un listing exhaustif ne puisse être établi, il existe bel et bien des règles en droit international qui sont d'une importance particulière et c'est en cela que l'on peut parler de hiérarchie informelle ou de fait.

Cependant, dans le cadre de notre étude sur les traités successifs, il convient désormais de se demander si elles sont réellement d'un grand secours pour résoudre la problématique que ces derniers entraînent, à savoir le conflit de normes en droit international.

¹³⁷ Cour EDH, 21 nov. 2001, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, n° 35763/97, §§ 60-61.

¹³⁸ Cour EDH, 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, n° 34503/97, § 73.

¹³⁹ TPIY, *Le procureur c/ Anto Furundzija*, préc., §§ 137-139.

¹⁴⁰ Ci-après CIADH.

¹⁴¹ Voir sur ce point C. Maia, *Le jus cogens dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme*, *loc. cit.*, pp. 271-311.

¹⁴² CIADH, Avis consultatif, 17 sept. 2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18/03, p. 99, § 101.

¹⁴³ R. Kolb, *La détermination du concept de jus cogens*, *RGDIP* 2014.26.

¹⁴⁴ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international*, préc., p. 207.

SECTION 2 – UNE DISPARITÉ DANS LES EFFETS DE CES DIFFÉRENTS CONCEPTS

L'objectif de cette section est logiquement d'examiner si les obligations *erga omnes*, l'article 103 de la Charte et les normes de *jus cogens* peuvent permettre la résolution des situations de conflit de normes, que ce soit en imposant une priorité d'application, voire une nullité du traité contraire.

Après avoir démontré dans chaque hypothèse l'existence de débats autour des possibles effets de ces notions, nous tenterons de tirer des conclusions pertinentes pour notre étude. Cela nous amènera à constater dans un premier temps l'absence de supériorité normative des obligations *erga omnes* (§ I), puis la priorité d'application des obligations découlant de l'article 103 (§ II), pour enfin constater la nullité des dispositions en concurrence avec une norme de *jus cogens* (§ III).

§ I – L'absence de supériorité des obligations *erga omnes*

Durant cette section, nous allons donc nous pencher sur les effets des obligations *erga omnes* et tenter de déterminer si elles peuvent être d'un quelconque secours à la résolution d'un éventuel conflit entre deux traités.

Autrement, dit nous allons examiner les relations qu'entretiennent les obligations *erga omnes* avec d'autres obligations que nous qualifierons d'ordinaires pour savoir si du simple fait de la présence d'obligations *erga omnes* à l'occasion d'un conflit, ces dernières pourront ou non obtenir préséance.

Nous démontrerons *in fine* qu'il n'existe pas de supériorité normative des obligations *erga omnes* par rapport aux autres obligations internationales.

En effet, c'est la position que défend la Commission du droit international dans son rapport sur la fragmentation de 2006. Selon elle : « Les obligations *erga omnes* se distinguent des règles de l'article 103 de la Charte des Nations Unies et du *jus cogens*. Si celles-ci se caractérisent par leur pouvoir normatif (...) l'opposabilité *erga omnes* d'une obligation n'entraîne malgré tout aucune supériorité claire et nette de ces obligations sur d'autres obligations »¹⁴⁵.

Bien que la position de la Commission soit relativement tranchée, on ne peut nier l'existence de débats doctrinaux. En effet, comme le relève très justement Ian D. Seiderman : « The question as to the legal significance of the category of state obligations *erga omnes* has been hotly contested among scholars and lawyers and remains stubbornly unsettled within international legal literature and practice »¹⁴⁶.

Cette affirmation nous a donc conduit à nous intéresser aux différents auteurs qui prônent une supériorité hiérarchique des obligations *erga omnes* en décrivant le droit international comme un ordre de plus en plus hiérarchisé. C'est notamment le cas d'Erika de Wet, qui titrait un de ses articles en 2007 «The emerging international constitutional order : the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making »¹⁴⁷, ou encore de Stefan Kirchner, dans son article intitulé « Relative normativity and the constitutional dimension of international law: a place for values in the

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 210.

¹⁴⁶ I.D. Seiderman, *Hierarchy in international law, the human right dimension*, Oxford, Intersentia, 2001, p. 123.

¹⁴⁷ E. De Wet, The emerging international constitutional order: the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making, *PELJ* 2007, vol. 10, n° 2, p. 21-46.

international legal system? »¹⁴⁸.

Selon ces auteurs, il existe, par conséquent, une hiérarchie normative en droit international selon laquelle, qu'elle exprime ou non une notion de *jus cogens*, une obligation *erga omnes* est hiérarchiquement supérieure aux autres obligations ordinaires. C'est ce qu'exprime très clairement, par exemple, Malcolm Shaw qui estime, dans son ouvrage général concernant le droit international, que les obligations *erga omnes* « are of a different of higher status than others »¹⁴⁹.

C'est également l'avis d'André de Hoogh qui estime, lui, que ces obligations *erga omnes* sont des obligations « of a higher normative value »¹⁵⁰. Erika de Wet concède quant à elle légèrement moins d'importance à ces obligations, mais estime tout de même que « customary *erga omnes* norms without peremptory status would therefore constitute a second layer of the international value system, below that of peremptory norms »¹⁵¹. Sans conférer donc aux obligations *erga omnes* un caractère absolu et non dérogeable, elle les insère dans une strate intermédiaire de l'organisation normative internationale entre les obligations ordinaires et les normes de *jus cogens*. C'est également l'avis de Bardo Fassbender qui énonçait dès 1998 que les « obligations *erga omnes* represent a subset of international constitutional law »¹⁵².

Finalement, tous ces auteurs se réfèrent, bien qu'à des degrés différents, à une théorie de la supériorité normative des obligations *erga omnes*. La question est maintenant d'analyser les fondements de leur réflexion.

En doctrine, on retrouve deux justifications différentes à cette supériorité.

D'un côté, certains estiment que les obligations *erga omnes* doivent recevoir un statut supérieur aux autres obligations de droit international en raison des valeurs importantes qu'elles protègent. C'est, par exemple, l'avis de Bardo Fassbender. Selon Christian Tams, on peut parler d'« approche matérielle » : « In order to be valid *erga omnes* (...) an obligation has to be qualified in a material way : it has to protect important values. This material approach (...) »¹⁵³.

D'un autre côté, d'autres auteurs estiment que les obligations *erga omnes* doivent recevoir un statut supérieur aux autres obligations en droit international du fait de leur caractère non réciproque. C'est là l'avis de Ian D. Seiderman pour lequel « *erga omnes* obligations are those which cannot be reduced to mere bilateral performance or are inherently integral and an *erga omnes* violation create an injury to all states »¹⁵⁴. Toujours selon Christian Tams, cette vision peut être qualifiée d'approche structurelle : « In contrast, the moderate version of the structural approach, accepts that only important non-bilateralisable obligations qualify as obligations *erga omnes* »¹⁵⁵.

Désormais, il convient de nous intéresser de plus près à ces deux approches pour juger de leurs légitimité et bien-fondé.

Concernant tout d'abord l'approche matérielle, donnant donc préférence aux

¹⁴⁸ S. Kirchner, Relative normativity and the constitutional dimension of international law: a place for values in the international legal system? *German law journal* 2004, vol. 5, n° 1, p. 47-64.

¹⁴⁹ M. Shaw, *International law*, Cambridge University Press, 6^e éd., 2008, p. 124.

¹⁵⁰ A de Hoogh, The relationship between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and international crime : peremptory norms in perspective, *AJPIL* 1991.192.

¹⁵¹ E. de Wet, The emerging international constitutional order : the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making, *préc.*, p. 28.

¹⁵² B. Fassbender, The United Nations charter as constitution of the international community, *CJTL* 1998.591.

¹⁵³ C. Tams, *Enforcing obligations erga omnes in international law*, Cambridge University Press, 2010, p. 129.

¹⁵⁴ I.D. Seiderman, Hierarchy in international law, the human right dimension, *préc.*, p. 129.

¹⁵⁵ C. Tams, *op. cit.*, p. 130.

obligations *erga omnes* de par l'importance des intérêts qu'elles protègent, il s'en suit qu'une norme A ayant supériorité sur une seconde norme B, les droits et intérêts protégés par A sont plus importants que ceux protégés par B. La question est donc de savoir plus important pour qui ?

Comme le précise Ulf Linderfalk, « the easy way of answering this question is by referring to the perspective of the international law-makers. International law-makers use international law as an instrument for the satisfaction of values of unequal importance and priority »¹⁵⁶. Il en ressort dès lors *in fine* que la priorité des obligations *erga omnes* selon l'approche matérielle, résiderait non pas dans la valeur et l'intérêt que ces normes protègent mais plutôt dans la priorité offerte à ces normes par le législateur. Dès lors la problématique de cette approche apparaît rapidement.

Mis à part les cas où les négociateurs ont explicitement prévu une clause de priorité offrant aux normes en question la préséance, cette même priorité serait très difficilement identifiable dans les cas contraires. En effet, comme on l'a vu dans le chapitre précédent, la teneur des obligations *erga omnes* reste majoritairement imprécise. Comme le précise Ulf Linderfalk, « while international law-makers may sometimes agree that the values and interests protected by a particular international legal norm are more important than the values and interests protected by other norms of non-peremptory international law, it is naïve to expect that they all make this particular assessment based on the exact same values or interest »¹⁵⁷.

C'est pourquoi, la supériorité des obligations *erga omnes* via l'approche matérielle n'apparaît pas comme une théorie soutenable au regard de la pratique internationale de ce même droit.

Concernant maintenant l'approche structurelle selon laquelle, pour rappel, une obligation *erga omnes* obtiendrait préséance en cas de conflit de par son caractère non réciproque, il convient d'être un peu plus précis. Pour ce faire et répondre vraiment à la question qui nous intéresse¹⁵⁸, cette approche structurelle opte pour une préséance des obligations *erga omnes* en raison de l'absence de compétence des sujets du droit international à renoncer à cette obligation. En effet, les obligations *erga omnes* étant due « à la communauté internationale dans son ensemble », cela crée une sorte de droit collectif. Et comme le relève très justement Ulf Linderfalk « collective rights cannot be modified and renounced by single legal subject the same way as other norms of non-peremptory international law »¹⁵⁹.

Dès lors, selon cette approche structurelle, la supériorité des obligations *erga omnes* ne tient non pas à leur caractère non réciproque mais plus à l'impossibilité pour une des parties au traité les renfermant, de dénoncer unilatéralement le traité.

Or, partant de ce constat, il apparaît que l'approche structurelle, en n'envisageant que les seules obligations *erga omnes*, manque d'exhaustivité et ne reflète pas la réalité.

En effet, comme a pu le démontrer Linos-Alexander Sicilianos¹⁶⁰, il peut être distingué quatre sortes de relations selon que les obligations sont de caractère purement bilatérales, interdépendantes, *erga omnes partes*, ou, enfin, *erga omnes*. Et le droit des traités est clair en

¹⁵⁶ U. Linderfalk, International legal hierarchy revisited – the status of obligations *erga omnes*, *NJIL* 2011, p. 8.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 9.

¹⁵⁸ Pourquoi les obligations auraient-elles un rang hiérarchique supérieur aux autres obligations en droit international ?

¹⁵⁹ U. Linderfalk, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁰ L.A. Sicilianos, The classification of obligations and the multilateral dimension of the relations of international responsibility, *EJIL* 2002.1133.

ce qu'il n'autorise un État à se défaire d'une relation de façon unilatérale et inconditionnelle, que dans le cadre d'obligations bilatérales.

Dès lors, pour que cette approche structurelle soit correcte, il faudrait inclure dans la catégorie des obligations ayant un rang supérieur également les obligations *erga omnes partes* et les obligations interdépendantes. Or il apparaît difficile de soutenir qu'en droit international, *a priori*, toute obligation interdépendante soit d'un rang hiérarchique supérieur à tout autre obligation ordinaire.

Pour finir, et dans le but de démontrer que cette théorie de la supériorité des obligations *erga omnes* n'a pas lieu d'être, il convient de relever l'analyse faite par Ulf Linderfalk des conséquences systémiques d'une telle théorie si l'on part du postulat que celle-ci existe.

La théorie de la supériorité des obligations *erga omnes* ne remet pas en cause la supériorité des normes de *jus cogens* mais vient ajouter un niveau dans la hiérarchisation du droit international, considérant celles-là comme inférieures au *jus cogens* mais supérieures aux obligations ordinaires.

Cette vision, comme nous l'explique Ulf Linderfalk pose un problème du point de vue du *jus cogens* et l'article 53 de la Convention de 1969 dont le concept est basé sur un raisonnement dichotomique, à savoir l'indérogeabilité de certaines normes par rapport à d'autre¹⁶¹.

Dans un second temps, il faut préciser que la dérogeabilité des obligations ordinaires n'est cependant pas absolue mais dépend du contexte dans lequel le conflit entre deux normes intervient, comme le souligne le même auteur en énonçant que : « Depending on the factual state of affairs prevailing in each particular case, and depending on the particular rule it runs into conflict with, while a rule of ordinary international law is sometimes capable of being overridden or invalidated by other rules of international law, sometimes it is not »¹⁶².

Dès lors, si la dérogeabilité d'une norme dépend d'un contexte particulier, l'identification d'une norme comme norme de *jus cogens* ne sera pas tâche facile voire même impossible car on ne peut logiquement pas faire une étude comparative dans tous les contextes pouvant survenir. Il faudra raisonner par inférence¹⁶³. Ce constat combiné à la validité de la théorie de la supériorité des obligations *erga omnes* pose un problème majeur quant à la distinction entre normes de *jus cogens* et normes exprimant des obligations *erga omnes* puisqu'il ne sera pas possible de distinguer les unes des autres.

Au final, et comme le dit très justement Ulf Linderfalk : « Advocate seem to believe that by describing norms expressing obligations *erga omnes* as being hierarchically superior to all other norms or ordinary international law, we contribute to the increased organization of international law [but] adopting and applying the Theory of the superior status of obligations *erga omnes*, confusion and disorganization ensue »¹⁶⁴.

Au final, soutenir une supériorité normative des obligations *erga omnes* ne semble ni opportune ni bienvenue puisque cela n'a pour seule conséquence que des effets néfastes sur l'organisation et la performance du droit international.

Dès lors, dans le cadre de notre étude il convient de conclure que les obligations *erga omnes*, bien que possédant un statut procédural particulier ne permettent pas d'apporter à

¹⁶¹ U. Linderfalk, What's so special about *jus cogens*: on the difference between the ordinary and the peremptory international law, *ICLR* 2014, p. 3-18.

¹⁶² U. Linderfalk, International legal hierarchy revisited – the status of obligations *erga omnes*, *préc.*, p. 21.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 22.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 23.

elles seules une réponse de principe à un éventuel conflit entre traités successifs. Il convient désormais de voir ce qu'il en est des obligations découlant de l'article 103.

§ II – La priorité d'application des obligations découlant de l'article 103

Concernant les effets de l'article 103, il existe un vif débat en doctrine, débat centralisé autour d'une question principale, à savoir : l'article 103 a-t-il pour effet d'établir une hiérarchie des normes conventionnelles en droit international venant placer la Charte des Nations Unies au-dessus des autres instruments conventionnels ? Ce débat est intéressant et doit être abordé dans le cadre d'une étude sur les traités successifs car il permet logiquement d'apporter des réponses quant à la collision entre ces traités.

La réponse à cette question divise la doctrine en deux clans : ceux qui voient en l'évolution du droit international une constitutionnalisation de son ordre juridique de plus en plus présente et ceux qui préfèrent n'y voir qu'une organisation accrue, bannissant toute référence constitutionnelle.

Concernant tout d'abord les tenants d'une vision hiérarchique des normes, ils estiment que l'article 103 s'inscrit dans ce phénomène en ce qu'il place la Charte des Nations Unies comme une loi supérieure. En effet, on pourra citer entre autres, Sir Lauterpacht¹⁶⁵, ou Michel Virally, qui estime que « l'article 103 se borne à établir une simple hiérarchie entre des engagements conventionnels »¹⁶⁶, ou encore Hans Aufricht qui, lui, énonce que « even in the field of treaty law at least two different levels may be distinguished as evidenced by the hierarchical structure of the League of Nations and United Nation »¹⁶⁷, reconnaissant donc par là l'existence même d'une hiérarchie normative entre traité plaçant la Charte des Nations Unies en son sommet. Aussi, Manfred Lachs qui, parlant de la Charte des Nations Unies, la définit comme un instrument placé « on a superior level »¹⁶⁸.

On retrouve d'autres appellations telle que celle de quasi-hiérarchie, notamment employée par Marko Milanovic. Il estime en effet que « Aside from *jus cogens*, there is one other quasi-hierarchical rule of norm conflict resolution that does have practical relevance – Article 103 of the UN Charter »¹⁶⁹.

Quoi qu'il en soit, pour tous ces auteurs, l'article 103 doit être considéré comme une règle exceptionnelle, dont il découlerait une sorte d'ordonnancement vertical des sources, ordonnancement qui constituerait dès lors un pas de plus vers la constitutionnalisation du droit international.

Il faut noter que certains auteurs, plus modestes dans leurs prises de positions, limiteraient la supériorité hiérarchique aux obligations contenues dans la Charte par rapport aux autres obligations avec lesquelles les Etats peuvent être liés. C'est notamment le cas de Joseph Pauwelyn¹⁷⁰.

¹⁶⁵ H. Lauterpacht, *The Covenant as the higher law*, *op. cit.*, p. 54-65.

¹⁶⁶ M. Virally, *Réflexions sur le jus cogens*, *AFDI* 1966, vol. 12, p. 26.

¹⁶⁷ H. Aufricht, *Supersession of treaties in international law*, *Cornell law review*, 1952, vol. 37, p. 682.

¹⁶⁸ M. Lachs, *The development and general trend of international law in our time*, *RCADI* 1980, t. 169, p. 202 et note 763.

¹⁶⁹ M. Milanovic, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law* (January 5, 2010). Human rights and international humanitarian law, *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. XIX/1, Orna Ben-Naftali ed., Oxford University Press, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1531596>, p. 446.

¹⁷⁰ J. Pauwelyn, *Conflict of norms in international law: how WTO law relates to other rules of international law*, *op. cit.*, pp. 99-100.

Dans tous les cas, ces auteurs estiment que l'article 103 de la Charte des Nations Unies s'inscrit au cœur de la hiérarchie des normes.

La Commission du droit international, quant à elle, semble opter pour une position bien plus nuancée en ce qu'elle décrit le phénomène de l'article 103 comme illustrant une sorte de « hiérarchie informelle des règles de droit international »¹⁷¹. Cependant, il peut apparaître surprenant qu'en fin de rapport, elle parle de « hiérarchie formelle qui s'exprime à travers le *jus cogens* ou l'Article 103 de la Charte des Nations Unies »¹⁷².

A contrario, certains auteurs estiment que cette interprétation est fautive et que l'article 103 se borne à établir une simple règle de conflit. C'est notamment le cas de Robert Kolb, pour lequel « l'article 103, selon ses termes, se borne à énoncer une règle de conflit pragmatique, visant à offrir une solution lorsque surgit, accidentellement, un conflit entre obligations »¹⁷³. Robert Kolb réfute totalement l'idée d'une possible hiérarchie des normes en droit international, en tout cas établie par l'article 103 (il ne rejette pas totalement l'idée d'une hiérarchie en matière d'ordre juridique des organisations internationales¹⁷⁴).

Si l'on fait une analyse terminologique, il apparaît en effet que, traduit fidèlement, l'article 103 n'affirme à aucun moment que la Charte, ou même ses obligations, doivent recevoir un statut supérieur aux obligations du droit international, mais simplement que, dans l'hypothèse d'un conflit concret en une obligation découlant de la Charte et une autre obligation, on appliquera en priorité la première obligation. Il faut à ce stade préciser qu'une priorité d'application limitée à un cas concret n'a aucune influence sur la norme et son poids. Si la priorité d'application revenait à établir une supériorité entre obligations, cela voudrait donc dire que, lors d'application de principe généraux tels que ceux de la *lex specialis*, *lex posterior* ou encore *lex prior*¹⁷⁵, ces derniers auraient également pour conséquence d'établir une supériorité entre les règles qu'ils organisent, or cela n'est heureusement pas le cas. Il en irait également de même de tous les traités contenant des clauses de conflit établissant leur supériorité, nous pensons ici notamment à la Convention de Montego Bay et son article 311.

Il semblerait donc, comme nous l'explique Robert Kolb, qu'il soit fait un amalgame entre priorité d'application d'obligations et supériorité normative.

Cette distinction entre priorité et hiérarchie est également rappelée par Antonios Tzanakopoulos qui explique :

« There are many rules to resolve normative conflicts. Not all of them are rules of hierarchy properly so called, in the sense that they do not evidence the hierarchical or normative superiority of the rule or obligation that prevails in the particular instance. For example, the principle of the *lex specialis* or the *lex posterior* in its various potential incarnations does not connote any particular substantive superiority of the rule that prevails »¹⁷⁶.

Dès lors il semble logique de devoir en conclure que la vision selon laquelle l'article 103

¹⁷¹ ONU, Commission du droit international, La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, *préc.*, p. 182.

¹⁷² *Ibid*, p. 273.

¹⁷³ Kolb (R.), « L'article 103 de la charte des Nations Unies », *op. cit.*, p. 242.

¹⁷⁴ *Ibid*, p. 245.

¹⁷⁵ Qui peuvent constituer, nous le verrons plus tard, eux aussi des solutions aux conflits de normes découlant des traités successifs.

¹⁷⁶ Tzanakopoulos (A.), « Collective security and human rights », in De Wet (E.) et Windmar (J.) *Hierarchy in international law : the place of human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 48-49.

de la Charte des Nations Unies offrirait à celle-ci une supériorité hiérarchique par rapport aux autres instruments conventionnels doit être rejetée. Robert Kolb définit finalement le mécanisme mis en place par l'article 103 comme une sorte de « *lex specialis* elle-même spéciale »¹⁷⁷ en ce que la disposition en question pose une sorte de fiction juridique qui répondrait à l'adage *carta pro lege speciali habetur, quae derogat legi generali*. Autrement dit, le droit de la Charte pose que le droit spécial est par définition celui de la Charte, et que le droit général, qui fléchit, est par définition celui des autres accords.

Dans un second temps, et pour démontrer la faiblesse de l'argumentation de la supériorité hiérarchique de la charte, il peut apparaître intéressant de se pencher sur des pratiques qui ont été mises en place pour contourner l'application de cet article 103, venant illustrer l'absence d'hégémonie de cette disposition. Dans le cadre de notre étude, nous en étudierons seulement deux, une issue de la doctrine et l'autre sera puisée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁷⁸.

Premièrement, nous allons nous intéresser à la possible réduction téléologique de l'article 103 par recours aux droits de l'Homme imaginé par Hans-Georg Dederer dans son article « Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums »¹⁷⁹. L'objet et le but de l'article 103 est d'éviter toute faculté pour les Etats membres des Nations Unies de se libérer de leurs obligations issues de la Charte par l'adoption d'instruments contraires. La finalité recherchée étant de permettre une application unitaire de la Charte et donc garantir la capacité de fonctionnement de l'ONU dans l'intérêt de la réalisation des missions que lui ont fixées ces mêmes États.

Hans-Georg Dederer, partant de ce postulat, estime que cet objectif ne serait pas privé de son but s'il existait des standards dans la communauté internationale relatifs aux droits de l'Homme applicables à tous de façon identique. Dès lors, toujours selon Dederer, ces standards permettraient de diriger l'action de l'ONU dans la réalisation de ses objectifs, mais aussi et surtout, la règle de la primauté de la Charte ne devrait pas intervenir face à ces obligations issues des droits de l'Homme. Plus, cela permettrait d'encadrer les dérogations parfois trop hardies du CSNU *via* les sanctions ciblées.

Par cette construction visant à l'évitement de l'application de l'article 103, on peut aisément considérer que Hans-Georg Dederer réfute l'hégémonie de la disposition.

La jurisprudence de la Cour EDH est, elle aussi, un exemple frappant de la relativisation de la suprématie des obligations de la Charte des Nations Unies. Pour illustrer nos propos, nous nous limiterons à l'analyse de trois jurisprudences récentes de 2011 (*Al-Jedda c/ Royaume-Uni*), 2012 (*Nada c/ Suisse*) et 2013 (*Al-dulimi c/ Suisse*).

- *Al-Jedda c/ Royaume-Uni* (2011)¹⁸⁰

Cette affaire concernait l'internement de civils irakiens par les forces britanniques certes contraires à l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁸¹, mais pris en application d'une résolution 1546 (2004) du Conseil de Sécurité

¹⁷⁷ R. Kolb, L'article 103 de la Charte des Nations Unies, préc., p. 245.

¹⁷⁸ Ci-après Cour EDH.

¹⁷⁹ Soit « l'architecture de l'espace européen des droits fondamentaux », H.G. Dederer, « Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums », *ZaöRV*, vol. 66, 2006, p. 605-606. Traduction par R. Kolb, « L'article 103 de la Charte des Nations Unies », préc., p. 135.

¹⁸⁰ Cour EDH, 7 juill. 2011, *Al-Jedda c/ Royaume-Uni*, n° 27012/08.

¹⁸¹ Ci-après CEDH.

des Nations Unies. Sous couvert de cette résolution, tombant comme nous l'avons vu précédemment sous l'empire de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, le Royaume-Uni arguait qu'il ne devait pas être tenu responsable du non-respect de l'article 5 de la CEDH.

La Cour va raisonner comme il suit.

Dans un premier temps, elle va rappeler que, pour pouvoir écarter l'application de la CEDH au profit d'une résolution du Conseil de Sécurité, donc l'application de l'article 103, il faut qu'il existe réellement un conflit entre les deux textes puisqu'elle énonce que « la Cour doit déterminer s'il existait un conflit entre les obligations que la Résolution 1546 du Conseil de sécurité faisait peser sur le Royaume-Uni et les obligations découlant pour lui de l'article 5 § 1 »¹⁸². Ensuite, la cour précise que toute ambiguïté dans la résolution du Conseil de Sécurité doit s'interpréter en conformité avec la CEDH, estimant par là qu'il existe une présomption selon laquelle le Conseil de Sécurité n'entend pas imposer aux États membres des obligations en violation des principes fondamentaux en matière de droits de l'homme. Dès lors, il ressort que, dans tous les cas, si la volonté du Conseil de Sécurité était d'obliger les États-membres à agir en violation de ces principes, ce dernier emploierait un discours clair¹⁸³.

Dans un second temps, la Cour constate que, en l'espèce, le texte de la résolution 1546 ne posait pas une obligation de détention indéfinie dans le temps¹⁸⁴. La Cour estime de ce fait qu'il n'y avait pas de conflit au sens de l'article 103, et conclut à la non-application de l'article 103 et à la violation de l'article 5 de la CEDH par le Royaume-Uni.

Il ressort clairement du raisonnement de la Cour un vrai stratagème ayant pour objectif l'évitement de l'article 103.

- *Nada c/ Suisse* (2012)¹⁸⁵

Dans cette affaire, il était question du refus d'autoriser l'entrée ou le transit de M. Nada sur le territoire suisse par ce même gouvernement en application conjointement des résolutions 1267 (1999), 1333 (2000) et 1390 (2012) du Conseil de Sécurité prévoyant des sanctions contre les talibans et une liste de personnes concernées, dont M. Nada faisait partie.

La Cour va raisonner comme il suit.

Après avoir rappelé le principe d'harmonisation explicité dans l'affaire *Al-Jedda*, la Cour estime que les termes utilisés de la résolution 1390 portant l'interdiction de l'entrée et le transit sont clairs et non ambigus¹⁸⁶. Elle estime donc que cela constituait une base légale pour l'action du gouvernement suisse¹⁸⁷. Cependant, continuant son argumentation, la Cour relève que, relativement à la proportionnalité et la nécessité, la résolution laissait une marge de manœuvre à la Suisse. Elle estime en effet que « la Suisse jouissait d'une latitude, certes restreinte, mais néanmoins réelle, dans la mise en œuvre des résolutions contraignantes pertinentes du Conseil de sécurité »¹⁸⁸.

De cela, la Cour déduit que la Suisse n'a pas fait les efforts de proportionnalité et de nécessité pour réduire les atteintes aux droits de l'homme de M. Nada que la marge de

¹⁸² Cour EDH, *Al-Jedda c/ Royaume-Uni*, préc., p. 62, § 101.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 62, § 102.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 63-64, §§ 105-106.

¹⁸⁵ Cour EDH, 12 sept. 2012, *Nada c/ Suisse*, n° 10593/08.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 49, § 172.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 50, § 176.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 51, §§ 177-180.

manœuvre laissait possible¹⁸⁹.

Elle finit donc par considérer que la Suisse n'a pas fait les efforts d'harmonisation nécessaires et conclut donc une nouvelle fois à la non-application de l'article 103 et à la violation par la Suisse de l'article 8 de la CEDH¹⁹⁰.

Là encore, il ressort clairement une stratégie d'évitement, encore plus étreiquée, de l'application de l'article 103 par la Cour EDH.

- *Al-dulimi et Montana Management Inc. c/ Suisse* (2013)¹⁹¹

Sur le fondement des résolutions 661 (1990) et 670 (1990) faisant suite à l'invasion du Koweït par l'Irak, le gouvernement suisse a gelé les avoirs de M. Al-dulimi et de la société Montana Management, qui eux arguent la violation de l'article 6 de la CEDH.

Cette affaire est intéressante car, pour la première fois, la Cour va faire application du célèbre principe de la protection équivalente au système des Nations Unies. En effet, auparavant, la cour s'était limitée à l'application de ce principe aux problèmes d'incompatibilité entre obligations issues de la CEDH et celles issues de la participation à l'Union européenne¹⁹².

Selon ce principe, un acte contraignant adopté par une organisation internationale peut se soustraire au contrôle de la Cour EDH si cette organisation est pourvue d'un mécanisme capable d'assurer une protection équivalente des droits de l'homme à celle offerte par la CEDH. Cependant, dans le cas contraire, l'État membre demeurerait responsable pour les mesures adoptées en exécution de l'acte qui violeraient les obligations découlant de la Convention.

Dans l'affaire en question, la Cour n'a pas pu se retrancher derrière la notion d'ambiguïté des termes de la résolution ou encore derrière l'avatar de la marge d'appréciation puisque il existait là bel et bien un conflit normatif réel et incontournable¹⁹³.

Dans son raisonnement, la Cour va donc faire application du principe de la protection équivalente et va conclure que la protection offerte par le système juridique des Nations Unies n'est pas équivalent à celle offerte par la CEDH¹⁹⁴. La Cour va finalement conclure à la violation de l'article 6 de la CEDH par la Suisse du fait de l'échec du test de compatibilité¹⁹⁵.

Ici, il ressort clairement que la Cour s'est insérée dans un régime conventionnel totalement autonome par rapport à celui de la Charte, ce qui peut apparaître comme une position largement discutable.

En effet, un raisonnement analogue peut être trouvé dans l'arrêt *Kadi*¹⁹⁶ de 2008 de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁹⁷. Dans cette affaire, la Cour a considéré que, dans la mesure où l'article 103 ne concerne que les obligations des États membres des Nations Unies et que l'Union, en tant qu'organisation internationale n'en est pas membre, ses institutions, et donc la CJUE, ne sont pas liées par les obligations de la Charte. La CJUE estime donc qu'elle n'est

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 54-55, § 195.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 55-56, §§ 197-199.

¹⁹¹ Cour EDH, 26 nov. 2013, *Al-dulimi et Montana Management Inc. c/ Suisse*, n° 5809/08.

¹⁹² Première application du principe dans Cour EDH, 9 févr. 1990, *M & Co c/ Allemagne*, n° 13258/87.

¹⁹³ Cour EDH, *Al-dulimi et Montana Management Inc. c/ Suisse*, préc., p. 57, § 117.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 57, §§ 118-119.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 61, § 135.

¹⁹⁶ CJCE, 3 sept. 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. C-402/05.

¹⁹⁷ Ci-après CJUE.

pas dans l'obligation de reconnaître une quelconque priorité à la Charte en raison de l'article 103.

Or il semble difficile de pouvoir accoler ce même raisonnement à la Cour EDH. En effet, en tant qu'organe judiciaire chargé de déterminer et d'interpréter la portée des obligations de ses États parties en matière de droits de l'homme, elle peut difficilement ignorer les effets de l'article 103 qui lie ces mêmes États parties à accorder une préséance aux obligations de la Charte.

De plus et surtout, ce qui choque dans cette décision c'est l'absence totale de référence faite au mécanisme de l'article 103 par la CEDH dans la construction de son raisonnement.

Au final, par cet arrêt, la Cour franchit un nouveau pas dans la stratégie d'évitement du mécanisme de l'article 103 puisque désormais son attitude revient à nier totalement l'existence de l'article 103. En effet, la Cour refuse de considérer cet article comme imposant une hiérarchie des normes, mais aussi et surtout comme règle de conflit.

Bien que cette jurisprudence soit intéressante, il faut la nuancer car au-delà de n'avoir reçu qu'un soutien très sporadique, une demande de révision a été demandée par la Suisse et la volonté de la chambre concernée de renvoyer cette demande devant la Grande Chambre laisse entrevoir quelques espoirs de revirement.

Quoi qu'il en soit, il apparaît sage de retenir dans notre démarche que l'article 103 ne semble donc pas pouvoir être considéré comme établissant une hiérarchie des normes¹⁹⁸, mais on ne peut nier qu'il constitue une réelle règle de conflit, outil non négligeable dans la problématique de la résolution des conflits issus des traités successifs.

Il convient dans un dernier temps de s'intéresser à la question des effets des normes de *jus cogens*.

§ III – La nullité des traités en concurrence avec une norme de *jus cogens*

Dans ce paragraphe, nous allons nous attacher aux effets qu'entraînent la notion de *jus cogens* et sur ce qu'elle peut apporter à notre problématique, la résolution des conflits normatifs en droit international. Autrement dit, savoir ce qu'il advient d'une norme qui se trouverait en concurrence avec une règle de *jus cogens*. Nous allons voir que, bien que la nullité des normes contraires au *jus cogens* soit une notion qui fasse l'unanimité dans la majeure partie de la doctrine, certains auteurs relativisent cet *a priori*, parfois en se fondant sur la jurisprudence, parfois en faisant une analyse originale du concept.

Si l'on part de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, les choses sont simples puisque celui-ci affirme : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général »¹⁹⁹.

Il faudra noter que bien que la Convention de Vienne de 1969 semble offrir au droit impératif une toute-puissance, elle ne lui concède cependant pas d'effet rétroactif en ce que, selon son article 64, si une norme impérative de droit international général prend naissance postérieurement à la conclusion d'un traité qui lui est incompatible, celui-ci prend fin mais seulement pour l'avenir²⁰⁰.

La Commission du droit international, dans son rapport de 2006, est du même avis

¹⁹⁸ Ou alors à parler de hiérarchie informelle.

¹⁹⁹ Convention de Vienne, 1969, préc., art. 53.

²⁰⁰ Voir art. 64 de la Convention de 1969 et « Projet d'article sur le droit des traités », *ACDI* 1966, vol. II, p. 271.

puisqu'elle considère que « les conflits entre traités et *jus cogens* se soldent par le fait que les premiers sont non seulement inapplicables, mais aussi nuls et nonavenus, privés de toute conséquence juridique »²⁰¹.

C'est également la position de la plupart des internationalistes comme Paul Reuter, qui estime, lui, que la Convention instaure un « mécanisme générateur de causes de nullité »²⁰².

La Commission du droit international va encore plus loin puisqu'elle n'hésite pas à affirmer dans son même rapport de 2006 que, « contrairement à la simple "priorité" prévue à l'article 31 de la Convention de Vienne, la notion de *jus cogens* renferme une règle hiérarchique au sens strict et non pas seulement une règle de préséance »²⁰³ en ajoutant que, selon elle, cette idée est largement admise.

La Commission vient donc tirer trois conséquences de cette supériorité hiérarchique des normes de *jus cogens*.

Tout d'abord, et comme on l'a précédemment dit, un traité qui serait contraire au *jus cogens* serait nul et nonavenus. Ici, il convient d'apporter tout de même une précision quant aux relations du *jus cogens* avec la Charte des Nations Unies et de s'interroger sur l'issue d'un conflit entre normes de *jus cogens* et obligations découlant de la Charte des Nations Unies. La Commission répond simplement à cette question en considérant que : « Pas plus qu'ils ne peuvent rédiger des accords contraires au *jus cogens* qui soient valides, les États Membres des Nations Unies ne doivent pouvoir conférer à une organisation internationale le pouvoir d'aller à l'encontre de règles impératives. Tant la doctrine que la pratique confirment d'ailleurs sans équivoque aucune que les conflits entre la Charte des Nations Unies et les normes de *jus cogens* se soldent non pas par la prééminence des obligations prévues par la Charte, mais par leur non-validité »²⁰⁴.

Dès lors la Charte des Nations Unies n'échappe pas à la règle, ce qui, il convient de noter, pourrait être un élément supplémentaire permettant de réfuter son caractère de « constitution mondiale ».

Ensuite, dans l'hypothèse d'une contradiction entre le droit général coutumier et une norme de *jus cogens*, celui-là selon la Commission semble également devoir fléchir et être invalidé devant celui-ci²⁰⁵. Bien que la Commission fasse preuve d'aplomb et n'émette pas de réserve à cette affirmation, tel ne semble pas être le cas de la pratique internationale ou de la doctrine.

Pour illustrer nos propos, nous nous limiterons à l'analyse de deux décisions, l'une issue d'une cour régionale et l'autre de la Cour internationale.

Dans un arrêt de 2001, *Al-Adsani*, la Cour EDH a refusé de reconnaître la préséance à une norme de *jus cogens*, la prohibition de la torture, sur une norme coutumière, l'immunité des États. En effet, elle a déclaré que : « Certes, la Cour admet (...) que l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international ; toutefois la présente affaire ne concerne pas, comme c'était le cas des décisions *Furundzija* et *Pinochet*, la responsabilité pénale d'un individu pour des actes de torture qui auraient été commis, mais l'immunité dont

²⁰¹ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 201.

²⁰² P. Reuter, *La convention de Vienne du 26 mai 1969 sur le droit des traités*, Paris, Armand Colin, 1970, p. 23.

²⁰³ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international*, préc., p. 201.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 192.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 202.

l'État jouit en cas d'action civile en dommages-intérêts pour des actes de torture qui se sont produits sur son territoire. Nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture, la Cour n'aperçoit dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un État ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre État devant lesquels sont formulées des allégations de torture »²⁰⁶.

Il convient de noter que par sa décision, la Cour n'a pas fait l'unanimité, même au sein des juges qui la composaient à l'époque. En effet, le juge Ferrari Bravo n'a pas hésité à rédiger une opinion dissidente commençant par le terme « Dommage ! » et continuant en regrettant que la Cour n'ait pas suivi la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet*.

La Cour EDH vient donc par cette décision limiter la portée des effets du *jus cogens*, en tout cas en ce qui concerne le droit international coutumier. Mais, bien que critiquée, cette décision n'est cependant pas isolée.

La Cour internationale de justice, dans l'affaire des immunités juridictionnelles de l'État de 2012, a opté pour une solution semblable²⁰⁷. Dans cette affaire et selon l'Italie, il existait un conflit entre les règles de *jus cogens* qui font partie du droit des conflits armés et la reconnaissance de l'immunité à l'Allemagne. La Cour ne l'entendit pas de cette oreille et considéra, une fois de plus et reprenant le raisonnement qui fut le sien lors du rendu de la décision sur les activités armées sur le territoire du Congo de 2006 que : « À supposer, aux fins du présent examen, que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *jus cogens*, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'État. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes. Celles qui régissent l'immunité de l'État sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite »²⁰⁸.

Il conviendra de noter que la plupart des commentateurs se sont accordés sur le fait que la référence à la nature procédurale des règles sur l'immunité n'apparaissait pas ici pertinente, rien n'empêchant en effet une opposition entre ces deux concepts. De plus, dans cette affaire, il est intéressant de s'attarder sur l'opinion dissidente rédigée par le juge Cançado-Trindade dans laquelle, après avoir rappelé que la question des immunités aurait dû être envisagée au moment où la Cour était saisie et non au moment des faits, puisqu'étant une notion ayant beaucoup évolué au fil des années²⁰⁹, il estime que la Cour n'a pas fait preuve d'exhaustivité en se focalisant sur la seule jurisprudence internationale ou nationale. Selon lui, la Cour aurait dû, pour une question aussi importante que celle des immunités, prêter attention à la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations comme le lui permet l'article 38 de son statut et cite pour exemple Albert de la Pradelle, Max Hubert ou encore Alexandro Alvarez selon lesquels la levée de l'immunité aurait pu être envisageable face à une norme de *jus cogens*²¹⁰.

Dès lors, pourrait-on se permettre de conclure de cette analyse que la Cour, refusant de

²⁰⁶ Cour EDH, 21 déc. 2001, préc.

²⁰⁷ CIJ, arrêt, 3 févr. 2012, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c/ Italie ; Grèce (intervenant))*, Rec. 2012, p. 99.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 140, § 93.

²⁰⁹ *Ibid.*, opinion dissidente de M. le juge Cançado-Trindade, p. 184-186.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 191-194.

reconnaître au *jus cogens* une supériorité illimitée, pose des limites à ce dernier ?

C'est déjà ce qu'avait conclu le juge Dugard dans son opinion individuelle sur l'arrêt de la Cour internationale de justice de 2006 relatif aux activités armées sur le territoire du Congo²¹¹. Il estimait en effet que « c'est aller trop loin » que de permettre au *jus cogens* de « faire échec à une norme du droit international général reconnue et acceptée par la communauté internationale tout entière, et qui a guidé la Cour pendant plus de quatre-vingts ans »²¹². Il ajoute également que « la Cour, en la présente affaire, a retenu à bon droit que, bien qu'elle doive reconnaître les normes du *jus cogens* et sans doute les invoquer à l'avenir dans l'exercice de sa fonction judiciaire, des limites doivent être posées au rôle du *jus cogens* »²¹³.

Le juge Dugard estime donc que la notion de *jus cogens* doit recevoir certaines limites, notamment les règles de droit coutumier général acceptées de tous.

Cette relativisation de la super-normativité du *jus cogens* face au droit coutumier est aussi partagée par Robert Kolb, qui depuis longtemps milite pour une remise en question des acquis entourant le concept. En effet, selon lui, le *jus cogens* en plus de ne pas reposer sur une hiérarchie normative²¹⁴, « ne doit pas nécessairement avoir comme effet la nullité de la norme contraire »²¹⁵. Robert Kolb considère le *jus cogens* comme « une technique juridique de non-dérogeabilité [... qui] s'étend à toute norme porteuse d'une *utilita publica* [...et] qui vise à maintenir l'unité et l'intégrité d'un régime juridique »²¹⁶.

Pour finir, qu'en déduire sur le *jus cogens* et son utilité quant à l'objet de notre étude ? En réalité, il faut reconnaître que la notion de *jus cogens* connaît quelques obstacles dans sa mise en œuvre, émanant, tant de la doctrine, que la jurisprudence (voire de certains États concernant sa reconnaissance). Il semble néanmoins que dans le domaine du droit des traités, qui reste *in fine* notre champ d'étude, il puisse être affirmé sans trop de hardiesse une supériorité des normes de *jus cogens* sur les autres instruments conventionnels.

En définitive, concernant les différents effets des concepts étudiés, alors que les obligations *erga omnes* bien que possédant un statut particulier nous l'avons vu, ne semblent pas être un outil quant à la résolution de conflits de normes, l'article 103 de la Charte des Nations Unies constitue une règle de conflit non négligeable tout comme les normes de *jus cogens* permettent également, par leur statut supérieur, d'apporter des solutions.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

On se rend compte que les obligations *erga omnes*, l'article 103 de la Charte des Nations Unies et le *jus cogens* sont des notions dont la teneur reste floue. Comme nous venons de le voir, leurs effets en tant que solution au problème des traités successifs sont certes présents mais, à relativiser. C'est pourquoi il convient de parler d'une hiérarchie de normes somme toute relative en droit international.

Désormais, nous pouvons nous intéresser aux solutions apportées par le droit

²¹¹ CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c/ Rwanda)*, préc., opinion individuelle de M. le juge *ad hoc* Dugard.

²¹² *Ibid.*, p. 91, § 13.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ R. Kolb, *La détermination du concept de jus cogens*, préc., p. 6.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 23. V. également R. Kolb, *Nullité, inapplicabilité ou inexistance d'une norme coutumière contraire au jus cogens universel ?* *RGDIP* 2013.281.

²¹⁶ R. Kolb, *Théorie du ius cogens international*, Paris, PUF, 2001, p. 29.

international lorsqu'un conflit se produit entre deux traités étrangers aux trois catégories vues précédemment.

CHAPITRE 2 – LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT COMME SOLUTION PONCTUELLE A LA RÉSOLUTION DE CONFLITS NORMATIFS

Les principes généraux du droit, étaient considérés, avant l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne de 1969 comme les outils par excellence de résolution des conflits pouvant surgir entre traités successifs. Comme l'affirme Christopher J. Borgen, « Prior to the VCLT, policymakers relied primarily on general rules of interpretation derived from roman law and from domestic canons of statutory or contractual construction »²¹⁷.

Cependant, et comme nous le verrons dans la deuxième partie de notre étude, la Convention de Vienne, bien que venant proposer des solutions intéressantes, ne permet pas de résoudre l'entière de la problématique des traités successifs. C'est pourquoi les principes généraux du droit continuent de jouer un rôle important quant à la résolution de conflits normatifs en droit international. Christopher Borgen l'explique également en énonçant que ces principes « have been used in cases prior to the enactment of the VCLT and, after the VCLT's entry into force, as a supplement to its codified norms »²¹⁸.

Bien qu'il existe des débats quant au nombre de principes applicables en droit international à la matière des traités successifs, un plus petit dénominateur commun peut être trouvé établissant une liste de cinq principes : le principe hiérarchique, celui de l'opération autonome, celui de la *lex specialis*, de la *lex prior* et enfin de la *lex posterior*.

A titre liminaire et concernant le principe hiérarchique, nous renvoyons au titre précédent qui traite des différentes dispositions l'illustrant. Concernant le principe de l'opération autonome, Wilfred Jenks le définit comme un principe selon lequel « each international organization must regard itself as being bound in the first instance by its own constitution and will naturally apply instruments which it is itself responsible for administering rather than other instruments with which they may be in conflict »²¹⁹.

De cette définition qui peut faire office de référence en la matière, il ressort que, dans le cadre d'organisations internationales, la priorité en cas de conflits d'obligations sera accordée à celles insérées dans le traité constitutif, sauf cas d'éventuelle contradiction avec la Charte des Nations Unies. Il semblerait donc que ce principe ne soit qu'une sorte de transposition du principe hiérarchique au fonctionnement normatif des organisations internationales. C'est également l'avis de Geraldo Eulalio do Nascimento e Silva, qui estime que « nous n'avons pas ici un principe autonome, mais simplement un aspect du principe de la règle générale hiérarchiquement supérieure appliqué [aux] organisations internationales ou aux institutions spécialisées »²²⁰.

Dès lors, comme nous l'avons précisé pour le principe hiérarchique, il n'est pas opportun de s'attarder plus longuement sur ce principe de l'opération autonome.

Finalement, tout au long de nos développements, nous allons nous intéresser aux principes généraux établissant une priorité d'application en fonction de la spécialité d'une obligation par rapport à une autre ou alors en fonction de sa situation temporelle.

C'est pourquoi, dans un souci de clarté, nous avons décidé de scinder nos développements en deux sections. Dans un premier temps, nous allons étudier les solutions à la

²¹⁷ C. Borgen, *Resolving treaty conflicts*, préc., p. 587.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ W. Jenks, *The conflict of law-making treaties*, préc., p. 448.

²²⁰ G.E. Do Nascimento e Silva, *Le facteur temps et les traités*, *RCADI* 1977, vol. 154, p. 246.

problématique des traités successifs qu'offre la *lex specialis* (Section 1), puis nous attarder dans un second temps à celles offertes par les règles de la *lex prior* et de la *lex posterior* (Section 2).

SECTION 1 – LES SOLUTIONS OFFERTES PAR LE FACTEUR DE SPÉCIALITÉ

Le facteur spécialité, autrement appelé *lex specialis*, pose comme principe la priorité en cas de conflits entre traités successifs, de la règle spéciale sur la règle générale. Une illustration de ce principe peut être trouvée dans le PARE, à l'article 55, qui énonce que : « Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en oeuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international »²²¹.

Une autre illustration de ce principe de primauté des engagements spéciaux pourra être trouvée dans la CEDH qui pose à son article 55 : « Les Hautes Parties contractantes renoncent réciproquement, sauf compromis spécial, à se prévaloir des traités, conventions ou déclarations existant entre elles, en vue de soumettre, par voie de requête, un différend né de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention à un mode de règlement autre que ceux prévus par ladite Convention »²²².

Cependant comme le note Wilfred Jenks, cette clause de la convention peut soulever des problèmes, notamment quand elle est confrontée à d'autres dispositions de la sorte. Il insiste sur le fait que : « *Prima facie* such a provision would appear to make the instrument in which it appears *lex specialis* as between the parties. A question may, however, arise in certain cases as to the compatibility of such a provision with the obligations of the parties under other instruments the terms of which they may not be entitled to modify by inter agreement »²²³.

On le voit donc bien, le principe de la *lex specialis* soulève plusieurs problématiques. En effet, Ulf Linderflak relève très justement que, « if international law gives priority to *lex specialis* over *lex generalis*, for example, it does not provide any criteria that can be used for classifying particular rules as either general or special »²²⁴. C'est pourquoi, après s'être intéressé à la place qu'occupe ce principe en droit international (§ I), il conviendra de se pencher sur le secours limité qu'il offre dans la résolution des conflits entre traités successifs (§ II).

§ I – La reconnaissance de la *lex specialis* en droit international

Concernant la reconnaissance du principe de la *lex specialis* en droit international, nous allons tout d'abord nous pencher sur l'accueil que la doctrine a pu lui réserver (A) pour ensuite nous intéresser à la manière dont celui-ci a pu être consacré par la jurisprudence (B).

A – L'expression de la *lex specialis* à l'épreuve de la doctrine

La doctrine n'a pas eu de mal à reconnaître l'existence de la *lex specialis* en droit international. La Commission du droit international le reconnaît elle-même en énonçant que « le principe selon lequel le droit spécial déroge au droit général est généralement accepté en tant que règle d'interprétation juridique et technique pour le règlement des conflits

²²¹ ONU, Commission du droit international, PARE, 2001, art. 55.

²²² CEDH tel qu'amendée par le protocole n° 14, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2010, art. 55.

²²³ W. Jenks, *The conflict of law-making treaties*, préc., p. 447.

²²⁴ U. Linderfalk, *The principle of rational decision-making as applied to the identification of normative conflicts in international law*, *ZaöRV* 2013.591.

normatifs »²²⁵.

Cette maxime de la *lex specialis* véhicule donc l'idée que lorsqu'une matière est régie à la fois par une règle dite générale et une autre dite spéciale, la seconde doit, normalement, l'emporter et trouver à s'appliquer.

Bien que l'on trouve des traces de cette doctrine dans le droit romain antique, puisque l'on y retrouve des expressions telle que *in toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est*, signifiant littéralement « à tout égard en droit, la règle spéciale déroge à la règle générale et l'emporte sur celle-ci »²²⁶, c'est généralement à Grotius que l'on accorde la transcription fidèle du principe. Ce dernier, dans son livre II sur le droit de la guerre et de la paix de 1625 s'exprima ainsi : « Quant à savoir quelle est celle des clauses d'un écrit qui doit prévaloir lorsqu'il y a un conflit provenant d'un cas imprévu (...), parmi les conventions égales entre elles par les qualités sus-mentionnées²²⁷, que l'on préfère ce qui est le plus particulier, et ce qui approche le plus de la chose ! Car ce qui est spécial est ordinairement plus efficace que ce qui est général »²²⁸.

Cette préférence du spécial sur le général a ensuite été reprise par tous les plus grands internationalistes. On pourra par exemple citer Ernest de Vattel qui reprend l'idée dans le tome II son ouvrage du droit des gens en expliquant que « de deux lois, ou de deux conventions, toutes choses d'ailleurs égales, on doit préférer celle qui est la moins générale, qui approche le plus l'affaire dont il s'agit »²²⁹. Plus récemment, Dioniso Anzilotti, fidèle tenant du volontarisme, n'hésitait pas à considérer que « la norme de droit particulier l'emporte sur la norme de droit général ; par suite la convention entre deux États prévaut sur le traité collectif et celui-ci prévaut à son tour sur le droit commun coutumier »²³⁰.

À l'inverse, il est des auteurs qui, eux, avaient une approche bien plus modérée de la question. On pourra citer en tête de file George Scelle, qui, optant pour une vision plus sociologique de la question, estimait que deux États ne pouvaient en aucun cas pouvoir déroger à une règle générale par un accord particulier si cette dérogation avait pour finalité de mettre à mal un « intérêt sociologique objectif »²³¹. Également Charles Rousseau dans son célèbre article de 1932 estimait lui que la maxime *in toto iure genus per speciem derogatur*, « qui a quelque fois été présentée comme un principe certain, ne nous apparaît pas plus évidente (...) la formule proposée n'a qu'une valeur restreinte : légitimant d'avance toutes les dérogations, elle est par trop simpliste pour prétendre régler définitivement le problème »²³².

L'idée ici véhiculée par Charles Rousseau est que, bien qu'efficace, le principe de la *lex specialis* n'est cependant pas le seul qui puisse permettre de régler les conflits de normes en droit international et qu'il doit être mis en balance avec d'autres règles pour permettre une retranscription fidèle de l'ordre juridique international.

²²⁵ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 36.

²²⁶ À retrouver dans le *Corpus Iuris Civilis, Digeste de Justinien*, réédité par T. Mommsen et P. Kruger, Berolini, 1895, vol. IV.

²²⁷ Hugo Grotius établit tout d'abord, une hiérarchie selon laquelle une convention qui défend aura le dessus sur celle qui ordonne qui elle-même primera sur celle qui permet.

²²⁸ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, 1625, traduit par Paul Pradier-Fodéré, Paris, Guillaumin et C., 1867, réédité par D. Alland et S. Goyard-Fabre, Paris, PUF, 1999.

²²⁹ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, op. cit., p. 511, § 316.

²³⁰ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Paris, Panthéon-Assas, 1999, p. 103.

²³¹ G. Scelle, *Cours de droit international public : Manuel élémentaire*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, p. 642.

²³² Ch. Rousseau, *De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international*, préc., p. 151.

Concernant les justifications de l'application du principe, Charles Rousseau lui estime qu'elle « ne souffre aucune difficulté dans les rapports de deux parties, puisqu'elle repose sur une interprétation présumée des volontés »²³³. Nous remarquerons ici que Rousseau limite l'application de ce principe aux conflits avec identité des parties, ce qui vient considérablement limiter sa portée, mais nous y reviendrons. Ernest de Vattel, lui, justifiait l'application de la *lex specialis* parce que « ce qui est spécial souffre moins d'exceptions que ce qui est général ; il est ordonné plus précisément et il paraît qu'on l'a voulu plus fortement »²³⁴.

Plus récemment, Pierre-Marie Dupuy, dans son cours sur l'unité de l'ordre juridique international justifie l'application du principe de la *lex specialis* comme suit : « Au sein d'un ordre juridique déterminé, en principe, par la seule volonté de ses sujets primaires et dépourvu de hiérarchie normative substantielle, une conséquence logique en découle : entre deux États, la norme qu'ils appliqueront sera celle qu'ils ont établie d'un commun accord pour répondre à un objet par eux déterminé ; cela, de préférence à une règle générale, moins précise et par conséquent moins adaptée au traitement de la réalité considérée. Dans sa dimension formelle, dominée par le droit de la coexistence entre égales souverainetés, le droit international général occupe dès lors, à bien des égards, une place subsidiaire »²³⁵.

De toutes ces justifications, il ressort donc deux éléments permettant de donner préséance à la règle spéciale sur la règle générale. D'un côté, une règle spéciale serait plus précise qu'une règle générale et gouverne plus efficacement la matière considérée et, d'un autre côté, elle est mieux à même de refléter la volonté des parties. Comme le précise la Commission du droit international, les règles spéciales sont « plus claires et plus catégoriques et sont donc souvent ressenties comme plus "impératives" ou plus "contraignantes" que les règles générales qui peuvent rester à l'arrière-plan et n'être que rarement appliquées »²³⁶.

Enfin, sur cette acceptation du principe de la *lex specialis* par la doctrine, il convient de noter que les juristes des générations suivantes à celles des auteurs précités s'accordent pour offrir certes une place à ce concept en droit international mais tout en le relativisant. Geraldo Eulalio do Nascimento e Silva estime, en effet, que « ce principe (...) ne prévaut pas dans tous les cas »²³⁷.

Pour conclure, on se rend compte que la *lex specialis* constitue certes un principe ancré dans la philosophie des penseurs en droit international mais qu'il serait erroné de lui accorder une portée illimitée. Nous verrons dans notre second paragraphe en quoi ce principe est limité dans ses effets.

Mais avant, il convient d'examiner ce principe de la *lex specialis* à l'aune de la jurisprudence internationale.

B – L'expression de la *lex specialis* à l'épreuve de la jurisprudence internationale

La jurisprudence internationale, qu'elle soit arbitrale ou judiciaire, accepte aussi largement le principe de la *lex specialis*. Aux fins d'une étude précise de la question, il convient de distinguer trois situations dans lesquelles le principe de la *lex specialis* a été reconnu en

²³³ *Ibid.*, p. 177.

²³⁴ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, op. cit., p. 511.

²³⁵ P.M. Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public*, RCADI 2000, vol. 297, p. 428.

²³⁶ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, préc., p. 39.

²³⁷ G.E. Do Nascimento e Silva, *Le facteur temps et les traités*, préc., p. 246.

jurisprudence et qui prouve son ancrage dans l'ordre juridique international selon que le conflit entre obligations surgisse soit au sein d'un même instrument (1), entre instruments différents (2) ou entre norme conventionnelle et norme non-conventionnelle (3).

Bien que dans le cadre d'une étude sur les traités successifs, seule la deuxième hypothèse touche directement la question, une vue d'ensemble nous a semblé nécessaire pour permettre d'appréhender ce concept qu'est la *lex specialis* dans son entièreté.

1 – La *lex specialis* face aux conflits d'obligations issues d'un même instrument

Concernant tout d'abord les conflits entre une obligation spéciale et une obligation générale issues d'un même instrument, nous reviendrons sur l'affaire du *Canal de Beagle*²³⁸, ainsi que sur la jurisprudence issue de la CJUE et celle de la Cour EDH.

• L'arbitrage du Canal de Beagle

Le litige concernait la souveraineté sur trois îles, Picton, Nueva et Lenox, que se disputaient l'Argentine et le Chili, situées à l'entrée du Canal de Beagle, celui-ci permettant la liaison entre l'Océan atlantique et le Pacifique. Pour l'occasion, la Reine d'Angleterre fut désignée comme arbitre et un compromis d'arbitrage fut signé le 22 juillet 1971.

Présidé par Gerald Fitzmaurice, ce tribunal rendit une décision à l'unanimité le 18 avril 1977, ratifiée par la reine le 22. Ce qui est intéressant est que, dans sa décision, le tribunal, pour justifier de l'application de l'article d'un traité de 1881 sur un autre, énoncera que : « Tous les conflits ou anomalies peuvent être éliminés en appliquant la règle *generalia specialibus non derogant*, en vertu de laquelle l'article II (*generalia*) céderait le pas à l'article III (*specialia*), ce dernier primant »²³⁹.

On voit donc la première reconnaissance du principe de la *lex specialis* venant offrir préséance à une disposition spéciale sur une autre générale dans un même et seul instrument.

• La jurisprudence de la CJUE

Concernant la jurisprudence de la CJUE, nous ne reviendrons que sur une seule affaire illustrant nos propos, l'affaire *Rudolf Gabriel* du 11 avril 2002²⁴⁰. L'objet de l'affaire consistait en une demande d'interprétation, faite par l'Oberster Gerichtshof²⁴¹, des articles 5.1, 5.3 et 13-1.3 de la Convention du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civiles et commerciales.

À cet égard, la Cour a relevé que « l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles est relatif à la matière contractuelle en général, alors que l'article 13 de ladite convention vise de façon spécifique différents types de contrats conclus par un consommateur »²⁴² et que « l'article

²³⁸ Pour une étude détaillée de l'affaire, voir G.R. Moncayo, La médiation pontificale dans l'affaire du Canal de Beagle, *RCADI* 1993, vol. 242, p. 1-434 ou J. Dutheil de la Rochère, L'affaire du Canal de Beagle (sentence rendue par la Reine d'Angleterre le 22 avril 1977), *AFDI* 1977, vol. 23, p. 408-435.

²³⁹ Beagle Canal Arbitration, (Argentine v. Chile), *International law report*, 1979, vol. 52, pp. 97 et 141, traduit par ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, préc., p. 43.

²⁴⁰ CJCE, 11 avril 2002, *Rudolf Gabriel*, aff. C-96/00.

²⁴¹ Équivalent de la Cour suprême autrichienne en matière d'affaires civiles et pénales.

²⁴² CJCE, *Rudolf Gabriel*, préc., p. 6398, § 35.

13 de la convention de Bruxelles [constitue] dès lors une *lex specialis* »²⁴³.

Par cette prise de position, la cour reconnaît donc ici pleinement l'existence du principe de la *lex specialis*.

- La jurisprudence de la Cour EDH

La Cour EDH fait souvent référence à la *lex specialis* pour justifier l'application d'une disposition issue de la CEDH sur une autre. Nous nous limiterons ici à l'étude d'une seule affaire, l'affaire *Brannigan Mc. Bride c/ Royaume-Uni*²⁴⁴. Dans cette affaire, nul besoin de revenir sur les faits. La Cour, dans le rendu de sa décision, a considéré que « l'article 13 (art. 13) fixant des conditions moins strictes que l'article 5 par. 4 (art. 5-4), lequel doit être considéré comme la *lex specialis* pour les doléances tirées de l'article 5 (art. 5) »²⁴⁵.

Une fois de plus, la Cour EDH confirme sa jurisprudence antérieure en reconnaissant l'application du principe de la *lex specialis* au sein d'un même texte.

2 – La *lex specialis* face aux conflits d'obligations issus de textes différents

Ici nous reviendrons sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice Internationale²⁴⁶ ainsi que sur celle des groupes spéciaux de l'Organe de règlement des différends²⁴⁷ et, une nouvelle fois, sur celle de la CJUE.

- La jurisprudence de la CPIJ

Nous allons nous concentrer sur une affaire célèbre de la CPIJ, à savoir l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*²⁴⁸. Il était question pour la Cour de juger de sa compétence en départageant deux documents, un Mandat de 1922 pour la Palestine et un Protocole XII de 1923 au Traité de Lausanne. Pour se faire, la Cour a conclu sur l'application du Protocole en estimant que « dans le doute, c'est le Protocole en tant qu'accord spécial et postérieur qui devrait l'emporter »²⁴⁹.

Il est intéressant de relever que la Cour, bien que consacrant le principe de la *lex specialis*, consacre dans un même temps celui de la *lex posterior* que nous étudierons plus tard. Néanmoins, on pourra noter que cela reflète bien la pratique internationale qui n'arrive pas à déterminer, lorsque plusieurs principes généraux de règlements de conflits de normes sont applicables, lequel faire primer (si tant est qu'il faille en faire primer un).

- La jurisprudence de l'ORD

Concernant l'acceptation de la *lex specialis* par l'OMC, l'affaire des restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles textiles et industriels²⁵⁰ apparaît

²⁴³ *Ibid.*, p. 6399, § 36.

²⁴⁴ Cour EDH, 26 mai 1993, *Brannigan Mc. Bride c/ Royaume-Uni*, n° 14554/89.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 35, § 76.

²⁴⁶ Ci-après CPIJ.

²⁴⁷ Ci-après ORD.

²⁴⁸ CPIJ, arrêt, 30 août 1924, *Aff. des concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c/ Royaume-Uni)*, *Rec.* 1924, p. 7.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 31.

²⁵⁰ ORD, Rapport du groupe spécial, 6 avril 1999, Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits

intéressante. En effet, le groupe spécial a estimé que : « L'Inde n'a pas réellement présenté son argumentation en se référant au principe de la *lex specialis* lors des travaux du Groupe spécial et celui-ci estime que cette notion ne s'applique pas en l'espèce. Si l'on peut dire que les deux procédures s'appliquent aux mêmes questions, la deuxième condition nécessaire à l'application du principe de la *lex specialis*, c'est-à-dire l'existence d'un conflit entre les deux, n'est pas remplie »²⁵¹.

Par cette jurisprudence, on observe que bien que limitant la portée de la *lex specialis* à un conflit au sens strict, l'OMC, vient, par son organisme de règlement des différends, reconnaître l'existence du principe en tant que règle de conflits.

- La jurisprudence de la CJUE

Nous allons nous intéresser à l'affaire *Jt's Corporation Ltd*²⁵² de 2000 présentée devant le Tribunal de première instance de l'Union, au cours de laquelle celui-ci a eu à se prononcer sur les relations entre un règlement de 1981 concernant la confidentialité des éléments obtenus suite à une enquête douanière et une décision de la Commission de 1994 garantissant la publicité des documents de la Commission.

Lors du rendu de sa décision, le tribunal a considéré que : « Le règlement n° 1468/81, pour autant qu'il devrait être appliqué en tant que *lex specialis*, ne saurait être interprété dans un sens contraire à la décision 94/90 dont l'objectif fondamental est de donner aux citoyens la possibilité de contrôler d'une manière plus effective la légalité de l'exercice du pouvoir public »²⁵³.

Notons que le tribunal reconnaît certes l'existence du principe de la *lex specialis* pouvant intervenir entre différents outils, mais en fait une interprétation toute différente du principe de la *lex specialis* que l'OMC.

En effet, alors que l'OMC borne l'application de la *lex specialis* aux seules situations de conflits stricts, en n'y voyant dès lors qu'une règle de conflit, le Tribunal lui y voit également une règle d'interprétation des textes supposément contradictoires. Nous reviendrons également sur cette distinction dans le prochain développement, l'important étant ici de retenir une nouvelle fois la reconnaissance faite par la jurisprudence de la CJUE de la *lex specialis*.

3 – La *lex specialis* face aux conflits entre normes conventionnelles et non-conventionnelles

Il est intéressant d'observer ici comment la *lex specialis* peut jouer dans la résolution de normes « successives » issues de sources différentes du droit international. Cependant, comme cette question s'éloigne quelque peu de notre étude, nous n'y consacrerons qu'une brève analyse en nous focalisant sur la très célèbre affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, portée devant la CIJ et son arrêt au fond de 1986²⁵⁴.

La Cour, amenée à se prononcer sur les relations entre traités et coutume, a estimé que, « d'une manière générale, les règles conventionnelles ayant le caractère de *lex specialis*, il ne

agricoles, textiles et industriels, WT/DS90/R.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 153.

²⁵² TPICE, 12 oct. 2000, *Jt's Corporation Ltd c/ Commission*, aff. T-123/99.

²⁵³ *Ibid.*, p. 3292, § 50.

²⁵⁴ CIJ, arrêt, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c/ États-Unis)*, Rec. 1986, p. 14.

conviendrait pas qu'un État présente une demande fondée sur une règle de droit international coutumier si, par traité, il a déjà prévu des moyens de régler une telle demande »²⁵⁵.

La Cour, par cette formule, vient reconnaître également l'existence de la *lex specialis* et son application en droit international quant à la résolution de conflit normatif pouvant surgir entre un traité et une coutume. Cependant, comme elle le précise très justement, il ne faut pas en conclure que le droit coutumier soit aboli – on ne parle ici que d'une priorité d'application à un cas d'espèce et non d'une nullité²⁵⁶ – cette conclusion ayant également été celle de la Commission du droit international lors des travaux sur la Convention de Vienne de 1969 et son article 30 traitant des traités successifs, comme nous le verrons par la suite.

Finalement, il ressort de ce qui précède que le principe de la *lex specialis* a reçu un accueil favorable en jurisprudence, que cela soit au niveau universel, régional ou encore à l'occasion de sentences arbitrales et que le conflit concerne des obligations issues d'un même instrument, la concurrence de deux instruments conventionnels ou enfin la relation entre traité et coutume.

Pour conclure cette section, la *lex specialis* doit être considérée comme un outil essentiel en droit international permettant la résolution de conflits normatifs, et dans le cadre de notre étude, de ceux émanant de traités successifs. Cependant, ce principe ne peut obtenir d'application générale en droit international, sa portée restant en effet limitée à certains conflits.

C'est pourquoi désormais, après nous être intéressé aux différentes applications possibles de ce principe, il nous faut en étudier la portée limitée.

§ II – Le secours limité de la *lex specialis* quant à la résolution des conflits de traités successifs

Le principe de la *lex specialis* est bien reconnu en droit international. Cependant, comme les raisonnements tant de l'Organisation mondiale du commerce²⁵⁷ que de la CJUE le prouvent, ce principe peut recevoir différentes interprétations. C'est pourquoi, après avoir étudié les différentes interprétations possibles du principe pouvant limiter sa portée (A), nous verrons les difficultés de sa mise en œuvre quant au critère retenu, celui de la spécialité (B).

A – Les différentes interprétations possibles de la *lex specialis*

Nous l'avons vu en étudiant de quelle sorte la *lex specialis* fut accueillie par les différentes cours, il peut en être fait différentes interprétations. Comme le souligne Christopher J. Borgen : « [I]n applying *lex specialis* to conflicts between specific and general clauses in two instruments, there are three possible scenarios: (1) the *lex specialis* rule is applied such that the specific clause cancels out the general clause; (2) the specific clause is deemed supplementary to the general clause; or (3) the general clause is considered as overriding the specific clause »²⁵⁸.

C'est également l'avis de Hans Aufricht qui fait la même distinction et ajoute ensuite que

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 137, § 274.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 96, § 179 : « Il est donc clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique ».

²⁵⁷ Ci-après « OMC ».

²⁵⁸ C.J. Borgen, *Resolving treaty conflicts*, préc., p. 589.

« it is difficult, if not impossible, to state in general terms which of these three conceivable approaches will be selected in interpreting one or more provisions of a particular legal document »²⁵⁹.

La Commission est également de cet avis puisqu'elle considère que le lien existant entre la disposition spéciale et la disposition générale peut se concevoir de deux façons : « On peut se trouver dans le cas où la règle spéciale doit se lire et être comprise dans les limites de la règle générale qui en constitue la toile de fond, en tant que développement, mise à jour ou spécification technique de celle-ci. Dans pareil cas, on pourrait dire que la règle spéciale et la règle générale se rejoignent »²⁶⁰.

En de telles circonstances, la *lex specialis* peut être considérée comme un principe d'interprétation, mais n'en demeure pas moins un outil qui puisse permettre de résoudre un conflit (au sens large) entre deux textes qui semblent « pointer dans des directions différentes »²⁶¹.

Dans un second temps la Commission considère que la *lex specialis* peut être considérée dans un sens plus étroit lorsqu'elle « vise le cas dans lequel deux dispositions légales, qui sont toutes deux valides et applicables, sans qu'il existe entre elles un lien hiérarchique exprès, comportent des indications incompatibles quant à la manière d'aborder un même ensemble de faits. Dans pareil cas, la *lex specialis* se présente comme une technique de règlement de conflits. Elle donne à entendre qu'en lieu et place de la règle (générale), il y a lieu d'appliquer l'exception (spécifique) »²⁶².

Dans ce cas là, le principe de la *lex specialis* devra plutôt être considéré comme permettant la résolution d'un conflit dur, et donc devra être envisagé comme une règle de conflit à part entière.

À ce stade, il est intéressant de noter que tous les auteurs ne sont pas unanimes sur les qualités qu'il faut reconnaître à la *lex specialis*.

George Scelle, par exemple, lui, limite l'efficacité de la *lex specialis* à la seule première hypothèse. En effet, nous l'avons déjà énoncé plus haut, celui-ci estime que deux États ne pourront conclure entre eux de traité spécial que si celui-ci ne contrarie pas l'objet et le but du traité général, considéré selon George Scelle comme supérieur. Par cette vision, on peut donc considérer que George Scelle vient notablement limiter la portée de la *lex specialis*²⁶³.

À l'opposé, certains auteurs considèrent que la première hypothèse ne constitue en aucune façon une application de la *lex specialis*. Ils estiment en effet que dans ce genre de situations, les deux règles trouvant à s'appliquer simultanément, il n'est donc pas question d'un conflit normatif. C'est notamment le cas de Joost Pauwelyn²⁶⁴.

Cette vision fut un temps soutenue par la Cour EDH qui, dans un arrêt *Neumeister c/ Autriche*²⁶⁵, a considéré que les dispositions de l'article 5 de la Convention ne constituaient pas une *lex specialis* de l'article 50 de la même Convention puisque les deux articles pouvaient être

²⁵⁹ H. Aufricht, *Supersession of treaties in international law*, préc., p. 697-698.

²⁶⁰ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, préc., p. 37.

²⁶¹ Nous reprenons ici à l'escient la formule de la Commission du droit international déjà évoquée plus tôt, note 35.

²⁶² ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international*, préc., p. 37.

²⁶³ G. Scelle, *Cours de droit international public*, op. cit., p. 642.

²⁶⁴ J. Pauwelyn, *Conflict of norms in international law: how WTO law relates to other rules of international law*, op. cit., p. 386.

²⁶⁵ Cour EDH, 7 mai 1974, *Neumeister c/ Autriche* (article 50), n° 1936/63.

appliqués concomitamment²⁶⁶.

Cette vision fut aussi celle de la Commission du droit international puisque dans son commentaire relatif à l'article 55 du PARE celle-ci a précisé que : « Pour que le principe de la *lex specialis* s'applique, il ne suffit pas que deux dispositions traitent du même sujet, il doit y avoir une véritable contradiction entre ces deux dispositions, ou l'on doit pouvoir à le tout le moins discerner dans l'une de ces dispositions l'intention d'exclure l'autre »²⁶⁷.

L'ORD de l'OMC comme vu précédemment considère également que la *lex specialis* doit recevoir une portée réduite comme ne pouvant constituer qu'un outil permettant de résoudre des conflits durs.

Il ressort que toute la question de la portée de la *lex specialis* s'articule autour de la définition du conflit en droit international. Aussi, comme vu dans le paragraphe précédent, la jurisprudence de la Cour EDH s'est assouplie en acceptant désormais de reconnaître l'application du principe de spécialité en tant que règle interprétative. En effet, dans le rendu de sa décision *Brannigan et McBride c/ Royaume-Uni* précitée, elle a fait application de l'article 5§4 en tant que *lex specialis* de l'article 13. Cependant, l'article 5§4 peut être considérée comme une simple application de l'article 13, venant en quelque sorte interpréter les dispositions de celui-ci dans un cas d'espèce.²⁶⁸ La Commission du droit international a aussi revu sa définition de la notion de conflit²⁶⁹ et par ce biais donc, sa vision de la portée de la *lex specialis*.

Comme le précise la Commission du droit international, « il est souvent difficile de dire si une règle "applique" une norme, la "modifie" ou y "déroge". Une "application" ou "modification" implique aussi jusqu'à un certain point une "dérogation" et une "mise à l'écart" »²⁷⁰.

C'est pourquoi la question peut sembler grandement théorique. La Cour internationale de justice ne semble elle-même pas vraiment se poser la question. En effet, dans le rendu de sa décision concernant l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*²⁷¹, la Cour se référant à la *lex specialis* n'a pas prit soin de préciser le lien existant entre la règle spéciale et les autres règles de droit qui entraient en contact avec elle. Elle énonce en effet que : « Il est d'une importance primordiale que la Cour ait constaté que le traité de 1977 est toujours en vigueur et régit par conséquent les relations entre les Parties. Ces relations sont certes aussi soumises aux règles des autres conventions pertinentes auxquelles les deux États sont parties, aux règles du droit international général et, en l'espèce, aux règles de la responsabilité des États ; mais elles sont gouvernées avant tout par les règles applicables du traité de 1977 en tant que *lex specialis* »²⁷².

Finalement donc, la tendance actuelle semble être de ne plus réellement faire de distinction entre les différentes acceptions possibles que peut recevoir la *lex specialis*. Il conviendrait donc de considérer celle-ci comme un outil permettant la résolution des conflits issus des traités successifs, soit par le biais de l'interprétation, soit par le biais de la règle de conflit. Cependant, on ne peut voir dans la vision qu'en fait l'OMC autre chose qu'une limitation

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 8-9, §§ 29-30.

²⁶⁷ ONU, Commission du droit international, PARE et commentaires y relatifs, p. 385.

²⁶⁸ L'article 13 prévoit en effet le droit à l'octroi d'un « recours effectif devant une instance nationale » et l'article 5§4 le droit de toute personne privée « d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ».

²⁶⁹ Voir en ce sens les développements introductifs sur la notion de conflit.

²⁷⁰ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 55.

²⁷¹ CIJ, 25 sept. 1997, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c/ Slovaquie)*, Rec. 1997, p. 7.

²⁷² *Ibid.*, p. 76, § 132.

de sa portée, ce qui n'est pas négligeable, sachant qu'à l'heure actuelle, une majorité des conflits issus de traités successifs intéressent des conflits opposant la matière commerciale et la matière environnementale et donc susceptibles d'être réglés par l'ORD de l'OMC. Mais une seconde difficulté liée au principe de la *lex specialis* vient limiter la portée de son secours dans la résolution de conflits entre traités successifs.

B – Les difficultés liées au critère de la spécialité

La difficulté liée à la détermination du critère de spécialité entraîne une double problématique. D'un côté, il n'est pas aisé de déterminer le caractère spécial d'une règle par rapport à son environnement (1). D'un autre côté, lorsque l'on considère une règle comme spéciale, deux éléments peuvent être pris en compte. On peut considérer soit que la règle est spéciale *ratione personae*, soit *ratione materiae* (2). Enfin nous verrons qu'il existe une dernière limite au principe de la *lex specialis* relatif à la nécessaire identité des parties aux conventions en conflit (3). Nous allons discuter successivement de ces trois problématiques qui viennent limiter l'efficacité de la *lex specialis* pour résoudre certains conflits de successivité normative.

1 – Le rapport délicat droit spécial / droit général

La première remise en question du principe de la *lex specialis* tient à la difficulté que l'on peut rencontrer, bien souvent, à déterminer quelle règle est spéciale et quelle est règle et générale. Comme le précise Jean Salmon, « il n'est pas toujours simple de définir ce qui est spécial et ce qui est général. Une convention peut être générale par rapport à une seconde et spéciale par rapport à une troisième. Ces critères sont forts relatifs et ne parviennent pas toujours à s'adapter à des situations de fait complexes »²⁷³. La *lex specialis* peut donc dans certaines situations n'être d'aucun secours à la résolution de conflits de normes, tout dépendra finalement du contexte dans lequel le conflit surgit.

La Commission du droit international soulève également cette problématique en expliquant que « toute règle générale est également particulière en ce sens qu'elle traite d'une manière particulière, c'est-à-dire qu'elle comporte une description factuelle en tant que condition générale à son application »²⁷⁴. D'un autre côté, la Commission ajoute à juste titre que « toute règle de droit spécial est générale, car les règles ont ceci de propre qu'elles s'appliquent à une catégorie "de manière générale" »²⁷⁵. En effet, une règle, pour pouvoir espérer se voir qualifier en tant que telle doit être rédigée en des termes assez généraux. D'où il ressort que le critère de la spécialité, face à celui de la généralité, ne peut être que relatif.

La Commission prend à juste titre l'exemple de la Convention d'Ottawa sur les mines antipersonnel²⁷⁶ qui constitue une règle générale en ce sens qu'elle régit de façon globale la question des mines antipersonnel mais, d'un autre côté, elle constitue une règle spéciale en ce sens qu'elle régit une question spécifique du droit humanitaire.

Au final donc, cette difficulté a pour finalité de venir desservir quelque peu l'efficacité de la *lex specialis* en tant que règle de conflit de normes successives et nécessite une analyse au

²⁷³ J. Salmon, Les antinomies en droit international public, préc., p. 304.

²⁷⁴ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, préc., p. 65.

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, Ottawa, 3 décembre 1997, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1999.

cas par cas de la situation pour établir l'applicabilité en la matière de la *lex specialis*.

Une règle ne pourra jamais être considérée comme spéciale ou générale dans l'abstrait, elle doit l'être en relation avec d'autres règles. Et, pour ce faire, deux critères peuvent être pris en compte et peuvent être à leur tour être source d'incertitudes.

2 – La difficulté quant au choix du critère à prendre en compte dans la détermination de la spécialité

Pour déterminer si une règle est spéciale, deux éléments peuvent être pris en considérations, que l'on se place *ratione personae* ou *ratione materiae*.

En effet, une règle peut être considérée spécifique *ratione personae* lorsque celle-ci n'a vocation à s'appliquer qu'entre certains États, par exemple sur une base géographique ou fonction du niveau de développement de l'État considéré. Par exemple, la CEDH pourra être considérée comme une *lex specialis* par rapport au Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

D'un autre côté, une règle pourra être qualifiée de spéciale *ratione materiae* lorsque celle-ci n'aura vocation qu'à régir un certain pan du droit considéré. On pourra prendre l'exemple de la Convention concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination²⁷⁷, qui peut être considérée comme une *lex specialis* de la CEDH.

Cependant, comme le précise la Commission, la difficulté vient du fait que ces deux plans peuvent se chevaucher. Elle explique en effet que : « Ainsi en va-t-il, par exemple, d'une règle générale par son objet (par exemple, un traité de bon voisinage), mais qui ne s'applique qu'à une relation spéciale entre un nombre limité d'États (deux États) »²⁷⁸.

Plusieurs auteurs ont également soulevé cette problématique. Wilfred Jenks lui considère que : « The *lex specialis* principle is sometimes regarded as applicable to conflicts between instruments establishing a special international régime for a particular area, such as the trusteeship agreements, and general international conventions, the suggestion being that in the event of any such conflict the instrument establishing the special régime must prevail, but there is no satisfactory authority on the point. (...) The principle can, of course, also be reversed in respect of such cases, a general international convention on a subject being regarded as the *lex specialis* covering a matter dealt with in such an instrument terms »²⁷⁹.

Wilfred Jenks démontre la circularité du raisonnement qui peut parfois entourer la *lex specialis*. M Akehurst relève également cette problématique de façon plus directe en expliquant que « one rule of international law may be more general than another, either because it has a broader subject-matter, or because it binds a larger number of States »²⁸⁰.

Enfin, plus récemment, Christopher J. Borgen a également soulevé cette problématique en affirmant que « scope of issue area is not the only way to interpret the *lex specialis*; some have argued that regimes that cover only few states or a specific geographic area may be considered *lex specialis* »²⁸¹.

²⁷⁷ Convention concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, Genève, 17 juin 1999, entrée en vigueur le 19 nov. 2000.

²⁷⁸ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international*, préc., p. 66.

²⁷⁹ W. Jenks, *The conflict of law-making treaties*, préc., p. 447.

²⁸⁰ M. Akehurst, *The hierarchy of sources in international law*, *BYBIL* 1975, vol. 47, p. 273.

²⁸¹ C. Borgen, *Resolving treaty conflicts*, préc., p. 589.

Cette double possibilité de spécialité de la norme et les incertitudes qu'elle entraîne vient donc limiter encore un peu plus l'effectivité du principe de la *lex specialis* quant à la résolution des conflits de traités successifs.

3 – La limitation du principe de la *lex specialis* aux conflits de traités avec identité des parties

Enfin, une dernière précision vient également limiter la portée de la *lex specialis*, puisque, comme le souligne Jean Salmon, la *lex specialis* joue « uniquement dans le cas de traités successifs ayant les mêmes signataires »²⁸². C'est également l'avis de Ernest de Vattel qui, dans son œuvre sur le droit des gens, pose comme préalable à l'application du principe de spécialité que les deux conventions doivent être « toutes choses d'ailleurs égales »²⁸³. Et bien que ne l'énonçant pas explicitement, dans la logique de son raisonnement, la concordance des parties constitue une des « choses » qui doivent être identiques entre les deux conventions pour qu'un rapport de spécialité puisse voir le jour.

Cette précision, bien que non partagée par tous les auteurs paraît logique. Il semble difficile d'appliquer le principe de la *lex specialis* en présence d'un conflit de conventions auxquelles les deux parties en conflit n'adhèrent pas. Il y aurait alors une grave atteinte à l'effet relatif des traités, atteinte qui ne peut être justifiable, nous l'avons vu, que dans le cadre d'obligations *erga omnes* ou de normes possédant le caractère de *jus cogens*.

C'est pourquoi, il apparaît donc raisonnable de limiter les effets de la *lex specialis* aux conflits de traités successifs avec identité des parties.

Ainsi le facteur de spécialité doit être considéré comme un outil non négligeable dans la résolution de conflits de normes successives. Cependant, comme nous venons de le voir, certaines limites viennent en réduire l'efficacité.

En définitive, nous avons prouvé que le facteur de spécialité permet, en droit international et relativement à la question des traités successifs, d'apporter des solutions intéressantes comme le prouvent la jurisprudence évoquée. Cependant, nous avons également prouvé que son recours était limité, notamment par des imprécisions du concept que la doctrine n'arrive pas à enrayer ou encore par des effets limités à certaines catégories de conflits.

La *lex specialis* doit donc être considérée comme un outil aidant à la résolution des conflits normatifs venant donner préséance à la règle spéciale, outil qui est assorti cependant de certains garde-fous. Nous allons maintenant voir dans une seconde section relative au facteur temps que les mêmes conclusions peuvent être tirées.

SECTION 2 – LES SOLUTIONS OFFERTES PAR LE FACTEUR TEMPS

Au côté du principe de la *lex specialis*, on retrouve deux autres principes que sont la *lex prior*, venant donner priorité à la règle la plus ancienne ou, à l'inverse, la *lex posterior* venant offrir priorité à la norme la plus récente, qui répondent tous deux à une logique de temporalité.

La Commission du droit international a reconnu l'importance de ce facteur temps en énonçant qu'« une autre relation transcende souvent les relations en droit spécial et droit

²⁸² J. Salmon, Les antinomies en droit international public, préc., p. 304.

²⁸³ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, op. cit., p. 511, § 316.

général, à savoir celle entre droit antérieur et droit postérieur »²⁸⁴.

Dans la Convention de Vienne de 1969, par exemple, le temps vient jouer un rôle dans toutes les étapes de la formation du droit conventionnel pour ensuite servir d'unité quant à son imposition.

Cette même Convention s'intéresse dans ses articles 30 et 41 à la question du rôle du facteur temps, mais, nous verrons dans notre deuxième partie que cette codification laisse certaines zones d'ombres dans la résolution des traités successifs. C'est pourquoi une étude des principes généraux codifiés en partie dans cette convention apparaît un préalable nécessaire puisqu'ils « demeurent la raison d'être de ces dispositions conventionnelles et illustrent l'esprit dans lequel ils s'appliquent »²⁸⁵.

Comme le précise également Emmanuel Roucounas « le temps est un élément intégré dans le processus normatif, c'est-à-dire qu'il exerce sa fonction dans la normativité ; il n'est ni extérieur, ni indifférent à celle-ci »²⁸⁶.

Alors que ce dernier reconnaît les difficultés que connaît la doctrine pour se mettre d'accord sur le moment de formation de la norme coutumière, élément essentiel pour dire le droit, il ajoute que cette question est « également fondamentale pour la comparaison avec les normes qui proviennent de la source conventionnelle et pour l'établissement du rapport de préséance en cas de conflit »²⁸⁷.

Il apparaît donc important de s'attarder sur le rôle que peut jouer le facteur temps dans la résolution du conflit de normes successives. Procédant sur le même schéma que lors de l'examen de la *lex specialis*, avant d'étudier les effets de ce facteur temps (§ II), nous allons nous attarder sur sa reconnaissance en droit international (§ I).

§ I – La reconnaissance du facteur temps en droit international

Concernant la reconnaissance des principes de droit international répondant à une logique de temporalité, nous reviendrons tout d'abord sur leur reconnaissance doctrinale (A) pour ensuite nous pencher sur leur consécration par la pratique internationale (B).

A – Le facteur temps à l'épreuve de la doctrine

Comme nous le verrons par la suite, les auteurs réalisent souvent une distinction entre les conflits impliquant deux normes avec identité des parties et ceux sans identité des parties. Cette distinction a pour conséquence la reconnaissance de deux principes différents, la *lex prior* et la *lex posterior*. Nous allons donc dans un premier temps aborder la question de la reconnaissance de la *lex prior* (1) pour ensuite nous attarder sur celle de la *lex posterior* (2).

1 – La reconnaissance doctrinale du principe de la *lex prior*

Le principe de la *lex prior*, ou dans sa forme complète *prior in tempore potior in ius* est un principe de droit international selon lequel la loi antérieure doit prévaloir sur la loi postérieure.

²⁸⁴ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international*, préc., p. 125.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 129.

²⁸⁶ E. Roucounas, *Engagements parallèles et contradictoires*, préc., p. 71.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 71-72.

Ce principe venant sanctionner un traité nouveau aliénant le pouvoir de l'État à régler une affaire a été souvent soutenu par les premiers tenants du droit naturel.

En effet, Alberto Gentili, dans ses trois livres sur le droit de la guerre, en matière d'alliance venait expliquer que le principe de la *lex prior* devait s'appliquer. Il énonçait : « Je demande maintenant si une amitié a été contractée avec plusieurs et que ceux-ci se font réciproquement la guerre, avec lequel faudra-t-il coopérer ? Quand quelqu'un a promis de fournir sa plaidoirie à deux personnes, on a longuement répondu qu'était préféré celui auquel on l'avait promise en premier, (...) parce que, dans un droit égal, la condition qui est la première dans le temps sera la plus forte »²⁸⁸.

On le voit donc en matière de traité d'amitié, Gentili faisait, dans tous les cas, primer le traité premier dans le temps, exception faite des rapports de sujétion²⁸⁹, exception qui n'aurait plus lieu d'être aujourd'hui.

Ernest de Vattel, concernant les traités d'amitié, adopte la même posture que Gentili puisque, après avoir expliqué la possibilité de pouvoir contracter des engagements de même nature avec différents partenaires tant qu'il est possible de tous les honorer, il ajoute que « si néanmoins le contraire arrive, le plus ancien allié doit être préféré ; car l'engagement était pur [et] absolu envers lui, au lieu qu'il n'a pu le contracter avec le second, qu'en réservant le droit du premier. La réserve est de droit, [et] tacite, si on ne l'a pas faite expressément »²⁹⁰. Il ajoute également, dans le cadre de concurrence normative hors cas d'alliance que, « s'il y a collision entre deux traités faits avec deux États différents, le plus ancien l'emporte. Car on ne pouvait s'engager à rien qui y fut contraire, dans le traité qui a suivi : et si ce dernier se trouve, dans un cas, incompatible avec le plus ancien, son exécution est censée impossible ; parce que le promettant n'a pas le pouvoir d'agir contre ses engagements antérieurs »²⁹¹.

Vattel adopte donc une position relativement radicale qui venait réduire considérable la liberté de contracter des entités concernées.

Plus récemment, George Scelle, dans les cas de conflits normatifs avec non-identité des parties, faisait tout d'abord une distinction entre traités constitutifs consacrant un état de solidarité nouveau et les traités ordinaires, de la même valeur sociale. Dans l'hypothèse d'un conflit entre deux traités issus de la seconde catégorie, il prônait également une application du principe de la *lex specialis*²⁹².

Wilfred Jenks écrit lui au sujet de ce principe que « the principle is derived from the analogy of the law of contract and has an important application in international law in respect of conflicts between bilateral agreements conferring inconsistent rights on different parties »²⁹³. Le raisonnement de Wilfred Jenks semble donc être basé sur les mêmes distinctions que celui de George Scelle pour l'application du principe.

À ce stade, il convient de préciser que le texte adopté par la Commission du droit international en 1953, sous l'égide du Professeur Lauterpacht, acceptait non seulement ce principe à son article 16 mais lui conférait une large importance puisqu'il considérait qu'était nul tout traité entraînant la rupture d'obligation antérieure²⁹⁴ (nous verrons plus tard que cette

²⁸⁸ A. Gentili, *Les trois livres sur le droit de la guerre*, 1598, trad. Dominique Gaurier, Limoges, Pulim, 2012, p. 589.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 592.

²⁹⁰ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, op. cit., p. 376, § 167.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 511, § 315.

²⁹² G. Scelle, *Manuel de droit international public*, Paris, Montchrestien, 1948, p. 641-645.

²⁹³ W. Jenks, *The conflict of law-making treaties*, préc., p. 442.

²⁹⁴ ONU, Commission du droit international, *Report on the law of treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur*, YILC 1953, vol. II, A/CN.4/63, p. 93, art. 16.

solution ne sera pas *in fine* celle retenue par la Commission).

Jean Salmon, dans son article sur les antinomies en droit international, opère une distinction entre conflit avec identité et non-identité des parties en faisant primer le principe de la *lex prior* dans le second cas. Mais il ajoute une remarque qui apparaît intéressante en ce qu'il énonce qu'« il semble plutôt que la règle *prior in tempore potior in jus* ne soit finalement que l'expression technique de règles de fond relatives aux traités : la règle *pacta sunt servanda* et la règle *res inter alios acta* »²⁹⁵.

C'est également l'avis de Hans Aufricht qui considère que « the one principle (*pacta sunt servanda*) interdicts the conclusion of a treaty between States A and B without the consent of State C, if the treaty between A and B would in effect be at variance with previous treaty obligations of A or B toward C »²⁹⁶.

Il ressort donc clairement de ce qui précède que le principe qui émane de la *lex prior* semble être largement reconnu par la doctrine internationale, bien que sa portée et ses effets ne soient pas toujours considérés de la même manière. Tandis que cette question fera l'objet d'une section ultérieure, il convient désormais de s'intéresser à la question de la reconnaissance du principe de la *lex posterior* par cette même doctrine.

2 – La reconnaissance doctrinale du principe de la *lex posterior*

Le principe de la *lex posterior*, ou dans sa forme entière, *lex posterior derogat lege prior*, peut être considéré comme l'antithèse de la *lex prior* en ce qu'il vient faire primer la règle la plus récente en cas de conflit normatif. La Commission du droit international considère que c'est un principe ancré en droit romain, qui « a parfois été considéré comme l'un des "principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées" en vertu du paragraphe 1 c) de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice »²⁹⁷.

Tout comme la *lex prior*, ce principe a souvent été énoncé par la doctrine comme règle de conflit des normes en droit international et on le retrouve également chez les auteurs classiques.

Hugo Grotius a consacré dès 1625 ce principe en énonçant, pour les conflits de normes impliquant les mêmes parties que « enfin, ce qui a été dit en dernier lieu prévaille »²⁹⁸.

Ernest de Vattel de la même façon considérait que : « Si le conflit se trouve entre deux lois affirmatives, ou deux traités affirmatifs aussi et conclus entre les mêmes personnes ou les mêmes États, le dernier en date l'emporte sur le plus ancien. Car il est manifeste que ces deux lois, ou ces deux traités émanant du même pouvoir, le dernier a pu déroger au premier »²⁹⁹.

George Scelle lui limitait le champ du principe de la *lex posterior* aux conflits impliquants les mêmes signataires ainsi qu'aux traités issus du même milieu social³⁰⁰. Il venait donc par là ajouter une condition supplémentaire à la théorie des auteurs classiques.

Dans la doctrine plus actuelle, ce principe est également repris par la majorité des

²⁹⁵ J. Salmon, Les antinomies en droit international public, préc., p. 304.

²⁹⁶ H. Aufricht, Supersession of treaties in international law, préc., p. 672.

²⁹⁷ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international* : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, préc., p. 127.

²⁹⁸ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 413.

²⁹⁹ E. De Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, op. cit., p. 510, § 315.

³⁰⁰ G. Scelle, *Manuel de droit international public*, op. cit., p. 641-645.

auteurs. On pourrait, par exemple, citer Quincy Wright qui, lui, énonce que, « where two treaties are in conflict, courts will generally give precedence to the earlier if the signatories are different; to the later if they are the same »³⁰¹. Il opère donc également une distinction fondée sur les parties impliquées.

Hans Kelsen conduit le même raisonnement puisqu'il estime que « si les deux traités en conflit ont été conclus par les mêmes parties, il y a lieu d'appliquer la règle générale selon laquelle *lex posterior derogat priori* »³⁰².

Geraldo Eulalio do Nascimento e Silva est également de cet avis puisque, citant Castberg et Verdross, il considère l'existence de ce principe en droit international mais avec un champ d'application limité aux conflits impliquant les mêmes entités³⁰³.

Jean Salmon fait une nouvelle fois une analyse intéressante qu'il convient de souligner. Il estime, comme ses confrères, tout d'abord que le principe de la *lex posterior* doit s'appliquer « chaque fois que le second traité fait la loi des États parties au premier traité »³⁰⁴. Plus loin, dans son raisonnement, il ajoute qu'« il ne fait pas de doute que si il y avait un législateur international à compétence internationale obligatoire, ce principe acquerrait la même valeur qu'en droit interne »³⁰⁵. Quand on sait la valeur du principe de la *lex posterior* en droit interne, il apparaît clair que Jean Salmon milite implicitement pour une forte reconnaissance du principe.

Emmanuel Roucounas dans son cours sur les engagements parallèles et contradictoires, reconnaît également la valeur de ce principe de la *lex posterior* mais y ajoute une condition. Selon lui, « la *lex posterior* présuppose des sources de la même valeur hiérarchique [...] et] ne peut produire ses effets qu'à l'égard des parties qui sont les mêmes dans les deux traités ». En plus de l'identité des parties aux traités impliqués, il estime que le principe de la *lex posterior*, tout comme en droit interne, n'a d'effet qu'entre règles de force normative équivalente³⁰⁶.

Au-delà, Hans Aufricht estime lui que le principe de la *lex posterior* doit répondre à cinq conditions préalables cumulatives. Il estime que : « The principle *lex posterior derogat priori* is applicable to treaty law if the following five requirements are met: (1) if the later treaty covers the same subject as the earlier treaty; (2) if the later treaty involves the same parties as the earlier treaty; (3) if the later treaty is of the same level as or of a higher level than the earlier treaty; (4) if the scope of the later treaty is of the same degree of generality as the earlier treaty; (5) if the legal effect or effects provided for in the later treaty is or are different from that of the earlier treaty »³⁰⁷.

Hans Aufricht semble donc enfermer ce principe dans des conditions bien plus strictes que ses confrères, mais nous y reviendrons.

Paradoxalement, ce même auteur remarque qu'il peut être des situations où un traité postérieur a la préséance sur un traité antérieur n'impliquant pas les mêmes parties et l'explique par la composition des parties du traité postérieur : « [I]n the course of the nineteenth and twentieth centuries numerous *inter se* arrangements have been concluded between the Great Powers which in effect superseded preceding treaties on the same subject. Such arrangements are, of course, exceptions to the principle of the "equality of states," in that

³⁰¹ Q. Wright, Conflict between international law and treaties, *AJIL* 1979, vol. 11, n° 3, p. 579.

³⁰² H. Kelsen, Théorie du droit international public, préc., p. 165.

³⁰³ G.E. Do Nascimento e Silva, Le facteur temps et les traités, préc., p. 245.

³⁰⁴ J. Salmon, Les antinomies en droit international public, préc., p. 304.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 309.

³⁰⁶ E. Roucounas, Engagements parallèles et contradictoires, préc., p. 82-83.

³⁰⁷ H. Aufricht, Supersession of treaties in international law, préc., p. 700.

the consent of the Great Powers suffices to amend or modify an earlier treaty, irrespective of the consent of the other parties »³⁰⁸.

Il semble cependant que cette exception n'ait plus lieu d'être aujourd'hui, vu la relativisation du statut de supériorité des anciennes grande puissances et le poids considérable qu'ont pris les pays émergeant sur la scène internationale et dans les négociations.

Finalement, il semble que le principe de la *lex posterior* ait été également bien accepté par la doctrine internationale, même si encore une fois, les conditions de son application fassent quelque peu débat et qu'il soit limité aux conflits de traités impliquant une identité des parties.

À présent, il convient de s'interroger sur sa reconnaissance par la pratique internationale.

B – Le facteur temps à l'épreuve de la pratique internationale

Ici, nous scinderons également nos développements en deux points pour examiner séparément la reconnaissance du principe de la *lex prior* par la pratique internationale (1) et celle du principe de la *lex posterior* (2).

1 – La *lex prior* et la pratique internationale

La *lex prior* est un principe reconnu de longue date par la pratique internationale. Même s'il n'a été que rarement évoqué ouvertement, on peut en discerner l'existence que cela soit dans les pratiques diplomatiques (a) ou dans le raisonnement de différentes jurisprudences (b).

a) Les pratiques diplomatiques

Jean Salmon, en affirmant l'existence de ce principe en droit international, énonce deux pratiques diplomatiques démontrant l'attachement des États à la sauvegarde des intérêts du traité antérieur. Par exemple, lors de la signature du Pacte turco-irakien du 24 février 1955, des protestations de la ligue arabe ont vu le jour. Cependant, l'Irak, en soutenant qu'il n'avait pas l'intention de violer le Pacte de la ligue arabe, reconnaissait implicitement la suprématie du traité antérieur³⁰⁹.

On pourra également citer les allégations russes lors de la signature du Traité de l'Atlantique Nord par les Britanniques selon lesquelles, le traité était incompatible avec les obligations issues du Traité anglo-russe de 1922³¹⁰. Les Britanniques, en réponse, ont argué que le Traité de l'Atlantique Nord étant dirigé contre le seul cas d'agression, il n'existait dès lors pas d'incompatibilité.

Encore une fois, on retrouve bien là une reconnaissance implicite de la part du gouvernement britannique de l'importance du principe qui sous-tend la *lex prior*.

Au-delà, dans la pratique internationale, certaines jurisprudences ont également

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 673.

³⁰⁹ Voir A. Cocatre-Zilgien, La compatibilité du pacte turco-iraquien et les obligations internationales antérieures des États membres, *AFDI* 1955, p. 158-165.

³¹⁰ V. Compatibilité ou harmonisation du Pacte Atlantique avec la Charte de l'ONU et les Traités d'alliance antérieurs, *RGDIP* 1950, p. 765-770 (retranscription du mémorandum de l'URSS et des réponses françaises et britanniques).

consacré ce principe comme nous allons le démontrer.

b) Les raisonnements jurisprudentiels

Concernant les jurisprudences, on retrouve deux affaires de l'ancienne Cour de justice centre-américaine (1907-1917), deux affaires de la CPIJ et une affaire devant la CIJ.

- La jurisprudence de la Cour de justice centre-américaine

La Cour centre-américaine avait à connaître de deux affaires mettant en cause le Nicaragua, une première fois contre le Costa-Rica³¹¹ et une seconde fois, contre la République du Salvador³¹², respectivement en 1916 et 1917.

Sans qu'il soit besoin de rappeler les faits en détail, durant l'affaire opposant le Costa-Rica au Nicaragua, étaient en opposition le traité Canas-Jerez du 15 avril 1858 entre le Costa-Rica et le Nicaragua selon l'article 8 duquel le Nicaragua devait consulter le Costa-Rica avant de conclure tout traité comportant la cession, en vue de l'établissement d'un canal, de territoires aux abords du fleuve San Juan et un traité Bryan-Chamorro du 05 août 1914 entre les États-Unis et le Nicaragua, au terme duquel le Nicaragua avait concédé un droit d'option illimité aux États-Unis pour la construction d'un canal réunissant l'Atlantique et le Pacifique et la construction d'une base dans la baie de Fonseca. Finalement, la Cour, dans sa sentence, va condamner le Nicaragua mais sans déclarer le traité ultérieur invalide, les États-Unis étant tiers à l'instance.

Concernant l'affaire opposant cette fois la République du Salvador au Nicaragua, la Cour a également considéré que la concession d'une base navale dans le golfe de Fonseca menaçait la sécurité nationale du Salvador et, de ce fait, violait les droits de copropriété du Salvador sur le golfe ainsi qu'un traité de paix et d'amitié conclu entre États centre-américains du 20 décembre 1907.

Bien que la Cour ne le fasse pas directement, du fait notamment de certains rouages procéduraux, il apparaît clair qu'elle reconnaît la supériorité des obligations issues du traité antérieur et donc du principe de la *lex prior*.

- La jurisprudence de la CPIJ

Nous allons nous pencher sur une affaire de 1931 concernant l'établissement d'un régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche³¹³. Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer sur la question de savoir si le régime établi entre l'Allemagne et l'Autriche par le Protocole du 19 mars 1931, instaurant une union douanière entre les deux pays, était en contradiction avec un traité du 10 septembre 1919, dit Traité de Saint-Germain, et son article 88, ainsi qu'un Protocole n°1 du 4 octobre 1922 par lequel l'Autriche se devait « de s'abstenir (...) de tout acte de nature à compromettre son indépendance, directement ou indirectement et par quelque voie que ce soit »³¹⁴. La cour va considérer, *in fine*, qu'« [u]n régime établi entre l'Allemagne et l'Autriche, sur la base et dans les limites des principes prévus dans le Protocole

³¹¹ Cour de justice centre-américaine, sentence, 30 sept. 1916, *Costa-Rica c/ Nicaragua*, voir texte de la sentence en anglais dans l'*American journal of international law*, 1917, p. 181-229.

³¹² Cour de justice centre-américaine, sentence, 9 mars 1917, *République du Salvador c/ Nicaragua*, voir texte de la sentence en anglais dans l'*American journal of international law*, 1917, p. 674-730.

³¹³ CPIJ, Avis consultatif, 5 sept. 1931, Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche (protocole du 19 mars 1931), fasc. n° 41, p. 36.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 42.

du 19 mars 1931, ne serait pas compatible avec le Protocole n° 1, signé à Genève le 4 octobre 1922 »³¹⁵. Et, dès lors, comme le dit Jean Salmon, la Cour « donne le pas à la convention antérieure »³¹⁶.

- La jurisprudence de la CIJ

Nous allons nous intéresser à un avis consultatif rendu par la CIJ en 1951 concernant les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide³¹⁷.

La Cour, suite à une saisine du Secrétaire général des Nations Unies, avait à se prononcer sur la licéité de certaines réserves faites à la Convention traitant du crime de génocide. Un passage de l'avis de la Cour est particulièrement intéressant en ce qu'il énonce : « Comme un principe reconnu que toute convention multilatérale est le fruit d'un accord librement intervenu sur ses clauses et qu'en conséquence il ne peut appartenir à aucun des contractants de détruire ou de compromettre, par des décisions unilatérales ou par des accords particuliers, ce qui est le but et la raison d'être de la convention »³¹⁸.

Bien que se prononçant en l'espèce sur la question des accords *inter se* (que nous développerons dans notre seconde partie), on peut considérer que la cour vient reconnaître, à demi-mot, la supériorité du traité antérieur et donc du principe de la *lex prior*.

En définitive, il apparaît que les différentes cours, sans pouvoir réellement consacrer pleinement le principe et lui offrir toute sa valeur, lui ont reconnu une existence dans la sphère internationale.

Pour conclure, tant les pratiques diplomatiques que les raisonnements jurisprudentiels, permettent de démontrer l'existence de ce principe de la *lex prior* en droit international. Il convient maintenant de s'intéresser à la reconnaissance faite au principe de la *lex posterior*.

2 – La *lex posterior* et la pratique internationale

Concernant maintenant la reconnaissance par la pratique internationale de la *lex posterior*, nous allons tout d'abord nous pencher sur la pratique de certaines organisations internationales (a) pour ensuite étudier sa consécration par la CPII (b).

a) La pratique de certaines organisations internationales

En l'occurrence, nous allons brièvement aborder les pratiques de l'Union postale universelle, de l'Organisation mondiale de la santé ou encore de l'Organisation internationale du travail.

Dans le cadre de l'Union postale universelle, les actes adoptés par l'organisation abrogent automatiquement et définitivement les actes précédents. La procédure d'amendement des règlements de l'Organisation mondiale de la santé s'inscrit également dans la même lignée.

Enfin, la pratique la plus intéressante revient à l'Organisation internationale du travail

³¹⁵ *Ibid.*, p. 53.

³¹⁶ J. Salmon, Les antinomies en droit international public, préc., p. 304.

³¹⁷ CIJ, Avis consultatif, 28 mai 1951, Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, préc., p. 15.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 21.

qui inclut, dans chacune des conventions qu'elle conclue, la disposition suivante : « Au cas où la Conférence adopterait une nouvelle convention portant révision totale ou partielle de la présente convention, et à moins que la nouvelle convention ne dispose autrement: la ratification par un Membre de la nouvelle convention portant révision entraînerait de plein droit, nonobstant l'article 11 ci-dessus, dénonciation immédiate de la présente convention, sous réserve que la nouvelle convention portant révision soit entrée en vigueur »³¹⁹.

On le voit bien, le principe de la *lex posterior* est omniprésent dans la pratique de certaines organisations internationales, cependant, il convient de relativiser ces exemples du fait de la spécificité de ces sujets du droit international.

b) Le raisonnement de la CPII

Notons, à titre liminaire, qu'il ne nous est pas apparu nécessaire de multiplier les exemples jurisprudentiels tant ce principe semble découler de la logique juridique.

Il convient de revenir sur l'affaire *Mavrommatis* précitée de 1924. Comme nous l'avons déjà vu plus tôt, la Cour devait se prononcer sur la préséance à donner entre un Mandat de 1922 et un Protocole de 1923. La Cour, dans le rendu de sa décision, va énoncer que « dans le doute, c'est le Protocole en tant qu'accord spécial et postérieur qui devrait l'emporter »³²⁰.

En définitive, il apparaît que la jurisprudence de la Cour internationale de justice reconnaisse également explicitement l'existence du principe de la *lex posterior*.

Pour conclure ce premier paragraphe, il faut reconnaître que le facteur temps, illustré par les principes émanant de la *lex prior* et de la *lex posterior*, est un outil reconnu par la doctrine internationale et est également largement utilisé en pratique pour la résolution de conflits successifs. Cependant, tout comme le facteur de spécialité, ce dernier connaît certaines limites qui viennent nuancer son secours quand à la résolution des conflits de normes successives, limites qu'il convient désormais d'étudier.

§ II – Le secours limité du facteur temps

Nous l'avons vu, le facteur temps est un outil essentiel permettant la résolution des conflits issus de la collision entre deux normes successives. Cependant, certains problèmes viennent limiter la portée de son secours en ce qu'il peut apparaître parfois difficile de faire la distinction entre la norme antérieure et la norme postérieure (A) mais, également, car lorsqu'en présence d'un conflit avec identité des parties, une concurrence entre facteur de spécialité et facteur de temporalité peut subvenir (B).

A – Les difficultés liées à la difficile distinction entre traité antérieur et traité postérieur

Une première difficulté issue de l'outil temporel réside dans la difficulté à déterminer la date à prendre en compte pour apprécier l'antériorité ou la postériorité d'un traité (1). Une deuxième difficulté découle de la problématique de la collision entre deux traités multilatéraux (2).

³¹⁹ Un exemple peut être pris à l'article 15 de la Convention concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, préc.

³²⁰ CPII, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, préc., p. 7.

1 – La date à prendre en compte dans la détermination de « l'âge » du traité

La détermination de la date à prendre en compte pour juger « l'âge » du traité constitue une première difficulté du facteur temps puisque certains auteurs militent pour retenir la date d'adoption, d'autres celle d'entrée en vigueur et d'autres enfin estiment qu'il faudrait s'intéresser à l'intention des parties. Comme l'explique Ali Sadat-Akhavi « Difficulties may arise as the determination of the "later" treaty »³²¹.

La plupart des auteurs préfèrent retenir la date d'adoption et non celle de la ratification ou de l'entrée en vigueur comme date permettant de définir « l'âge » du traité. On retrouve dans cette catégorie Humphrey Waldock, qui, en tant qu'expert consultant lors de la conférence de Vienne a défendu cette position avec ardeur, tout en précisant que cela ne s'appliquerait que de manière supplétive³²². C'est également l'avis d'Ali Sadat-Akhavi. Il prend pour exemple un État A et un État B s'engageant mutuellement *via* un traité bilatéral et *via* un second traité multilatéral, mais à des dates différentes, et démontre que seul le fait de retenir la date d'adoption du traité n'entraîne pas d'illogisme ou permet de prévenir toute insécurité et imprévisibilité juridique³²³. Il finit donc par conclure que « consequently it appears that the date of the adoption of the treaty is the most appropriate criterion for determining the "later" treaty »³²⁴.

A contrario, certains auteurs retiennent comme date de détermination de l'ancienneté du traité sa date d'entrée en vigueur. C'est le cas de Max Sorensen qui, dans son rapport à la onzième commission de l'Institut de droit international, énonçait qu'« on peut s'associer, cependant, aux vœux exprimés par certains auteurs qui espèrent que la pratique des États s'oriente vers l'application de la Convention [de Vienne de 1969] à tous les traités conclus après son entrée en vigueur générale »³²⁵. Dans ses explications, Sorensen fait une distinction intéressante entre entrée en vigueur par rapport à chaque État et entrée en vigueur générale. L'entrée en vigueur pour chaque État constitue le moment où il consent à être obligé par la convention en question alors que l'entrée en vigueur générale correspond au moment où la convention peut produire pour la première fois ses effets, c'est-à-dire lorsqu'elle a reçu le minimum de ratifications tel qu'inscrit dans ses dispositions. Il conclue que « l'âge » de la convention sera donc à déterminer en fonction de la date de son entrée en vigueur générale. Il énonce en effet que : « [S]i, par exemple, le traité prévoit la possibilité d'ouvrir une procédure de révision dix ans après son entrée en vigueur, c'est la notion générale qui est visée. La période est calculée de manière uniforme à partir de l'entrée en vigueur générale, même à l'égard et en faveur des États contractants pour lesquels le traité n'est entré en vigueur qu'à une date subséquente »³²⁶.

Enfin, certains auteurs comme Wladyslaw Czaplinski et Gennady Danilenko estiment qu'il faut, pour déterminer « l'âge » du traité, le déduire de l'intention des parties³²⁷, mais cette vision reste encore très minoritaire.

On le voit donc, un débat existe, dans un premier temps, autour de la date à prendre en

³²¹ A. Sadat-Akhavi, *Method of resolving conflicts between treaties*, Leiden, Brill, 2003, p. 75.

³²² Doc. off., CRA, 2^e sess, Commission plénière, 92^e s., p. 270, §§ 39 et 40 cité dans F. Paolillo, « L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 », in : O. Corten, P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités, commentaire articles par articles*, Paris, Bruylant, 3^e éd., 2007.

³²³ A. Sadat-Akhavi, *Method of resolving conflicts between treaties*, op. cit., p. 76-78.

³²⁴ *Ibid.*, p. 78.

³²⁵ M. Sorensen, Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1973, vol. 55, p. 31.

³²⁶ *Ibid.*, p. 29.

³²⁷ W. Czaplinski, G. Danilenko, Conflicts of norms in international law, *NYIL* 1990, vol. 21, p. 19.

compte pour déterminer « l'âge » du traité, ce qui peut, à certains égards, constituer un frein au secours que peut apporter le facteur temps à la réalisation de conflit de normes, puisqu'une entité devant opter entre deux traités, serait possiblement dans l'impossibilité de déterminer le traité le plus ancien.

Outre cette problématique, une seconde est issue de la collision entre deux traités multilatéraux.

2 – La problématique inhérente de la collision entre deux traités multilatéraux

En effet, du fait de la création d'un faisceau d'obligations, les traités multilatéraux ont un rapport particulier avec le facteur temps. La difficulté de savoir quelle date retenir est aggravée par la possibilité offerte aux États d'accéder aux traités multilatéraux à la date qui leur convient. À titre d'exemple, un État A pourrait avoir conclu un traité X avant un traité Y, alors qu'un État B aurait pu conclure le traité Y avant le traité X.

Pour chaque État A et B, les deux traités multilatéraux Y et X sont en vigueur et les obligent, mais imaginons qu'un conflit apparaisse entre les obligations X et Y dans les relations A-B, quel traité faudrait-il alors privilégier ?

Emmanuel Roucounas avait lui aussi soulevé cette question en expliquant que « pour le traité multilatéral, le rôle du temps est lié au nombre variable des parties (...). Il est aussi lié au fait que les relations juridiques entre les parties se précisent à différents moments selon l'accession de chaque partie au traité »³²⁸.

Tout comme Wilfred Jenks, qui explique que : « The wide variations which exist in the conditions for the entry into force of instruments, in the rate at which they enter into force, and in the order of ratification of instruments concluded at about the same time by different States where the political, parliamentary, legal, technical, economic, and administrative problems and difficulties involved may differ widely, necessarily result in a substantial number of cases in which certain of the dates which may be regarded as material are earlier for one instrument than for another, whereas in respect of other dates which may be regarded as material the position is reversed. The position may be further complicated by successive revisions of one or other of the instruments becoming effective for different parties at different dates »³²⁹.

Cette problématique apparaît donc pour l'heure inhérente aux traités multilatéraux et constitue un second frein au secours dont peut se prévaloir le facteur temps pour solutionner les conflits de normes successives.

Toutefois, cette deuxième limite n'est cependant pas insurmontable. En effet, deux solutions pourraient être envisagées. Tout d'abord, celle d'interdire l'accession aux traités multilatéraux autrement que par ratification et donc supprimer toute possibilité d'adhésion. La date à retenir serait donc la même pour tous. Cependant, cette solution semble bien trop radicale et n'aurait aucune sorte d'intérêt, l'objectif d'un traité multilatéral étant bien souvent de réunir le plus de parties possibles.

Une seconde solution serait de revenir à la position de Max Sorensen. Choisir comme date à retenir celle de l'entrée en vigueur dite « générale », permettrait de fixer pour chaque traité, en cas de conflit, une date fixe et d'éviter le deuxième volet des problématiques développées, tout en conservant la possibilité d'étendre les traités multilatéraux à tout pays

³²⁸ E. Roucounas, *Engagements parallèles et contradictoires*, préc., p. 72.

³²⁹ W. Jenks, *The conflict of law-making treaties*, préc., p. 444.

désirant y adhérer. Mais comme nous l'avons précisé, la doctrine ne semble pas être encore arrivée à un commun accord sur la question.

On le voit donc, il existe, comme pour le principe de spécialité, des incertitudes internes aux principes des *lex posterior* et *lex prior* qui viennent relativiser leur faculté à solutionner des conflits entre traités successifs. Mais au-delà, nous allons voir qu'il existe également des problèmes de coexistence des différents facteurs.

B – La concurrence entre principes généraux du droit

Tant la *lex specialis*, la *lex prior* et la *lex posterior*, nous l'avons vu, connaissent des problématiques internes qui viennent parfois limiter leur capacité à résoudre des conflits. Mais en plus de ces différents problèmes endogènes, il arrive que leurs rapports ne soient pas de très bon voisinage en ce qu'il n'est pas possible d'établir une quelconque hiérarchie entre ces différents principes.

Tout d'abord, comme le fait très justement remarquer Andrea Schulz en analysant les conflits de traités dans une étude pour la Conférence de droit international privé de La Haye : « Where none of the treaties in question is more specific, at an abstract and general level, neither precedence of the *lex prior* nor of the *lex posterior* have been generally accepted as default rules of unwritten public international law »³³⁰. Andrea Schulz, en se plaçant dès lors dans une situation de concurrence entre *lex prior* et *lex posterior*, démontre la concurrence inextricable qui peut exister entre les deux principes.

Christopher J. Borgen lui également estime, en considérant les principes généraux comme des règles d'interprétation, que « neither rule or interpretation, therefore, has risen to the level of becoming a customary rule »³³¹.

Mais il faut noter que les cas de concurrence les plus fréquents concernent logiquement les principes de *lex specialis* et *lex posterior* puisque tous deux sont amenés à régir des situations de conflit similaires, à savoir en présence d'une identité de parties.

La Commission du droit international s'est penchée sur la question, sans y apporter de réponse, en estimant que « [d]e façon générale, il arrive souvent que, lorsqu'un État adopte une loi générale, celle-ci est censée mettre de côté la loi antérieure même si elle était en un certain sens plus "spéciale". Là encore, il ne semble pas conseillé de poser une règle générale sur la façon de gérer ces deux types de relations »³³². Bien que, dans un premier temps, il semble que la Commission ait voulu donner la préséance au principe de la *lex posterior* sur celui de la *lex specialis*, elle se garde tout de même d'y voir un principe absolu.

Wilfred Jenks encore une fois avait soulevé le problème en énonçant que : « Assuming (...) that the development of a coherent body of principles on the subject [of conflict of international norms] is not merely desirable but necessary, we shall be constrained to recognize that, useful and indeed essential as such principles may be to guide us to reasonable

³³⁰ A. Schultz, « The relationship between the judgments project and other international instruments », Hague Conference on Private International Law, Prel. Doc. No. 24, http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd19e.pdf (dernière visite le 8 juin 2015).

³³¹ C.J. Borgen, *Resolving treaty conflicts*, préc., p. 588.

³³² ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 125.

conclusions in particular cases, they have no absolute validity »³³³.

Comme nous l'avons déjà noté à deux reprises, la CPIJ elle non plus ne semblait pas vouloir choisir entre spécialité et postériorité puisque, dans le rendu de sa décision dans l'affaire *Mavrommatis*, elle estima que « dans le doute, c'est le Protocole en tant qu'accord spécial et postérieur qui devrait l'emporter »³³⁴. Quant à la CIJ, il semble qu'elle n'ait pas eu à connaître de cas similaires, ou alors a opté pour l'un ou l'autre des deux principes, sans établir de hiérarchie.

Enfin, bien qu'il ne semble pas falloir y voir de solution absolue, il convient de noter que certains auteurs ont opté pour la préséance d'un principe sur un autre. C'est notamment le cas de Hugo Grotius qui, dans son ouvrage sur le droit de la guerre et de la paix, faisait prévaloir la règle de la spécialité sur celle de la postériorité. En effet, il énonçait que « Cicéron a posé, d'après les anciens auteurs, certaines règles qui ne sont nullement à mépriser, mais qui ne me paraissent point avoir été placées dans leur ordre. Pour nous, nous les rangeons de la manière suivante : Que ce qui permet cède à ce qui ordonne (...) Que l'on préfère à ce qui doit être fait dans un temps déterminé, ce qui peut l'être en n'importe quel temps (...) la convention qui défend l'emporte sur celle qui ordonne (...). Parmi les conventions égales entre elles par les qualités sus-mentionnées, que l'on préfère ce qui est plus particulier (...) enfin, que ce qui a été dit en dernier lieu prévaille ! »³³⁵.

On le voit donc, Hugo Grotius optait, lui, pour une hiérarchie entre les différents principes permettant de résoudre les conflits dans lesquels la spécialité entrerait en jeu avant la postériorité.

Plus récemment, Hans Aufricht semble également adhérer à cette vision puisque nous l'avons vu, il réserve l'application de la *lex posterior* à la réunion de cinq conditions cumulatives, dont une selon laquelle « the scope of the later treaty is of the same degree of generality as the earlier treaty »³³⁶. En effet, pour que le facteur temps puisse jouer, il estime nécessaire que les deux traités en conflits soient du même degré de généralité. Cette précision fait implicitement prévaloir le principe de la *lex specialis* sur celui de la *lex posterior*.

Quoi qu'il en soit, bien que ces deux visions soient intéressantes, il n'en reste pas moins qu'elles font figure d'exceptions et qu'il ne puisse pas, à l'heure actuelle, être établi de hiérarchie entre les différents principes généraux du droit.

En définitive, par cette seconde section, nous avons prouvé que le facteur temps est un moyen permettant de résoudre les conflits entre traités successifs en venant offrir dans certains cas une priorité d'application à la norme antérieure et dans d'autres à la norme postérieure. Cependant, des imprécisions, tant endogènes aux principes que dans leur relation avec le facteur de spécialité, viennent en limiter la portée.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Le facteur spécialité, tout comme le facteur temporel, permettent la résolution de conflits issus du phénomène des traités successifs. Tant la doctrine que la pratique internationale ont accepté largement ces concepts et leurs effets dans l'ordre juridique international.

Dans un second temps cependant, il convient de noter que plusieurs imprécisions quant

³³³ W. Jenks, *The conflict of law-making treaties*, loc. cit., p. 407.

³³⁴ CPIJ, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, préc., p. 7.

³³⁵ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 412-413.

³³⁶ H. Aufricht, *Supersession of treaties in international law*, préc., p. 700.

à leur mise en œuvre viennent limiter l'efficacité de ces différents principes. La problématique à définir la spécialité d'une règle par rapport à une autre, tout comme celle à en définir l'antériorité ou la postériorité, sont des éléments remettant en question leurs effets.

Enfin, les relations qui animent ces différents principes généraux peuvent également être considérées comme des facteurs limitant. L'absence de hiérarchie entre *lex specialis* et *lex posterior*, ou *lex prior* et *lex posterior*, peut dans certains cas ne pas réellement poser de problème, lorsque, comme dans l'arrêt précédemment évoqué de la CPII, les deux principes visent la même règle. Mais ce ne sera pas tout le temps le cas. Dans les cas où deux principes généraux sont applicables et octroient la priorité d'application chacun à un traité différent, aucune solution ne semble être aujourd'hui admise pour permettre la résolution du nouveau conflit créé entre principes généraux. C'est pourquoi il convient de qualifier de ponctuelles les solutions offertes par ces principes.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Le droit international général propose, à n'en pas douter, des solutions classiques permettant la résolution de conflits issus de traités successifs. Nous avons décidé d'utiliser le terme de solutions classiques car les règles étudiées ne furent pas élaborées spécialement pour la matière des traités successifs.

La hiérarchie normative en droit international, nous l'avons vu, permet de résoudre des conflits de traités successifs lorsqu'une des deux normes en conflit est, soit une obligation découlant de la Charte des Nations Unies qui se verra appliquée en priorité grâce à l'application de l'article 103, soit une norme qualifiée d'impérative et donc répondant à la logique du *jus cogens*.

Cependant, lorsqu'un conflit entre normes successives surgit et qu'aucun lien de préséance, *a priori*, n'existe entre les deux règles, les solutions offertes par la hiérarchie normative du droit international ne sont plus d'aucun secours.

C'est alors là que peuvent entrer en jeu les principes généraux du droit, tels que ceux issus de la *lex specialis*, de la *lex posterior* ou encore de la *lex prior*, qui permettent d'établir une priorité d'application.

Cependant, et nous l'avons démontré, les concepts de *lex specialis* et de *lex posterior*, au-delà de leur possible concurrence, ne peuvent trouver application que lorsque les deux traités ont été signés par les deux parties en conflit. Cela constitue donc une limite importante à leur mise en jeu qui pourrait être comblée par le recours au principe de la *lex prior*. Or, outre ses problématiques endogènes, ce principe peut apparaître comme un facteur de limitation de l'évolution du droit international en offrant en permanence la préséance à la norme antérieure. C'est ce que soulignait très justement Charles Rousseau, dès 1932, qui estimait que « la règle *prior in tempore* (...) méconnaît par contre les besoins légitimes d'évolution de la société internationale »³³⁷. Il semble donc qu'il faille en relativiser l'application.

In fine, le droit international classique apporte certes des solutions à la problématique des traités successifs, néanmoins, il est des zones qu'il ne couvre pas. Cela nous amène à nous intéresser dans une deuxième partie aux solutions apportées par la codification.

³³⁷ Ch. Rousseau, De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international, préc., p. 152.

DEUXIÈME PARTIE – LES SOLUTIONS INSUFFISANTES PROPOSÉES PAR LA CODIFICATION DU DROIT DES TRAITÉS

Au cours de cette partie, nous allons démontrer que les codifications du droit des traités effectuées par les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 sont venues apporter des précisions quant à certaines zones non couvertes par le droit international classique. Cependant, les efforts réalisés, tant lors des débats au sein de la Commission du droit international qui est l'organe chargé de préparer les projets d'articles sur le droit des traités que lors des conférences, n'ont pas permis de solutionner l'entière de la problématique relative aux traités successifs. Certains conflits restent de ce fait sans réponse. C'est pourquoi, une approche de *lege feranda* nous est apparue intéressante pour mettre en lumière les différentes propositions permettant de combler les vides du droit positif.

Cela nous amène donc logiquement à scinder nos développements en deux chapitres pour traiter dans un premier temps des avancées effectuées par la codification du droit des traités (Chapitre 1) et pour nous pencher dans un second temps sur les propositions de solutions aux conflits actuellement insolubles (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – L'APPORT RELATIF DE LA CODIFICATION DU DROIT DES TRAITÉS

Dans un premier temps, il nous faut étudier les avancées nuancées qu'ont permis les codifications successives de 1969 et 1986 sur le droit des traités.

À titre liminaire, nous nous devons de préciser que, dans le cadre de notre étude sur la codification, les développements porteront majoritairement sur les débats et avancées proposés par la Convention de 1969. L'objectif ici n'est certainement pas de nier la grande importance de la Convention de Vienne de 1986. Cependant, ce choix s'explique pour deux raisons évidentes. Tout d'abord, la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 fut le théâtre des débats les plus riches lors de l'élaboration des articles que nous allons aborder puisque ses travaux et sa codification sont logiquement intervenus avant celle de 1986. Il en découle, et cela constitue notre deuxième raison, que les articles que nous aborderons ont été repris dans leur grande majorité d'une convention à l'autre, à l'exception de quelques modifications que nous nous efforcerons de mettre en lumière et d'expliquer. Il s'ensuit logiquement qu'une étude successive de ces deux textes aurait été redondante. Nous n'aborderons donc la question de la Convention de 1986 qu'à titre subsidiaire pour venir préciser les éléments distinctifs qu'elle comporte. Enfin, cette Convention de 1986 n'est à l'heure actuelle toujours pas entrée en vigueur, ce qui nous oblige à traiter son apport avec prudence³³⁸.

Dès lors, nos développements porteront dans un premier temps sur la contribution de l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969 relatif aux traités successifs portant sur la même matière (Section 1), puis sur celle offerte par l'article 41 relatif aux accords *inter se* (Section 2).

³³⁸ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=fr (dernière visite le 12 juin 2015).

SECTION 1 – LES MAIGRES AVANCÉES OPÉRÉES PAR L'ARTICLE 30 DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS

L'article 30³³⁹ de la Convention de Vienne de 1969, intitulé très exactement « Application de traités successifs portant sur la même matière » constitue à n'en pas douter la disposition phare de notre étude. Comme le précise Emmanuel Roucounas il « est le produit d'un effort considérable déployé au sein de la Commission du droit international durant l'examen de la question du droit des traités entre 1953 et 1966 »³⁴⁰. La Commission du droit international a en effet dû changer plusieurs fois de direction pour aboutir à la formulation que l'on connaît. Geraldo Eulalio do Nascimento e Silva explique que « la Commission a envisagé cette question à travers cinq optiques : 1) validité des traités (H. Lauterpacht), 2) effets des traités (G. Fitzmaurice), 3) priorité d'application (H. Waldock), 4) incompatibilité (texte provisoire adopté en 1964), 5) traités successifs (projet de la Commission de 1966) »³⁴¹.

Depuis 1969 donc, il semble que la question des traités successifs doive être réglée par l'article 30 de la Convention de Vienne. Bien qu'il soit le fruit d'un travail conséquent de codification s'étalant sur plus de quinze ans, il n'en reste pas moins décevant sur certains points qu'il convient de mettre en lumière (§ II). Mais avant, nous en précisons la portée générale (§ I).

§ I – La portée générale de l'article 30 de la Convention de Vienne

Pour étudier l'article 30 dans son intégralité et en saisir les tenants et les aboutissants, il convient tout d'abord de retranscrire son évolution au travers des visions des différents rapporteurs. C'est pourquoi après avoir rappelé les différents débats qui eurent lieu au sein de la Commission (A), nous nous attarderons sur l'inévitable question de son applicabilité (B).

A – L'évolution chaotique du travail de codification de l'article 30

L'évolution doctrinale qu'a connue l'article 30 reflète les difficultés que sous-tend la problématique des traités successifs. En effet, alors qu'au cours de la Conférence, les discussions relatives à la question des traités successifs ne furent que très brèves, tel ne fut pas le cas lors de son élaboration à la Commission du droit international. Au cours des années durant lesquelles le projet de codification du droit des traités est resté sur le bureau de la Commission, les débats autour de ce que Ian Sinclair a qualifié de « particularly obscure aspect of the law of treaties »³⁴² furent des plus houleux. Il apparaît donc logique d'en retranscrire la trame. Ces débats peuvent être divisés en trois parties, reflétant la vision des trois rapporteurs qui se sont penchés sur la question du sort à réserver aux traités successifs.

1 – La vision originelle de Sir Hersch Lauterpacht

Le premier rapporteur fut Sir Hersch Lauterpacht, qui estimait que la question de l'incompatibilité entre traités successifs devait se régler sur le plan de la validité. C'est pourquoi, dans les deux projets que Lauterpacht soumit à la Commission du droit international, on retrouvait la disposition traitant des conflits entre traités dans la section relative aux

³³⁹ L'utilisation du singulier est ici faite dans un pur objectif pratique et sans préjudice de l'intérêt porté aux deux conventions.

³⁴⁰ E. Roucounas, *Engagements parallèles et contradictoires*, préc., p. 77.

³⁴¹ G.E. Do Nascimento e Silva, *Le facteur temps et les traités*, préc., p. 258.

³⁴² I. Sinclair, *The Vienna convention of the law of treaty*, op. cit., p. 93.

« Conditions de validité substantielle » des traités³⁴³. Lauterpacht offrait par-là une consécration pleine et entière au principe de la *lex prior*, en l'assortissant de forts effets puisque le traité postérieur se voyait frappé de nullité. Une des conséquences implicite de cette vision était qu'un État qui assume des obligations conventionnelles dans un domaine se voyait dans la quasi-impossibilité de pouvoir conclure *a posteriori* des traités dans ce même domaine. Cette proposition de solution de Sir Lauterpacht faisait une application poussée du principe de *pacta sunt servanda* combiné à celui du respect des droits acquis, quitte à circonscrire la portée du principe de l'autonomie contractuelle des États. Conscient de cela, Lauterpacht soutenait sa vision en expliquant que : «It proceeds on the assumption that if parties to a treaty bind themselves to act in a manner which is a violation of the rights of a party under a pre-existing treaty, they commit a legal wrong which taints the subsequent treaty with illegality»³⁴⁴.

Cependant, cette vision, bien que reconnue et acceptée par les auteurs classiques comme George Scelle³⁴⁵ ou Oppenheim³⁴⁶, fut rejetée par la doctrine plus récente comme dans les écrits de Charles Rousseau³⁴⁷ ou encore de la Harvard Law School³⁴⁸ pour ne citer qu'eux.

Cette réticence a poussé Lauterpacht à réviser sa position et dans son projet de 1954, il a considéré opportun d'ajouter deux alinéas à l'article 16, les alinéas 3 et 4 qui peuvent se lire comme suit : « 3. The above provisions apply only if the departure from the terms of the prior treaty is such as to interfere seriously with the interests of the other parties to that treaty or substantially to impair an *essential aspect of its original purpose*. 4. The rule formulated above does not apply to subsequent multilateral treaties, partaking of a degree of generality which imparts to them the character of legislative enactments properly affecting all members of the international community or which must be deemed to have been concluded in the international interest. *Neither does it apply to treaties revising multilateral conventions in accordance with their provisions or, in the absence of some provisions, by a substantial majority of the parties to the revised convention* »³⁴⁹.

Comme le souligne la Commission du droit international dans son rapport sur la fragmentation de 2006, « [c]es dispositions traduisent l'effort déployé par Lauterpacht pour concevoir les traités à l'image du droit interne et particulièrement assimiler les traités multilatéraux à la législation interne au sein d'un ordre juridique international bien établi »³⁵⁰.

Bien que révisée, la position de Lauterpacht n'a cependant pas réussi à convaincre ses homologues. Puis, suite à son élection à la Cour internationale de justice en 1954, il cèdera sa place de rapporteur à Sir Gerald Fitzmaurice.

2 – La vision hiérarchique de Sir Gerald Fitzmaurice

Le deuxième rapporteur à s'être penché sur la question, Sir Gerald Fitzmaurice, a reconstruit totalement le contenu des dispositions relatives aux conflits de traités tout en les

³⁴³ H. Lauterpacht, Rapport du 24 mars 1953, Doc. A/CN.4/63, *ACDI* 1953, vol. II, p. 156, art. 16 et deuxième rapport du 8 juill. 1954, Doc. A/CN.4/87, *ACDI* 1954, vol. II, p. 133, art. 16.

³⁴⁴ H. Lauterpacht, Rapport du 24 mars 1953, *ibid.*, p. 157, § 2.

³⁴⁵ G. Scelle, Règles générales du droit de la paix, *RCADI* 1933, vol. 46, p. 472-473.

³⁴⁶ L.F.L. Oppenheim, *International law, op. cit.*, p. 858-859.

³⁴⁷ Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, Paris, Pedone, p. 341.

³⁴⁸ Harvard Law School, Draft on the law of treaties, III, *AJIL* 1935.1025.

³⁴⁹ H. Lauterpacht, Rapport du 8 juill. 1954, préc., p.133 (nous soulignons les changements en italique).

³⁵⁰ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 144.

maintenant dans la section relative à la validité³⁵¹.

Cependant, selon lui, une distinction devait être faite entre deux types d'incompatibilités, basées sur une triple catégorisation des traités selon qu'ils renferment des obligations réciproques, interdépendantes ou intégrales. Cette vision tripartite des traités de Fitzmaurice peut être considérée comme une des plus grandes avancées que le rapporteur ait réalisées lors de son passage à la Commission du droit international, tout du moins en ce qui concerne la matière des traités. En effet, même si cette dernière ne fut, *in fine*, pas retenue, certains auteurs continuent, à l'heure actuelle, à en défendre les fondements.

Premièrement, dans les cas de conflits de traités de type réciproques, Lauterpacht estimait que le conflit devait être traité en termes de priorité d'obligation, les deux traités demeurant valides. C'est l'article 18 de son projet qui traduisait cette vision³⁵². Cependant, Fitzmaurice opposait aux paragraphes 1 et 8 de ce même article deux exceptions à la validité des deux traités incompatibles respectivement dans les cas où le traité antérieur interdirait expressément la conclusion d'un traité incompatible avec ses dispositions et lorsque la conclusion du traité postérieur entraînerait automatiquement pour les parties la violation du traité antérieur (hypothèse des conflits dits patents).

Dans un second temps, l'article 19 de son projet réglementait les conflits impliquant des traités de types interdépendants et intégraux et disposait que, « [d]ans le cas de traités multilatéraux comportant des droits et obligations qui ne sont pas de type réciproque mais qui sont : a) soit de type interdépendant (...) b) soit de type intégral (...) tout traité ultérieur, conclu par deux ou plusieurs des parties, soit entre elles exclusivement, soit avec des pays tiers, et qui est directement en conflit, sur un point important, avec le traité antérieur, sera, dans la mesure du conflit, nul et non avenue »³⁵³.

On voit donc que la vision de Fitzmaurice, bien que proposant des évolutions par rapport à celle de Lauterpacht restait nettement empreinte de la notion de nullité. Tout comme pour Lauterpacht, les efforts de Fitzmaurice ne réussirent pas à convaincre et il dut céder sa place à son successeur en 1961, également suite à sa nomination à la Cour internationale de justice.

3 – La vision finale de Sir Humphrey Waldock

C'est Sir Humphrey Waldock qui va porter le projet relatif à la codification du droit des traités jusqu'à la conférence de Vienne de 1969.

Il a totalement abandonné la classification des traités établie par Fitzmaurice. Bien que, dans un premier temps, il ait conservé la disposition dans la section relative à la validité des traités³⁵⁴, il estimait que, dans tous les cas de conflits, exceptés ceux impliquant une règle de *jus cogens*, la question relevait de la priorité d'application et non plus de la validité. C'est pourquoi, il demanda à la Commission de déplacer la disposition de la section relative à la validité des traités dans la section pertinente du projet « application et effets des traités »³⁵⁵.

Les dispositions qu'élabora Waldock, sauf cas de *jus cogens*, se limitaient donc à établir

³⁵¹ G. Fitzmaurice, Rapport du 18 mars 1958, Doc. A/CN.4/115, *ACDI*, 1958, vol. II, p. 27-28.

³⁵² *Ibidem*, art. 18.

³⁵³ *Ibid.*, p. 28.

³⁵⁴ H. Waldock, Deuxième rapport du 20 mars, 10 et 30 avril et 5 juin 1963, Doc. A/CN.4/156, *ACDI* 1963, vol. II, p. 55, art. 14.

³⁵⁵ H. Waldock, Troisième rapport du 3 mars, 12 juin et 7 juillet 1964, Doc. A/CN.4/167, *ACDI* 1964, vol. II, p. 34, §§ 1 et 4.

des règles dans l'application des dispositions de traités successifs portant sur la même matière. Il estimait que « [l']engagement conventionnel de ne pas conclure de traité incompatible n'influe pas normalement, selon nous, sur la capacité des États intéressés de conclure des traités, mais fait simplement à ces États l'obligation contractuelle de ne pas exercer leur pouvoir de conclure des traités d'une certaine manière »³⁵⁶.

Waldock justifiait son refus de reconnaître comme nul un traité qui serait incompatible avec un traité de type interdépendant ou intégral en expliquant que les parties à ce type de traité « sont libres de dénoncer les conventions, ce qui – on l'avouera – prive d'une grande partie de leur force les arguments selon lesquels il faudrait tenir pour non avenu un traité bilatéral du simple fait qu'il est incompatible avec un traité antérieur de type "intégral" »³⁵⁷.

Enfin, Waldock dans son troisième rapport résumait clairement sa vision en énonçant que « nous continuons de penser que le paragraphe 4 du présent article devrait se fonder sur la priorité relative des traités en conflit, et non sur leur nullité. Cela ne revient pas à admettre la conclusion de traités ayant pour effet de transgresser des obligations découlant de traités antérieurs, ni à autoriser des dérogations aux règles concernant le consentement requis pour la révision des traités. Tout État qui, en concluant un traité, se dérobe aux obligations qu'il a contractées envers un autre État en vertu d'un traité antérieur, sans le consentement dudit État, engage sa responsabilité internationale quant à la violation du traité antérieur. Toutefois, nous estimons qu'en l'état actuel du droit international, la question doit être résolue sur le plan de la responsabilité juridique et non sur celui de la compétence de l'État fautif »³⁵⁸.

C'est finalement cette solution qu'a retenue la Commission du droit international en intitulant la disposition relative aux traités successifs « [a]pplication de traités successifs portant sur la même matière »³⁵⁹, disposition qui sera conservée dans le texte de la Convention adoptée en 1969.

On vient donc de le prouver, les débats autour de la question des traités successifs ont agité la Commission du droit international pendant plusieurs années, notamment autour de la question du sort à réserver au traité incompatible, la position finalement adoptée par la Commission étant d'opter pour la validité des deux traités successifs.

Il convient désormais de s'intéresser aux conditions d'application de l'article 30.

B – Le large champ d'application de l'article 30

L'évolution du contenu des dispositions relatives à l'article 30 démontre la volonté des membres de la Commission du droit international de lui offrir un large champ d'application. Examinons dans un premier temps l'étendue d'application de l'article 30 (1) puis ses conditions d'application (2).

1 – L'étendue d'application de l'article 30

Comme le précise Emmanuel Roucounas, « [c]onçu à l'origine pour réglementer seulement les cas de conflits entre traités, cet article a été par la suite modifié et rédigé dans un

³⁵⁶ H. Waldock, Deuxième rapport, préc., p. 60, § 19.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 61, § 25.

³⁵⁸ H. Waldock, Troisième rapport, préc., p. 44, § 34. V. plus généralement p. 43-44, §§ 33-35.

³⁵⁹ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la 18^e session, Doc. A/6309/Rev.1, ACDI 1966, vol. II, p. 233, art. 26.

sens plus large pour englober aussi le rapport entre traités qui ne se trouvent pas nécessairement en situation de contradiction »³⁶⁰. En effet, dans le texte même, les références à la notion de conflit ont toutes été supprimées, certains membres de la Commission les jugeant inappropriées³⁶¹. C'est également dans cette optique que la référence à la même matière fut insérée à un stade avancé des travaux. Cependant, et comme nous l'avons déjà traité en introduction, bien que ces deux notions aient pu un temps porter à débats, une acception large doit aujourd'hui leur être attribuée. C'est pourquoi dans les développements futurs, nous nous permettrons l'utilisation des notions de conflit ou de même matière sans qu'il faille y voir une quelconque volonté de restriction de l'étendue de l'article 30.

Le champ d'intervention de l'article 30 reste tout de même subordonné à la réunion de certains éléments.

2 – Les conditions d'application de l'article 30

Pour que l'article 30 puisse s'appliquer, les traités impliqués doivent remplir deux conditions, qui peuvent paraître évidentes mais auxquelles il est nécessaire de s'intéresser. Les traités doivent dans un premier temps être en vigueur (a) et régir la situation de manière différente (b).

a) Les traités successifs doivent être en vigueur

Pour que l'article 30 puisse s'appliquer, il faut logiquement que les traités successifs soient en vigueur. L'intitulé de l'article 30 se réfère à « l'application » des traités et on ne peut parler d'application si les normes ne sont pas valides. Hans Kelsen résumait bien la situation en expliquant qu'un « conflict of norms presupposes that both norms are valid »³⁶².

De plus, la référence qui est faite dans l'article aux droits et obligations des parties nécessite que les dispositions contraires soient obligatoires et exigibles. En effet, la Commission du droit international l'a rappelé en énonçant que « [l]e présent article ne s'applique que si les deux traités sont en vigueur et en application, autrement dit lorsque le traité n'a pas pris fin et lorsque son application n'a pas été suspendue en vertu de l'article 56 [désormais 59] »³⁶³. La Commission, par cette précision, veut expliquer que les situations dans lesquelles les parties concluent un traité dont le but est de remplacer un traité antérieur ou d'en suspendre l'application sont régies, non pas par l'article 30, mais par l'article 59 de la Convention traitant de l'extinction d'un traité ou suspension de son application implicite du fait de la conclusion d'un traité postérieur. La frontière étroite entre article 30 et article 59 mérite à ce stade d'être clarifiée.

La Commission a tenu bon de préciser qu'avant d'envisager l'application du paragraphe 3 de l'article 30, une étape d'interprétation était nécessaire. Elle précise ainsi : « Le paragraphe 3 énonce la règle générale applicable lorsque toutes les parties à un traité (avec ou sans la participation d'autres États) concluent ultérieurement un traité portant sur la même matière. Il faut lire ce paragraphe en liaison avec l'article 56 [désormais 59] qui dispose qu'en pareil cas le traité antérieur sera considéré comme ayant pris fin : a) s'il ressort du traité ou s'il est par ailleurs établi que selon l'intention des parties la matière doit désormais être régie par le

³⁶⁰ E. Roucouas, *Engagements parallèles et contradictoires*, préc., p. 79.

³⁶¹ Interventions de G. Toukine, *ACDI* 1966, vol. I, part. II, 858^e s., p. 114, § 4 et R. Ago, *ibid.*, p. 115, § 21.

³⁶² H. Kelsen, « Derogation » in: R.A. Newman (dir.), *Essays in jurisprudence in honor of roscoe pound*, Oxford, Oxford University Press, 1962, p. 339-361.

³⁶³ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la 18^e session, préc., p. 236, § 9.

nouveau traité, ou b) si les dispositions du nouveau traité sont à ce point incompatibles avec celles du traité précédent qu'il est impossible d'appliquer les deux traités en même temps »³⁶⁴.

La Commission estime donc que la phase préalable d'interprétation visera à déterminer si les parties ont voulu ou non mettre fin au traité antérieur en adoptant le nouveau traité. Si tel est le cas, l'article 30 ne s'appliquera pas au profit de l'article 59. Dans le cas contraire où l'extinction ou la suspension du premier traité n'était pas dans l'intention des parties, ou que la conclusion du second traité ne constitue pas la conséquence de l'incompatibilité, l'article 30 entrera en jeu pour permettre d'établir les modalités de leur application respective.

Il ressort des travaux de la Commission que l'introduction d'un article 59 au côté de l'article 30 émane de la distinction faite par le juge Dioniso Anzilotti, lors de la rédaction de son opinion dissidente dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*³⁶⁵, entre abrogation expresse et tacite. En effet, dans son opinion dissidente, il énonçait qu'« il est généralement admis que, à côté de l'abrogation expresse, il y a aussi une abrogation tacite, résultant du fait que les dispositions nouvelles sont incompatibles avec les dispositions antérieures, ou que toute la matière qui formait l'objet de ces dernières se trouve désormais réglée par les nouvelles dispositions »³⁶⁶.

C'est peut-être cette formulation qui illustre le mieux la distinction qui doit être faite entre l'article 30 et l'article 59 de la Convention de Vienne.

Finalement, s'il existe une impossibilité totale d'application du traité antérieur ou une volonté d'y mettre fin, ses dispositions ne sont plus obligatoires et exigibles et l'article 30 ne devra alors pas jouer.

La Commission a tenu également à préciser que, lorsqu'une des normes en conflit est considérée comme une norme de *jus cogens*, la situation est également exclue du champ d'application de l'article 30, puisque dans de telles situations, le problème se pose en termes de nullité du traité contraire, et non comme une question d'application de dispositions contradictoires³⁶⁷.

b) Les traités successifs doivent régir la situation de façon différente

Pour que l'article 30 puisse s'appliquer, il faut également que les traités impliqués régissent la matière de façon différente. Bien que dans la version finale de l'article 30, la notion de conflit ait été supprimée pour les raisons que nous avons invoquées plus tôt, cela n'empêche pas la nécessité d'une contradiction. Il apparaît évident que si les dispositions des différents traités régissant la même matière peuvent être appliquées simultanément, nul besoin d'établir entre elles un ordre de priorité. Comme l'a énoncé Kelsen, pour reprendre une citation déjà présentée en introduction, « un conflit entre deux normes existe (...) quand donc l'obéissance ou l'application de l'une des deux normes implique de façon *nécessaire* ou *possible* la violation de l'autre »³⁶⁸. La Commission a également tenu à préciser que « le simple fait qu'il y ait une différence entre les dispositions d'un traité postérieur et celles d'un traité antérieur ne signifie pas nécessairement qu'il y ait incompatibilité »³⁶⁹. C'est dans cette optique que la Commission a

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ CPJ, arrêt, 4 avril 1939, *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie (Bulgarie c/ Belgique)*, série A/B, n° 77.

³⁶⁶ *Ibid.*, Opinion dissidente de M. le juge Dioniso Anzilotti, p. 92, § 5.

³⁶⁷ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la 16^e session, Doc. A/5809, ACDI 1964, vol. II, p. 195, § 4.

³⁶⁸ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, Paris, op. cit., p. 161.

³⁶⁹ Intervention du Président du Comité de rédaction, Doc. off., CRA, 2^e sess., 91^e s., p. 270, § 37, cité dans F.

décidé de conserver la notion d'incompatibilité, tout en supprimant celle de conflit.

Au final, Il ressort de notre analyse que l'article 30 possède un champ d'application relativement large, même si quelques prérequis logiques viennent encadrer sa mise en oeuvre. Après avoir ainsi défini l'environnement normatif de l'article 30, intéressons nous à l'apport de ce dernier quant à la résolution des conflits de traités successifs.

§ II – Les avancées nuancées de l'article 30 de la Convention de Vienne

Pour permettre de juger le réel apport de l'article 30 à la problématique des conflits entre traités successifs, il convient d'en analyser les différentes dispositions et de voir en quoi elles modifient ou précisent les solutions du droit international général. C'est pourquoi, une analyse alinéa par alinéa de la disposition semble opportune.

A – Le préambule hiérarchique (§ 1)

L'article 30§1 dispose que : « Sous réserve des dispositions de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des États parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants ».

Il ressort de ce premier paragraphe que, sans surprise, les règles énoncées à l'article 30 s'imposent sous réserve de la priorité d'application réservée aux obligations issues de l'article 103 de la Charte des Nations Unies. La référence à cet article a été jugée primordiale dès les premiers travaux de la Commission du droit international et fut conservée jusqu'à la consécration de la disposition en 1969.

Comme le précise Felipe Paolillo, « il s'agit là d'une primauté absolue et générale, qui opère indépendamment de la nature du traité qui est en conflit avec la Charte »³⁷⁰.

Au sein de la Commission, les seuls débats concernant cette disposition ont porté sur la question de la détermination de l'étendue de l'application de l'article 103 et ses effets. C'est finalement le dernier rapporteur, Humphrey Waldock qui va émettre l'avis selon lequel l'article 103 n'affecte pas la validité du traité incompatible³⁷¹ et n'affecte pas le droit d'un État non membre des Nations Unies, cocontractant au traité incompatible d'exiger une réparation en cas de non-exécution³⁷². Nous ne reviendrons pas ici sur cette question dont nous avons longuement débattu en première partie mais il convient de noter que nos conclusions concordent avec celles de la Commission du droit international et que l'article 103 n'a pas pour effet la nullité du traité incompatible, ni d'être applicable l'égard des tiers à la Charte des Nations Unies.

Enfin, la question du rappel de la supériorité des dispositions de la Charte fut la seule modification d'importance entre la Convention de 1969 et 1986. Lors des travaux de la Convention de 1986, certains membres optant pour une vision stricte de l'article 103 ont soutenu que cette priorité n'était pas applicable aux organisations internationales puisque l'article parle des « obligations des Membres des Nations Unies » et que les organisations internationales ne peuvent recevoir telle qualité³⁷³. Certains membres adoptaient une vision plus souple et estimaient que les organisations internationales étant des instruments d'action

Paolillo, L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, préc.

³⁷⁰ F. Paolillo, L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, préc, p. 1267.

³⁷¹ H. Waldock, Deuxième rapport du 20 mars, 10 et 30 avril et 5 juin 1963, préc., p. 58, §§ 10-11.

³⁷² H. Waldock, Troisième rapport du 3 mars, 12 juin et 7 juillet 1964, préc., p. 35, § 8.

³⁷³ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 34^e sess., ACDI 1982, vol. II, part. II, p. 42.

collective des États, une extension des dispositions de l'article 103 était nécessaire pour ne pas permettre aux États, par la suite, de pouvoir déroger aux obligations de la Charte en concluant des traités *via* les organisations internationales auxquels ils seraient parties³⁷⁴. Lors des travaux donc, deux vision s'opposaient, l'une demandant le retrait pur et simple de toute référence à l'article 103 au sein de la convention, l'autre proposant l'ajout d'un article en fin de texte précisant que la Convention de 1986 s'appliquerait sous réserve des dispositions de l'article 103.

La Commission du droit international ne trancha pas la question et opta pour l'ajout d'un paragraphe 6 à la fin de l'article 30 disposant « les paragraphes précédents sont sans préjudice de l'article 103 de la Charte des Nations Unies ». Cette solution autorisant les deux interprétations est expliquée par la Commission : « Il est apparu aussi à certains membres qu'il n'appartenait pas à la Commission d'interpréter la Charte, et qu'elle devait énoncer la réserve de la règle de l'article 103 de telle manière que les deux interprétations soient possibles. C'est avec cette intention que la réserve de l'article 103 a été séparée du paragraphe 1 du projet d'articles pour faire, à la fin de celui-ci, l'objet d'un paragraphe 6, énoncé en des termes volontairement ambigus »³⁷⁵.

B – Présence d'une clause de conflit (§ 2)

L'article 30§2 dispose : « Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent ».

Cet article illustre le caractère supplétif de la Convention de Vienne de 1969 en précisant que les dispositions de l'article 30 ne s'appliquent que lorsque les États n'ont pas déterminé eux mêmes par le biais d'une clause la façon dont le traité réagira à une éventuelle collision avec un autre traité. Bien que ce caractère supplétif soit intrinsèque à la convention, ses rédacteurs ont tenu à insérer au sein de l'article 30 une disposition venant rappeler cette possibilité aux États. Mais, lors de la Conférence de Vienne, des doutes ont été émis quant la nécessité de conserver une telle clause dans le dispositif de l'article 30, estimant qu'elle était superflue. C'est notamment l'avis de Shabtaï Rosenne qui estimait que « [l]e paragraphe 2 du texte de 1964 n'appelle aucune objection, mais ce qu'il énonce va de soi et il peut être supprimé ; sa teneur est suffisamment couverte par d'autres dispositions relatives à l'interprétation et par la règle *pacta sunt servanda* »³⁷⁶.

Cependant, le rapporteur de l'époque, Humphrey Waldock, défendit le maintien d'une telle précision au sein du futur article 30 en estimant que : « [L]e paragraphe 2 mérite d'être maintenu car de nombreux traités contiennent des dispositions expresses relatives aux accords postérieurs qui seraient incompatibles avec ce que l'on pourrait appeler le traité "original", ou des clauses établissant la priorité du premier ou du second traité. La formule du paragraphe 2 peut sembler aller de soi mais elle a sa place dans un article général »³⁷⁷.

La disposition fut conservée et retranscrit l'idée que les parties devront rédiger des clauses de conflit dans chaque traité susceptible d'entrer en conflit avec un autre. En effet, la Commission du droit international énonce que la pratique « est à recommander chaque fois qu'il y a possibilité de conflit »³⁷⁸.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ S. Rosenne, *ACDI* 1966, vol. II, p. 110, § 52.

³⁷⁷ *Ibid.*, §. 57.

³⁷⁸ *ACDI* 1964, vol. II, p. 36, § 10.

L'insertion d'une clause de conflit apparaît comme la solution la plus à même à résoudre les conflits issus de la collision entre traités successifs. Comme le précise Emmanuel Roucouнас, « l'insertion d'une clause de rapport dans tous les traités est donc doublement souhaitable : elle clarifie dès le départ comment les parties ont entendu situer le nouveau traité dans le cadre de leurs autres obligations internationales et rend moins difficile la tâche de l'interprétation »³⁷⁹.

C'est également l'avis de l'Institut de droit international qui, lors de sa session de 1981 a adopté une résolution recommandant que « tous les traités (...) prévoient notamment des dispositions précises sur les points suivants : (...) d) les conflits avec d'autres traités touchant la même matière »³⁸⁰.

La Commission du droit international a réitéré l'importance de conclure des clauses de conflits dans son rapport de 2006 puisqu'elle énonce que, « vu l'indécision du droit général des conflits entre normes successives et les formules généralement non restrictives de l'article 30 de la Convention de Vienne, il semble important que les États donnent dans les traités eux-mêmes des indications sur ce qu'il convient de faire avec les traités postérieurs ou antérieurs en conflit »³⁸¹.

Pour illustrer nos propos, il peut être pris pour exemple l'article 8 du traité de l'Atlantique Nord qui dispose que « chacune des Parties déclare qu'aucun des engagements internationaux actuellement en vigueur entre États n'est en contradiction avec les dispositions du présent Traité et assume l'obligation de ne souscrire aucun engagement international en contradiction avec le Traité », ou encore l'article 311 de la Convention de Montego Bay intitulé « relations avec d'autres conventions et accords internationaux » que nous étudierons dans notre dernier titre. Rédigé différemment, on retrouve l'article 30 de la Convention de Genève sur la haute mer qui énonce que « les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte aux conventions ou aux autres accords internationaux en vigueur dans les rapports entre États parties à ces conventions ou accords ».

On le voit donc, l'article 30, qui constitue la disposition de référence pour la résolution de conflits successifs, s'efface dès lors qu'une clause de conflit est rédigée par les États. Précisons qu'il existe un éventail de clauses de conflits très diversifié dont nous rendrons un aperçu dans le second chapitre de cette deuxième partie.

Pour l'heure, l'important est de retenir que, pour la résolution de conflit entre traités successifs, avant d'appliquer les dispositions de la Convention, il conviendra au préalable de vérifier si les traités contiennent ou non une clause de conflit. Enfin, il faut noter que la clause doit être explicitement rédigée et l'on ne peut pas la déduire de la rédaction du traité. En effet, alors que, dans le troisième rapport d'Humphrey Waldock, le paragraphe débutait par « [l]orsqu'il ressort des dispositions d'un traité »³⁸², le texte de l'article 30 finalement adopté exige que le traité « précise ».

L'ajout de cette clause, mais aussi et surtout la primauté qui lui a été attribuée par les rédacteurs, démontrent bien l'importance toute relative que peut jouer l'article 30 et la faiblesse des mécanismes qu'il propose quant à la résolution des conflits normatifs, puisque l'on recommande vivement aux États d'y déroger.

³⁷⁹ E. Roucouнас, *Engagements parallèles et contradictoires*, préc., p. 87.

³⁸⁰ Institut de Droit International, 1981, Session de Dijon, 23^e Commission, art. 2, http://www.idiil.org/idiF/resolutionsF/1981_dijon_02_fr.PDF (dernière visite le 11 juin 2015).

³⁸¹ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 146.

³⁸² H. Waldock, Troisième rapport du 3 mars, 12 juin et 7 juill. 1964, préc., p. 33, § 2.

C – Conflit sans clause avec identité des parties (§ 3)

L'article 30§3 dispose : « Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur ».

Cette disposition vient logiquement consacrer le principe de la *lex posterior*. Comme on l'a vu dans la première partie, dans les conflits de traités impliquant une identité de cocontractants, la priorité est offerte au traité postérieur puisque celui-ci est censé manifester l'intention des parties de remplacer les droits et obligations qui découlent du premier traité par celles du second. Dans son rapport, la Commission du droit international a estimé que « une intention exprimée ultérieurement est présumée avoir primauté sur une intention antérieure »³⁸³.

Bien que cette solution semble logique, il convient de noter l'absence totale de référence faite ici, et d'ailleurs dans tout le dispositif de l'article 30, à la notion de la *lex specialis*. La Commission du droit international semble, à première vue, avoir voulu prioriser le facteur temps plutôt que celui de spécialité. Or les explications d'Humphrey Waldock paraissent amener à une conclusion opposée.

En effet, ce dernier, suite à une remarque faite par le représentant du Royaume-Uni sur la problématique de la détermination de la même matière quant aux conflits entre deux traités ne possédant pas le même degré de généralité, a estimé qu'il fallait appliquer le facteur de spécialité³⁸⁴. Ce qui signifie que, selon les travaux de la Commission du droit international, « les règles de l'article 30 s'appliquent quand les traités en conflit régissent la même matière avec le même degré de généralité ou avec un degré de généralité comparable »³⁸⁵. On devrait donc en conclure que la Commission du droit international a répondu à une des grandes problématiques des principes généraux du droit applicables aux traités successifs, à savoir que la règle issue de la *lex specialis* devrait avoir préséance sur celle issue de la *lex posterior*. En effet, selon le raisonnement de Waldock, la règle de la *lex posterior* ne pourrait trouver à s'appliquer que quand celle de la *lex specialis* ne peut pas entrer en jeu.

Mais il semble que la question, bien qu'en apparence réglée par Waldock, ait été réouverte par la Commission dans son rapport de 2006 sur la fragmentation du droit international puisque comme nous l'avons déjà vu, elle énonce qu'« il ne semble pas conseillé de poser une règle générale sur la façon de gérer ces deux types de relations [que sont la *lex posterior* et la *lex specialis*] »³⁸⁶.

Un autre doute a surgi du fait de l'imprécision de la terminologie des mots « antérieur » et « postérieur ». Comme nous l'avons vu, en doctrine, la date à prendre en compte pour déterminer « l'âge » d'un traité fait débat. Une nouvelle fois, le représentant du Royaume-Uni l'a fait remarquer au cours de Conférence de la sorte : « [À] supposer qu'une convention A ait été signée en 1964 et soit entrée en vigueur en 1966, tandis qu'une convention B a été signée et est entrée en vigueur en 1965, quelle sera la convention antérieure ? Si la convention B est considérée comme antérieure, parce que la date d'entrée en vigueur serait l'élément décisif, la

³⁸³ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 18^e session, préc., p. 236, § 9.

³⁸⁴ Doc. off., CRA, 2^e sess., 91^e s., p. 270, 41 cité dans F. Paolillo, L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, préc.

³⁸⁵ F. Paolillo, L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, préc., p. 1263.

³⁸⁶ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 125.

réponse sera-t-elle différente si la Convention A est entrée en vigueur à titre provisoire en 1964 ? (...) On peut supposer qu'une convention multilatérale ait été ouverte à la signature en 1960 ; un État A l'a ratifié en 1961 et la convention est entrée en vigueur en 1962. Puis les États A et B concluent, en 1963, sur le même sujet, un traité bilatéral qui entre en vigueur en 1964, après quoi l'État B adhère en 1965 à la convention multilatérale. Quel est le traité antérieur ? Quel est le traité postérieur ? »³⁸⁷.

La solution proposée par ce même représentant était de retenir la date d'adoption du traité et cette vision fut partagée par Humphrey Waldock qui a estimé que c'est au moment de l'adoption que l'État exprime sa volonté nouvelle de légiférer une matière déjà réglementée. Il en découle donc que cette intention doit être considérée comme l'emportant sur celle exprimée dans le traité antérieur³⁸⁸.

Au final, par cette disposition, la Commission tout en venant codifier une règle déjà établie largement dans la pratique internationale, à savoir la *lex posterior*, a résolu deux problèmes très discutés en doctrine. Tout d'abord, il semblerait que la *lex specialis* doive primer l'application de l'article 30 et donc celle de la *lex posterior*, mais aussi que la date à retenir pour déterminer l'antériorité d'un traité soit celle de l'adoption. Cependant, ces deux solutions bien que très intéressantes relèvent plus du développement progressif que de la codification et doivent tout de même être relativisées du fait du succès mitigé de cette Convention de Vienne de 1969.

D – Conflit sans clause et sans identité des parties (§ 4)

L'article 30§4 dispose : « Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur : a) dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3 ; b) dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques ».

Comme le précise Emmanuel Roucounas, « le paragraphe 4 envisage l'un des problèmes les plus délicats du droit des conflits entre traités »³⁸⁹.

Comme nous l'avons déjà vu, la Commission du droit international a beaucoup discuté du sort à réserver aux traités incompatibles et en a conclu qu'ils devaient être considérés comme valides et applicables. Dans l'hypothèse d'un conflit n'impliquant pas les mêmes parties, et au nom du respect du principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (un traité ne crée pas d'obligation pour les tierces parties), cela entraîne la création de trois ordres de relations juridiques.

Tout d'abord, pour les États parties aux deux traités, le second traité s'appliquera au nom de la *lex posterior*. Ensuite, dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie seulement au premier traité, alors c'est le premier traité qui logiquement s'appliquera. Enfin, dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie seulement au second traité, c'est le second traité qui tout aussi logiquement s'appliquera.

C'est dans cette situation que la rivalité entre respect des droits acquis et la sauvegarde de la liberté des États de conclure de nouveaux traités s'illustre le plus. En effet, « la pratique

³⁸⁷ Doc. off., CRA, 1^{re} sess., Commission plénière, 31^e s., p. 179, § 13, cité par F. Paolillo, L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, préc.

³⁸⁸ Doc. off., CRA, 2^e sess, Commission plénière, 92^e s., p. 270, §§ 39-40, cité par F. Paolillo, préc.

³⁸⁹ E. Roucounas, Engagements parallèles et contradictoires, préc., p. 95.

des États et la jurisprudence internationale indiquent que cette liberté ne disparaît pas du fait qu'un État accepte d'être obligé en vertu d'un traité portant sur la même matière »³⁹⁰.

La Commission estimait qu'une solution contraire n'aurait pas reflété l'état du droit international et elle voulait éviter la situation qui aurait freiné « l'évolution du droit international à cause de quelques États qui ne voudraient pas se plier aux exigences nouvelles »³⁹¹.

Cependant, et comme le fait très justement remarquer Emmanuel Roucounas, « la faiblesse de la réglementation est évidente. Bien que la CDI n'ait pas manqué d'explorer une série de propositions radicales à l'effet de rendre le projet plus proche d'une certaine idée d'intégration de la communauté internationale, le résultat final reste quand même médiocre »³⁹².

La fragilité de cette disposition était implicitement reconnue déjà à l'époque par la Commission puisque dans son commentaire sur cette disposition, elle incite les États à insérer une clause de conflit.

La critique majeure de cet article avait déjà été soulevée en 1964 par Eduardo Jimenez de Aréchaga qui estimait que, par ce paragraphe 4, « l'État qui a assumé des obligations incompatibles entre elles est libre de choisir celui des deux traités qu'il exécutera ; pour ce qui est du traité qui n'est pas exécuté, l'État devra payer une indemnité. L'État qui a assumé des obligations inconciliables "achète" ainsi son choix »³⁹³.

Eduardo Jimenez de Aréchaga réitéra sa position de manière encore plus vive, en 1966, en estimant que : « [E]n repoussant la tendance à donner la primauté au traité antérieur lorsque le traité subséquent est manifestement une violation du premier, la Commission est allée trop loin dans l'autre sens, si bien qu'elle place maintenant les deux traités à peu près sur le même rang. Ce faisant, elle donne pour ainsi dire toute latitude de violer un traité au moyen d'un nouvel accord. La Commission qui, à l'article 42, a condamné la violation des traités, paraît la légitimer à l'article 63 et lui donner un semblant d'honorabilité pourvu que l'État qui veut commettre cette violation puisse trouver un autre État disposé à jouer le rôle de complice et à lui permettre de présenter cette violation sous le couvert d'un traité nouveau »³⁹⁴.

Malgré les critiques formulées par ce membre de la Commission, celle-ci a décidé de ne pas entrer dans l'examen de cet aspect controversé de la notion de complicité qui, selon elle, relève du droit de la responsabilité des États.

Finalement, comme l'explique Emmanuel Roucounas, « il en résulte que le paragraphe 4 décrit plutôt qu'il ne régleme une situation déterminée »³⁹⁵, et n'apporte *in fine* que très peu de choses, pour ne pas dire rien, à la problématique des traités successifs.

E – La question de la responsabilité d'un État en cas de conclusion de traité incompatible (§ 5)

Ce dernier paragraphe apporte la « solution » à l'épineuse question d'un État doublement engagé par deux traités contradictoires envers deux parties différentes. Nous l'avons vu, celui-ci aura donc le choix d'honorer l'un ou l'autre des traités à sa guise.

³⁹⁰ F. Paolillo, L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, préc., p. 1275.

³⁹¹ M. Yasseen, *ACDI* 1963, vol. I, p. 96, § 17.

³⁹² E. Roucounas, *Engagements parallèles et contradictoires*, préc., p. 95.

³⁹³ E. Jimenez de Aréchaga, *ACDI* 1964, vol. I, p. 130, § 44.

³⁹⁴ E. Jimenez de Aréchaga, *ACDI* 1966, vol. I, part. II, p. 106, § 12.

³⁹⁵ E. Roucounas, *Engagements parallèles et contradictoires*, préc., p. 102.

La solution logique proposée par l'article 30 consiste en l'engagement de la responsabilité de l'État pour le traité qu'il n'aura pas honoré.

Durant les travaux de la Commission, on s'est interrogé sur l'opportunité d'une telle précision au sein même de l'article 30. Car, comme le fait remarquer Felipe Paolillo dans son commentaire sur la disposition, « l'inclusion de cette réserve dans l'article 30 n'était peut être pas nécessaire, puisqu'elle ne constitue qu'une application particulière de la réserve générale énoncé à l'article 73, aux termes duquel les dispositions de la Convention ne préjugent aucune question qui pourrait se poser "à propos d'un traité (...) en raison de la responsabilité internationale d'un État" »³⁹⁶.

Cependant, Humphrey Waldock a défendu le maintien de cette précision pour éviter que l'article 30 « n'ait pas l'air d'excuser d'avance d'éventuelles violations »³⁹⁷.

Finalement, comme le précise très justement Raphaële Rivier, « là encore le droit de la responsabilité relaie le droit des traités »³⁹⁸.

Sur ce point, l'ouvrage rédigé par Alain Pellet, Mathias Forteau et Patrick Daillier apparaît une nouvelle fois critique : « [I]l ne s'agit donc plus de résoudre un conflit de normes (problème objectif de compatibilité) mais de sanctionner (subjectivement) un comportement internationalement illicite. La solution n'est sans doute guère satisfaisante car à la mise de la responsabilité de son cocontractant défaillant, qui n'aboutira aux mieux qu'à une réparation, l'État victime pourrait préférer obtenir l'exécution du traité. Au surplus, elle aura pour effet de donner à l'État coupable d'avoir pris des engagements contradictoires le libre choix du traité qu'il n'exécutera pas ou, plutôt, qu'il violera »³⁹⁹.

Ce paragraphe 5 opère donc un renvoi à la responsabilité internationale qui, même s'il n'était pas nécessaire, apparaissait indispensable au rapporteur, permettant ainsi de rassurer les États, ce qui n'a pourtant pas permis d'éviter les critiques.

Pour récapituler les apports de l'article 30, malgré les efforts considérables déployés par la Commission du droit international pour permettre l'élaboration d'un cadre normatif à la question des traités successifs, ils ne semblent pas avoir été suffisants aux yeux de la doctrine.

Une des solutions qu'aurait éventuellement pu envisager la Commission eût été de déterminer la priorité du traité qui devait être appliqué dans le cas d'un conflit entre deux traités opposant des parties différentes. De ce fait, l'État doublement engagé n'aurait plus eu le choix dans l'application du traité, et cette solution aurait permis d'éviter bon nombre de critiques.

Cependant, à l'époque il ne semblait pas possible, en l'absence de décision de la Commission, de pouvoir déterminer avec précision auquel des deux traités incompatibles il eut fallu offrir la préséance. Or il nous semble que tel n'est plus le cas. En effet, une interprétation du PARE permettrait de faire évoluer sensiblement cet article 30. Cette démonstration se fera dans une partie ultérieure de nos développements. Il convient pour l'heure de nous préoccuper de l'article 41 qui permet aussi, dans une certaine mesure, la résolution de certains conflits entre traités successifs.

³⁹⁶ F. Paolillo, L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, préc., p. 1280.

³⁹⁷ H. Waldock, *ACDI* 1966, vol. I, part. II, p. 114, § 8.

³⁹⁸ R. Rivier, *Droit international public*, op. cit., p. 119.

³⁹⁹ P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 276, n° 175.

SECTION 2 – L’AVANCÉE MITIGÉE OPÉRÉE PAR L’ARTICLE 41 DE LA CONVENTION DE VIENNE

L’article 41 de la Convention de Vienne de 1969⁴⁰⁰ s’intéresse aux accords dits « *inter se* ». Ils constituent un pan important de la question relative aux traités successifs puisqu’un accord *inter se* peut être défini comme un accord en vertu duquel certaines parties à un traité multilatéral décident de modifier les dispositions du traité dans leurs relations mutuelles, accord prenant la forme d’un nouveau traité. Ici donc la résolution du conflit peut paraître simple. Puisqu’il ressort clairement que la volonté des parties au nouveau traité est de le voir appliqué, et celui-ci devant logiquement être plus spécial que le premier, les maximes *lex posterior derogat priori* et *lex specialis derogat legi generali* offrent la priorité d’application au second traité. Cependant la validité de accords *inter se*, depuis la codification de la Convention de l’article 41, connaît certaines limites qui doivent être discutées. Comme l’affirme Christopher J. Borgen « the validity of *inter se* agreement is a vexing problem »⁴⁰¹.

Nous le verrons dans nos développements, la question des accords *inter se* a également été le théâtre de débats intenses durant les travaux de la Commission du droit international et a touché tant à la légitimité d’une telle disposition, qu’à ses conditions de fond ou de forme. C’est pourquoi, avant de nous interroger sur les conditions d’admissibilité des accords *inter se* (§ II), il nous faut revenir sur l’environnement normatif d’une telle notion (§ I).

§ I – L’environnement normatif des accords *inter se*

Comme développé dans le chapitre précédent, les discussions lors des travaux sur la question des traités successifs n’ont cessé de faire la distinction entre traité antérieur et postérieur, offrant là une large importance au facteur temps. Également, une distinction a été faite entre les cas où le traité postérieur contenait exclusivement des parties au traité antérieur ou lorsque de nouvelles parties y étaient intégrées. C’est de là qu’est née la distinction entre article 30 et article 41.

Pour cerner au mieux l’environnement normatif dans lequel s’inscrivent les accords *inter se*, il convient tout d’abord de s’attarder sur le bien fondé d’une disposition particulière traitant des accords *inter se* (A) puis étudier l’évolution de la disposition lors des travaux de la Commission du droit international (B).

A – La nécessité d’une disposition spécifique aux accords *inter se*

Ce particularisme des accords *inter se* s’est fait ressentir tant à l’égard des accords successifs (1) qu’à l’égard du mécanisme de révision classique des traités (2).

1 – Une spécificité des accords *inter se* par rapport aux accords successifs

À première vue, la différence entre l’article 41 et l’article 30 de la Convention de Vienne ne semble pas évidente. En effet, objectivement, la conclusion par certaines parties à un accord multilatéral d’un accord postérieur entre certaines d’entre elles pourrait légitimement relever du paragraphe 4 de l’article 30 traitant de la question des accords successifs sans identité totale des parties. Mais, comme l’ont souligné Anne Rigaux et Denys Simon dans leur commentaire sur

⁴⁰⁰ Ici, il n’a été relevé aucune différence entre l’ article 41 de la Convention de Vienne de 1969 et celle de 1986, dès lors, les conclusions faites pour l’une vaudront également pour l’autre.

⁴⁰¹ C.J. Borgen, *Resolving treaty conflicts*, préc., p. 582.

l'article 41, « le cas de figure couvert par l'article 41, même s'il peut interférer avec l'applicabilité de la solution dégagée par l'article 30§4, est à la fois spécifique et distinct »⁴⁰².

Les situations couvertes par l'article 41 diffèrent effectivement de celles couvertes par l'article 30§4 sur trois points.

Dans un premier temps, et nous l'avons déjà abordé dans nos propos introductifs, alors que l'article 30§4 de la Convention de Vienne de 1969 s'intéresse à la conclusion d'accords successifs ne possédant pas une identité totale des parties, l'article 41 exige une condition supplémentaire. Ce dernier se limite à l'hypothèse où les parties à l'accord *inter se* constituent un sous-ensemble des parties à l'accord multilatéral. Autrement dit, l'article 41 exclut, *a priori*, de son champ d'application tout accord *inter se* restreint incluant des tierces parties de l'accord multilatéral.

Schématiquement, les commentateurs de l'article 41 ont modélisé le champ d'application de l'article 41 de la façon suivante : « Il s'applique aux rapports entre un traité ABCDEF et un accord ADF. Il ne s'applique pas aux rapports entre un traité ABCDEF et un traité ADFXY »⁴⁰³.

Dans un second temps, l'article 41 accorde plus d'importance au facteur temps que l'article 30 puisque, pour pouvoir l'appliquer, un examen de l'ordre d'intervention des engagements restreints et généraux semble primordial. En effet, l'article 30§4 ne préjuge pas d'une importance particulière quant à l'apparition du traité restreint par rapport au traité général, celui-là pouvant être antérieur ou postérieur à celui-ci. L'article 41 quant à lui, n'envisage que la situation d'un traité restreint conclu postérieurement à l'accord multilatéral. Bien que cette condition ne soit pas explicitement disposée dans le corps de l'article, elle peut cependant en être logiquement déduite. L'article 41§1 dispose que « deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles ». Pour que l'accord *inter se* puisse recevoir telle qualité, il faut nécessairement l'existence d'un accord plus général antérieur que celui-là envisage de modifier.

Dans un troisième temps, la spécificité de l'article 41 tient à sa place dans la Convention de Vienne. Les accords *inter se* ayant pour particularité de modifier le traité dans les relations mutuelles seulement des parties à l'accord et non pas la modification globale du traité multilatéral initial, l'article 41 ne trouve donc pas sa place dans la partie III de la Convention de Vienne relative au respect, à l'application et à l'interprétation des traités mais, dans la partie IV relative aux amendements et modification des traités.

Par ailleurs l'article 41 possède également des particularismes quant à la procédure de révision des traités.

2 – Une spécificité des accords *inter se* par rapport au mécanisme classique de révision des traités

La distinction entre l'article 41 et l'article 40, relatif aux amendements des traités multilatéraux semble claire. En effet, alors que la disposition sur les accords *inter se* parle de « modification », l'article 40 lui parle d'« amendement ». Or on ne peut nier que ces deux méthodes participent à un processus que l'on peut plus généralement appeler la révision des

⁴⁰² A. Rigaux, D. Simon, « L'article 41 de la Convention de Vienne de 1969 », in O. Corten, P. Klein, (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités, commentaire articles par articles*, Paris, Bruylant, 3^e éd., 2007, p. 1563.

⁴⁰³ *Ibidem*.

conventions internationales. Jean Salmon, dans son *Dictionnaire de droit international public*, définit la révision comme une « procédure par laquelle les parties contractantes apportent des modifications à une ou plusieurs clauses d'un accord, d'un traité ou à des dispositions qui régissent leurs relations, les modifications envisagées étant susceptibles de toucher en principe, l'économie générale du traité »⁴⁰⁴. Mais il continue en relevant que la distinction entre révision et amendement n'est pas toujours respectée dans la pratique et des auteurs comme Alain Pellet, Patrick Daillier et Mathias Forteau ne font, eux, pas de différence entre les notions d'amendement, de modification et de révision⁴⁰⁵. Pour illustrer cette position, on peut citer le vocable utilisé par l'article 48 du Traité sur l'Union européenne qui parle de manière interchangeable de révision ou de modification.

Cependant, la Commission du droit international a opté pour des termes différents dans un but précis de différenciation entre la procédure entre toutes les parties de l'article 40§2 et la procédure entre certaines des parties seulement de l'article 41§1. En effet, sir Humphrey Waldock l'a signalé dans son troisième rapport de 1964 : « Une différence considérable entre l'emploi de la technique *inter se* dans le cas où toutes les parties au traité initial prennent part à l'adoption d'un nouveau traité prévoyant les modifications qui doivent entrer en vigueur entre elles et son emploi dans le cas où certaines des parties ne participent pas à l'élaboration du traité portant modification du traité initial »⁴⁰⁶.

Il continue ensuite ses explications en précisant que, dans le premier cas, toutes les parties ont consenti à la révision, même si elles ne ratifient pas au final le nouveau traité, alors que dans le second cas, la modification n'est le fruit que de certaines parties et n'a pas aspiration à intéresser l'intégralité des parties au traité originel.

Durant la conférence de 1969, le gouvernement britannique n'était cependant pas convaincu que telle distinction puisse exister. Selon son représentant, « une opération qui constitue au début une tentative visant à réviser le traité pour toutes les parties risque facilement de se terminer par une modification limitée *inter se* entre certaines d'entre elles. Par contre, une modification *inter se* convenue entre certaines des parties seulement pourrait présenter un certain attrait pour les autres et aboutir en définitive à la révision du traité pour toutes les parties »⁴⁰⁷.

Mais la Commission du droit international, et notamment son rapporteur spécial de l'époque Humphrey Waldock, a défendu la position d'une distinction entre les deux procédures et donc de la légitimité d'une disposition particulière pour les accords *inter se* en expliquant : « Il est évident qu'une opération par laquelle deux parties ou un petit groupe de parties entreprennent de modifier le traité pour ce qui les concerne seulement, sans donner aux autres parties la faculté d'y participer, ne saurait être placé sur le même plan qu'un accord portant modification, qui a été rédigé par l'ensemble des parties, même si, en fin de compte, elles ne les ratifient pas toutes »⁴⁰⁸.

Avec cette explication, on comprend la raison qui a poussé la Commission du droit international à vouloir opérer une distinction entre les deux procédures que sont l'amendement du traité et sa révision par accord *inter se*. Dans le premier cas, l'objectif primaire est la modification du traité entre toutes les parties, et toutes ont, à l'origine tout au moins, consenti à entreprendre un travail d'évolution des normes. L'ambition des modifications *inter se* est de

⁴⁰⁴ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 1011.

⁴⁰⁵ V. en ce sens, P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 323, n° 186.

⁴⁰⁶ H. Waldock, Troisième rapport du 3 mars, 12 juin et 7 juill. 1964, préc., p. 50, § 8.

⁴⁰⁷ Doc, off, CRA, 1^{re} sess, 37^e s., sp., p. 223, § 39.

⁴⁰⁸ H. Waldock, *ACDI* 1966, p. 256, § 1.

modifier le traité seulement entre un cercle restreint de membres bien défini, les dispositions modifiées par l'accord *inter se* trouvant toujours à s'appliquer entre les États non parties à l'engagement et dans les relations entre ces dernières et les États parties à l'accord *inter se*.

Ainsi, Humphrey Waldock estime que « le risque est plus grand qu'un accord *inter se* ait un but et des effets incompatibles avec l'objet et le but du traité »⁴⁰⁹ et c'est donc pour cela qu'il suggère qu'il soit soumis à des conditions spéciales, éventuellement plus strictes que celles prévues aux articles 30 ou 40 de la Convention.

Au final donc, la spécificité des accords *inter se* semble devoir être trouvée dans le fait que ce sont des procédures de modification d'un traité multilatéral antérieur, opérant exclusivement entre certaines parties de celui-ci et dont l'objectif est de modifier les relations seulement entre ces parties et non le traité dans l'ensemble.

La distinction entre accords *inter se* et accords successifs ou révision établie, il convient d'étudier les débats qui ont eu lieu durant les travaux de la Commission du droit international et qui comme dans le cadre de l'élaboration de l'article 30, permettront d'illustrer toutes les problématiques qui sous-tendent la question des accords *inter se*.

B – L'évolution du travail de codification partiel de l'article 41

Dans un premier temps, nous examinerons les débats qui eurent lieu tant à la Commission du droit international que lors de la conférence de Vienne de 1969 quant à l'élaboration de la disposition (1) pour, dans un second temps, relever les questions que la Commission du droit international n'a pas traitées (2).

1 – Les débats au sein de la Commission du droit international autour de l'article 41

Étudions tout d'abord les discussions tenant aux questions de fond des accords *inter se*, puis celles touchant leur forme.

La question de la codification spécifique aux accords *inter se* n'est apparue que tardivement, avec l'arrivée comme rapporteur à la Commission d'Humphrey Waldock. Tant Sir Hersch Lauterpacht que Sir Gerald Fitzmaurice n'avaient abordé la question que sous l'angle des rapports successifs et donc au sein des débats relatifs au futur article 30 que nous avons déjà retranscrits. Nous venons de démontrer la différence qui existe entre accords successifs et accords *inter se*. Mais, dans les deux cas, les tensions entre validité des traités et application d'obligations successives restent au cœur de la problématique. C'est sans doute cela qui avait poussé Lauterpacht et Fitzmaurice à ne faire aucune distinction.

Quoi qu'il en soit, Waldock, dans son projet d'article de 1964, réservait aux amendements par lesquels certaines parties se proposent de modifier l'application du traité exclusivement entre elles, l'article 68§2. L'article 68 traitait généralement du « droit des parties d'être consultées au sujet de la modification ou de la révision du traité » et son paragraphe 2, qui constituait une exception à l'obligation de notification posée au paragraphe 1, disposait que : « Le paragraphe 1 ne s'applique pas à un amendement par lequel certaines des parties se proposent de modifier l'application du traité exclusivement entre elles, si cette modification du traité dans les relations entre les parties en question : a) Ne porte pas atteinte à la jouissance par les autres parties des droits qui leur appartiennent en vertu du traité ; b) Ne porte pas sur une disposition à laquelle toute dérogation serait incompatible avec la réalisation effective des

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

objets et des buts du traité dans son ensemble ; c) N'est pas interdite par le traité »⁴¹⁰.

À l'origine donc, la disposition spécifique aux accords *inter se* se trouvait insérée dans un article général et ne concernait qu'une question procédurale, à savoir l'obligation de notification.

Cependant, cette solution ne satisfaisait pas la Commission du droit international, et dans le rapport qu'elle envoya à l'assemblée générale, les accords *inter se* ont trouvé place dans une disposition autonome, l'article 67, intitulé « Accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement », en vertu duquel : « 1. Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations seulement : a) Si la possibilité de pareil accord est prévue par le traité ; ou b) Si la modification en question : i) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité, ni à l'accomplissement de leurs obligations ; ii) Ne porte pas sur une disposition à laquelle une dérogation serait incompatible avec la réalisation effective des objets et des buts du traité pris dans son ensemble ; iii) N'est pas interdite par le traité / 2. Réserve faite du cas prévu à l'alinéa a du paragraphe 1, notification doit être donnée de la conclusion de tout accord de cette nature aux autres parties au traité »⁴¹¹.

Avec la rédaction d'une telle disposition, la question ne devient plus seulement procédurale mais aborde également le fond et les conditions que doivent respecter les accords *inter se* pour être licites.

On ne retrouve que peu de changements dans la version finalement retenue par la Conférence de Vienne. La plupart sont d'ordre rédactionnels et ne viennent pas modifier le fond de la disposition ni la vision doctrinale de la question. Retenons tout de même une modification apportée au paragraphe 2 concernant l'obligation de notification.

Dans la rédaction telle que retenue par la Commission en 1964, cette obligation n'était obligatoire que lorsque le traité ne prévoyait pas une telle procédure. Autrement dit, lorsque le traité initial prévoyait une procédure visant à sa modification par accord *inter se*, il n'était pas fait obligation aux États voulant le modifier par cette voie là de notifier leur ambition aux autres États parties au traité.

Mais, à la demande des gouvernements de Finlande, d'Israël et des Pays-Bas⁴¹², la Commission du droit international dans sa version finale a généralisé cette obligation de notification à toutes les situations de modification *inter se*, excepté celles où le traité libérerait explicitement les États d'une telle obligation.

Les débats autour de la modification des accords *inter se* ont donc permis de réserver cette possibilité offerte aux États à des conditions de forme et fond relativement strictes, conditions qui ont toutes leur place dans le cadre de notre étude sur les traités successifs. Auparavant, il nous est apparu impératif de mettre en exergue les questions que ni la Commission du droit international, ni la Conférence de Vienne de 1969 n'ont pu résoudre.

2 – Les questions non abordées par la codification relative aux accords *inter se*

Il est deux grandes questions que la codification sur les accords *inter se* n'a pas résolues, celle concernant les conséquences d'une opposition à la notification et celle concernant la

⁴¹⁰ ACDI 1964, vol. II, p. 47, art. 67.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 208, art. 67.

⁴¹² Voir sur ce point leurs déclarations sur la disposition dans ACDI 1966, vol. II, p. 93.

solution en cas de violation du traité initial par l'accord *inter se*.

Le paragraphe 2 de l'article relatif aux accords *inter se* prévoit l'obligation pour les parties à cet accord de notifier leur intention aux autres parties. Mais alors, quelles conséquences tirer d'une opposition d'un État tiers à l'accord *inter se* lors de cette notification. Comme M. Briggs le relevait lors de la 860^e session de la Commission : « La deuxième question concerne l'effet juridique d'une opposition qui serait faite une fois que notification aurait été donnée conformément au paragraphe 2. Si, à la suite de cette notification, un État partie au premier traité fait opposition, il s'agit de savoir si l'État qui fait opposition aura alors le droit de participer à la négociation du deuxième accord; un tel État aurait-il toujours le droit de participer à cette négociation ? Aurait-il aussi le droit d'empêcher l'exécution d'un accord *inter se* conclu malgré sa protestation ? »⁴¹³.

Ces questions ne trouveront pas de réponse claire mais le Président, lors de la même séance a précisé que : « La notification de l'intention de conclure un accord *inter se* peut déclencher des discussions, susciter des observations de la part des autres parties, qui peuvent influencer de manière heureuse les États désireux de conclure l'accord. Il vaut toujours mieux prévenir que guérir »⁴¹⁴.

De cette formulation ne ressort pas une importance capitale à une éventuelle opposition à la notification de conclure faite par un des États au traité initial. Ce non-intérêt pour la question paraît plutôt surprenant quand on sait l'attention avec laquelle la Commission s'est penchée sur la question de l'obligation de notification.

Dans un second temps, et cela est tout aussi surprenant, la Commission n'a pas paru bon de préciser les conséquences de la violation du traité initial par un accord *inter se*. Alors que comme nous allons le voir dans notre prochain développement, celle-ci a prévu des conditions d'application de fond relativement précises, les conséquences du non-respect de ces conditions n'ont pas été réglé. Cette omission semble d'autant plus étonnante que dans le projet d'article présenté par Waldock en 1964, une disposition particulière traitait de la question en ces termes (art. 69§3 b) : « Si l'entrée en vigueur d'une modification ou d'une révision d'un traité dans les relations entre certaines seulement des parties au traité constitue une violation du traité à l'égard des autres parties, celles-ci peuvent mettre fin au traité ou en suspendre l'application dans les conditions prévues à l'article 42 »⁴¹⁵.

En 2006, la Commission du droit international est venue apporter des précisions sur la question en énonçant que « il semble évident que l'accord *inter se* conclu contrairement à l'accord initial n'est pas *ipso facto* invalidé »⁴¹⁶, faisant par-là un parallèle avec les conclusions auxquelles cette même Commission était arrivée en 1966 concernant les accords successifs.

Dès lors, la conclusion d'un accord *inter se* en violation de l'article 41 ne semblerait donc pas avoir pour conséquence de rendre celui-ci nul pour les mêmes raisons qu'un traité successif ultérieur ne sera pas considéré comme nul du fait qu'il soit incompatible avec traité antérieur portant sur la même matière.

C'est également l'avis de Vesna Crnic-Grotic qui, dans un article publié en 1997, estimait que « Clearly, like an incompatible reservation [an *inter se* agreement concluded contrary to article 41] is inadmissible ; but it is null and void ? The Vienna Convention is not very clear on

⁴¹³ ACDI 1966, vol. II, part. II, p. 140, § 72.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 141, § 80.

⁴¹⁵ ACDI 1964, vol. II, p. 47, art. 69.

⁴¹⁶ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, préc., p. 179.

this point. The ILC do not adhere to the idea of nullity of an incompatible later treaty »⁴¹⁷.

Et, comme dans le cadre des accords successifs, il semble que la seule issue pour les États qui voient certaines parties à un traité multilatéral conclure un accord *inter se* en violation de l'article 41 soit d'engager leur responsabilité.

Finalement, ce mécanisme rejoint sur ce point largement celui qui préside la matière des accords successifs et donc les mêmes critiques peuvent être émises.

Cependant, contrairement aux accords successifs, nous allons désormais voir que les accords *inter se* doivent, eux, répondre à des critères de fond plus stricts pour être licites.

§ II – Les conditions d'admissibilité des accords *inter se*

L'article 41 de la Convention de Vienne finalement adopté se lire comme suit : « 1. Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement : a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité; ou b) Si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle : i) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations ; et ii) Ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble. / 2. À moins que, dans le cas prévu à l'alinéa a du paragraphe 1, le traité n'en dispose autrement, les parties en question doivent notifier aux autres parties leur intention de conclure l'accord et les modifications que ce dernier apporte au traité ».

Comme l'a précisé la Commission du droit international dans son rapport de 2006, « l'article 41 cherche un compromis entre deux exigences, celle de répondre aux besoins d'un nombre limité de parties qui souhaitent régler leurs relations par des règles *inter se* et celle d'autoriser les autres parties à continuer d'appliquer le régime conventionnel sous sa forme initiale »⁴¹⁸.

Pour ce faire donc, l'article 41 reconnaît la possibilité pour certaines parties à un traité multilatéral de conclure un accord *inter se*, tout en le soumettant à des conditions strictes, conditions que l'on peut diviser selon que le traité autorise dans ses dispositions la conclusion d'un accord *inter se* (A) ou qu'il ne l'interdise pas (B).

A – Autorisation par le traité initial de conclure des accords *inter se*

Cette situation est régie par l'article 41§1 a) qui, au premier abord, semble relativement clair et univoque. Mais deux questions peuvent cependant se poser. Faut-il que la modification *inter se* soit explicitement prévue par le traité ou peut-elle être implicite? Et de quelle façon doit être rédigée cette clause ?

Concernant la première question, un raisonnement interprétatif nous permet d'y répondre facilement. C'est l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 qui vient poser les critères pour interpréter les dispositions d'un traité. Selon cet article, pour interpréter fidèlement une disposition, il faut interpréter le « sens ordinaire à attribuer aux termes du

⁴¹⁷ V. Crnic-Grotic, Object and purpose of treaties in the Vienna Convention, *AsYIL* 1997, p. 151.

⁴¹⁸ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 170.

traité »⁴¹⁹.

Dès lors, en interprétant selon cette méthode l'article 41§1 b) qui envisage l'hypothèse du silence du traité, nous pouvons conclure sans trop nous avancer qu'une situation d'autorisation implicite relèverait de cet alinéa b). C'est pourquoi l'article 41§1 a) quant à lui nécessite une autorisation explicite de la part du traité initial.

Concernant le contenu de la clause autorisant modification *inter se*, il ressort de l'article 41 qu'il n'est fait aucune obligation pour les États d'en préciser l'éventuel contenu, une simple disposition autorisant la dérogation par voie *inter se* étant suffisante. À ce titre, certaines conventions se contentent de reprendre presque textuellement la lettre de l'article 41 de la Convention de Vienne comme par exemple la Convention de Montego Bay et son article 311§3⁴²⁰. En outre, cette liberté du contenu de la clause apparaît intéressante et dans la pratique, on observe que les États ne permettent pas ces dérogations avec le même degré de précision. Dans le cadre de notre étude, nous distinguerons cinq types de clauses différentes.

Premièrement, il arrive que le traité multilatéral initial prévoit la possibilité de modification *inter se* par les parties sans autre précision. C'est notamment l'article 16 de la Convention de New York sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale⁴²¹ de 1966 qui dispose que : « [L]es dispositions de la présente Convention concernant les mesures à prendre pour régler un différend ou liquider une plainte s'appliquent sans préjudice des autres procédures de règlement des différends ou de liquidation des plaintes en matière de discrimination prévues dans des instruments constitutifs de l'Organisation des Nations Unies et de ses institutions spécialisées ou dans des conventions adoptées par ces organisations, et n'empêchent pas les États parties de recourir à d'autres procédures pour le règlement d'un différend conformément aux accords internationaux généraux ou spéciaux qui les lient ».

Cette article ouvre la possibilité aux États parties de conclure des accords *inter se* sans préciser quelconque condition à leur validité.

Deuxièmement, certaines conventions viennent délimiter la possibilité de modification *inter se* offerte à leurs parties aux seules modifications qui soient compatibles avec l'ensemble des dispositions du traité initial. Ce type d'autorisation peut sembler relativement paradoxal puisque l'objectif d'un accord *inter se* étant de modifier le régime juridique mutuel des parties l'ayant accepté, limiter son exercice à la compatibilité avec l'ensemble des dispositions du traité pourrait être perçu comme une interdiction implicite. Dans tous les cas, il n'en reste pas moins que certaines conventions le prévoient, et c'est notamment celui de la Convention de Chicago sur l'aviation civile internationale qui, à son article 83, dispose que, « sous réserve des dispositions de l'article précédent, tout État contractant peut conclure des arrangements qui ne soient pas incompatibles avec les dispositions de la présente Convention »⁴²².

Troisièmement, il est des traités qui, bien qu'autorisant la possibilité de modification *inter se*, enferment celle-ci dans des conditions strictes et devant répondre à certaines exigences qui auront pour effet de guider les États. C'est notamment le cas de l'article XXIV du

⁴¹⁹ Convention de Vienne, 1969, préc., art. 31 : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

⁴²⁰ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 déc. 1982, entrée en vigueur le 16 nov. 1994, art. 311.

⁴²¹ Convention de New York sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale, New York, 7 mars 1966, entrée en vigueur le 4 janv. 1969.

⁴²² Convention relative à l'aviation civile internationale, Chicago, 7 déc. 1944, entrée en vigueur le 4 avr. 1947, art. 83.

GATT⁴²³, « Application territoriale – Trafic frontalier – Unions douanières et zones de libre-échange ». Sans faire une analyse en profondeur de tout ce qu'entraîne cette disposition phare du GATT, son alinéa 5 prévoit que toute modification *inter se* ne doit pas avoir pour effet de rendre plus strictes les obligations commerciales antérieures et l'alinéa 8, quant à lui, vient définir très précisément les formes que peuvent prendre les unions douanières ou zones de libre échange. Dès lors, via le GATT, il est certes permis aux États de conclure des accords *inter se* dans le but de modifier certaines parties de celui-ci, mais ces modifications sont soumises à des conditions de fond et de formes strictes.

Quatrièmement, certains traités autorisent des modifications *inter se* dans les relations entre leurs parties lorsque celles-là se limitent à compléter ou faciliter l'application du traité initial. En pratique, c'est le cas de bon nombre de législations conclues sous les auspices du Conseil de l'Europe. À l'instar de la Convention du Conseil de l'Europe sur la garde des enfants qui dispose en son article 20§2 que : « Lorsque deux ou plusieurs États contractants ont établi ou viennent à établir une législation uniforme dans le domaine de la garde des enfants ou un système particulier de reconnaissance ou d'exécution des décisions dans ce domaine, ils auront la faculté d'appliquer entre eux cette législation ou ce système à la place de la présente Convention ou de toute partie de celle-ci »⁴²⁴.

Enfin, c'est finalement dans le cadre communautaire que le système des accords *inter se* est le plus institutionnalisé. Alors que les traités de Paris et de Rome interdisaient toute possibilité de déroger aux obligations communautaires par la voie d'accords *inter se*, l'évolution du droit international a incité les rédacteurs du traité d'Amsterdam à insérer les articles 43§1 et 11 TUE⁴²⁵ qui autorisaient la passation d'accords *inter se* entre les États membres tout en l'enfermant dans des conditions extrêmement strictes. Ces dispositions ont subi de légères modifications *via* les traités de Nice et Lisbonne mais le fond reste le même. Aujourd'hui, ce sont les articles 20 TUE et 326 à 334 TFUE⁴²⁶ qui traitent de la question sous l'intitulé « coopération renforcée », ce qui laisse déjà entrevoir les limites de la marge de manœuvre laissée aux États. En effet, pour qu'une disposition de coopération renforcée soit acceptée dans le cadre de l'Union européenne, il faut tout d'abord que celle-ci respecte l'objet et le but des traités communautaires et le principe de répartition des compétences et qu'elle ne porte pas atteinte aux droits des autres États membres.

Mais aussi, une coopération renforcée dans le cadre de l'Union ne sera acceptée que s'il est prouvé par les États voulant l'instaurer que l'Union ne peut pas parvenir à un tel résultat dans un délai raisonnable, et qu'elle réunit au moins neuf États membres. Ces conditions très strictes de l'Union européenne peuvent s'expliquer par le caractère intégré particulier de cette organisation internationale. Un exemple de coopération renforcée peut être trouvé dans le Règlement du Conseil de 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation des corps, applicable initialement dans quatorze États membres⁴²⁷, permettant aux citoyens voulant divorcer de choisir la législation qui régira leur divorce⁴²⁸.

⁴²³ General Agreement on Tariffs and Trade.

⁴²⁴ Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, Luxembourg, 20 mai 1980, entrée en vigueur le 1^{er} sept. 1993, art. 25.

⁴²⁵ Ci-après TUE.

⁴²⁶ Ci-après TFUE.

⁴²⁷ Belgique, Bulgarie, Allemagne, Espagne, France, Italie, Lettonie, Luxembourg, Hongrie, Malte, Autriche, Portugal, Roumanie et Slovénie.

⁴²⁸ Règlement du Conseil mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, Bruxelles, 20 déc. 2010, entré en vigueur 30 déc. 2010, n° 1259/2010.

En définitive, lorsque les États insèrent dans les traités multilatéraux des clauses relatives aux accords *inter se*, celles-ci établissent souvent des conditions bien plus strictes que celles de la Convention de Vienne de 1969. Mais, comme le relevait la Commission du droit international en 2006, « dans la plupart des cas, les traités ne contiennent pas de clauses permettant ou interdisant les accords *inter se*, si bien qu'il faudra déterminer la faculté des parties de conclure de tels accords en fonction des critères énumérés à l'article 41 »⁴²⁹.

C'est pourquoi il convient désormais de s'intéresser aux situations dans lesquelles les traités restent muets quant à leur faculté d'être modifiés par accords dérogatoires entre certaines de leurs parties seulement.

B – L'absence d'interdiction des accords *inter se*

Selon l'article 41§1 b), une possibilité est également offerte aux parties à un traité multilatéral de conclure un accord *inter se* dès lors que celui-ci ne l'interdit pas explicitement. Effectivement, si le traité initial interdit de façon formelle la conclusion de toute dérogation au traité initial, la conclusion d'un accord *inter se* serait vue comme une violation du traité initial. Dès lors, les parties tierces à l'accords portant modification illicite du traité pourraient mettre en œuvre les dispositions de l'article 60 de la Convention de Vienne dans le but de suspendre ou d'éteindre l'application du traité premier entre elles et les parties à l'accord *inter se*. Il leur serait également reconnu la possibilité d'engager la responsabilité internationale de ces dernières pour violation de leurs obligations conventionnelles. Cependant, encore une fois, dans la logique des raisonnements qui ont prévalu lors des débats sur les traités successifs, il ne sera pas possible pour les États non-parties à l'accords *inter se* de réussir à rendre celui-ci invalide.

Comme exemple de disposition excluant toute possibilité de conclusion d'accords dérogations ultérieurs, on peut citer le paragraphe 6 de l'article 311 de la Convention de Montego Bay précitée qui dispose que : « Les États Parties conviennent qu'aucune modification ne peut être apportée au principe fondamental concernant le patrimoine commun de l'humanité énoncé à l'article 136 et qu'ils ne seront parties à aucun accord dérogeant à ce principe »⁴³⁰.

Outre cette exception, si le traité multilatéral n'interdit pas la conclusion d'accords *inter se*, deux conditions sont alors posées par l'article 41 pour que ces derniers soient valides.

La modification ne doit tout d'abord pas affecter la jouissance par les autres parties des droits obligations qu'elles tiennent du traité ni l'exécution de leurs obligations. Cette condition semble être le corollaire logique de l'effet relatif des traités puisque, pour les parties au traité initial n'ayant pas participé à la modification, l'accords *inter se* reste *res inter alios acta*. Comme est venu l'expliquer la Commission en 2006, « [l]es effets juridiques d'un accord *inter se* sont limités aux parties, lesquelles restent liées par le traité initial et doivent continuer à l'honorer dans leurs relations avec les autres parties comme si l'accord *inter se* n'existait pas »⁴³¹. Cette condition ne nécessite pas de plus amples commentaires tant sa logique découle d'un principe cardinal du droit international général.

⁴²⁹ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 177.

⁴³⁰ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, préc., art. 311§6.

⁴³¹ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 171.

En second lieu, la modification *inter se* ne doit pas porter sur une disposition dont la modification viendrait vicier l'objet et le but du traité. Cette obligation ne porte pas non plus à grande controverse, mise à part la question de la détermination de la notion d'objet et de but du traité⁴³².

C'est la Cour internationale de justice qui a rappelé l'obligation de conformité à l'objet au but du traité, dans l'affaire des réserves de 1951, où elle énonça que : « On peut également considérer comme un principe reconnu que toute convention multilatérale est le fruit d'un accord librement intervenu sur ses clauses et qu'en conséquence il ne peut appartenir à aucun des contractants de détruire ou de compromettre, par des décisions unilatérales ou par des accords particuliers, ce qui est le but et la raison d'être de la convention »⁴³³.

Il est intéressant de noter que la Commission du droit international dans son rapport de 2006 sur la fragmentation du droit international est venu, dans le cadre d'une étude sur les accords *inter se*, opérer une distinction en reprenant celle réalisée entre les différents types de traités par Lauterpacht. Elle a considéré que : « [C]e sont surtout des accords *inter se* qui modifient des traités contenant des obligations de type non réciproque ("intégral", "interdépendant" ou "absolu") qui risquent d'affecter la réalisation de l'objet et du but du traité et qui sont ainsi interdits par le paragraphe 1 b) ii) de l'article 41 de la Convention de Vienne »⁴³⁴.

Un traité multilatéral établissant des relations de types réciproques pourrait plus facilement accepter des modifications *inter se* puisque considérées comme un développement du traité n'affectant que les relations des parties à la modification. Cette exclusivité d'affection sera en revanche plus compliquée à prouver dans le cadre de relations interdépendantes ou intégrales.

Pour conclure sur l'apport de l'article 41 quant à la résolution des conflits normatifs, un bilan mitigé s'impose. D'un côté, la conclusion d'accords *inter se* semble être soumise à des conditions de validité plus strictes que celles des accords successifs. De ce fait, on pourrait considérer que cela vienne amoindrir grandement les possibilités de conflit entre les traités successifs que constituent un accord *inter se* et le traité multilatéral original auquel il se réfère.

D'un autre côté, l'absence de réelle procédure permettant la suppression d'un accord *inter se* qui serait conclu en violation de ces mêmes conditions nous oblige à relativiser l'apport de cette disposition. En effet, un problème de complicité pourrait surgir, tout comme dans le cadre de l'article 30 entre deux parties qui, mécontentes des obligations qu'elles doivent honorer dans le cadre d'un traité multilatéral A, décident de conclure entre elles un accord portant modification de ce traité A en violation de celui-ci. Ne resterait aux autres parties au traité multilatéral, outre le recours subsidiaire à la responsabilité, comme seul choix que de dénoncer ce traité A dans leurs relations avec les deux États parties à l'accord *inter se*. La situation finale sera donc à l'avantage des parties à l'accord *inter se* qui ne seront désormais plus liées par le traité A sans pour autant avoir eu à lancer une procédure de dénonciation.

⁴³² V., pour une étude approfondie de la question, le dixième rapport d'Alain Pellet sur les réserves aux traités, Doc. A/CN.4/558 et Add. 1 et 2, 2005, p. 7s.

⁴³³ CIJ, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., p. 21.

⁴³⁴ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international*, préc., p. 175.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

On ne peut nier les avancées permises par la codification du droit des traités concernant la résolution de conflits successifs, tant dans le cadre de l'article 30 que dans celui de l'article 41.

Il est désormais possible de faire une synthèse des différentes situations dans lesquelles un conflit entre normes successives peut apparaître et les dispositions qui seront appliquées pour leur résolution.

Dans le cadre tout d'abord d'un conflit de traités successifs impliquant les mêmes parties, nous avons vu que la question était réglée par l'article 30§3 de la Convention de Vienne.

Ensuite, dans le cadre d'un conflit de traités successifs impliquant seulement un groupe restreint de participants au traité antérieur, l'article 41 s'applique.

De plus, dans le cadre d'un conflit entre normes successives impliquant des parties différentes et non simplement un cercle restreint du traité antérieur, c'est l'article 30§4 qui entrera en jeu.

L'objectif de la Convention de Vienne d'offrir un cadre juridique au problème des conflits issus de la successivité de conventions sur la même matière semble être atteint.

Cependant, nous ne pouvons pas faire abstraction des zones d'ombres laissées par la codification quant à la résolution de certaines questions. Nous avons mis en lumière dans le cadre de ce premier titre la fragilité des raisonnements établis par cette codification. D'une part, la grande importance accordée aux clauses de conflits au sein de l'article 30 permettant sa dérogation et l'insistance de la Commission à vouloir conserver cette notion au sein même de la disposition relative aux traités successifs semble prouver la volonté de voir de telles clauses déroger aux dispositions de la codification. D'autre part, les États ont de plus en plus tendance à inclure dans les traités multilatéraux des dispositions relatives aux éventuelles modifications *inter se*, dérogeant par là aux principes énoncés par l'article 41.

La stratégie d'évitement des dispositions de la Convention de Vienne relative aux questions des traités successifs additionnée aux faibles apports de ces mêmes dispositions, quant à la résolution des conflits n'impliquant pas les mêmes personnes ou à celle des problèmes issus de l'illicéité d'un accord *inter se*, nous ont amené à qualifier l'apport de la Convention de Vienne de relatif.

Notre dernier chapitre portera tant sur la pratique des États que sur les solutions offertes par la doctrine pour une résolution pragmatique des traités successifs.

CHAPITRE 2 – LES SOLUTIONS SUPPLÉANT L'APPORT RELATIF DE LA CODIFICATION

Le droit international général et la codification permettent de résoudre une part importante des conflits de traités successifs. Cependant, nos développements ont démontré qu'il existe des typologies de conflits irrésolues. Pour combler ce vide normatif, le droit des traités pousse les sujets du droit international à rédiger des clauses de conflits préventives (Section 1). Or cette pratique bien qu'efficace connaît elle aussi des limites. C'est pourquoi, la doctrine s'est emparée de la question pour tenter de dégager des solutions générales qui permettraient de résoudre, semble-t-il, l'entièreté de la problématique (Section 2).

SECTION 1 – LES SOLUTIONS ISSUES DE LA PRATIQUE ÉTATIQUE

Les États, pour prévenir au maximum la survenance de conflits entre les traités qu'ils ratifient tendent de plus en plus à y insérer des dispositions prévoyant leurs relations avec les traités préexistants ou futurs. Cette pratique, codifiée comme nous l'avons vu à l'article 30§2 des Conventions de Vienne sur le droit des traités, est d'une importance capitale. Comme le rappelle la Commission du droit international dans son rapport de 2006, « vu l'indécision du droit général des conflits entre normes successives et les formules généralement non restrictives de l'article 30 de la Convention de Vienne, il semble important que les États donnent dans les traités eux-mêmes des indications sur ce qu'il convient de faire avec les traités postérieurs ou antérieurs en conflit »⁴³⁵.

Ces clauses constituent un des outils majeurs de la résolution de conflits successifs et il est nécessaire d'en examiner la nature. C'est pourquoi, après avoir étudié la pratique générale des clauses de conflits (§ I), nous nous arrêterons sur l'exemple atypique de la pratique de l'Union européenne en la matière (§ II).

§ I – La pratique des clauses de conflits

Les clauses de conflits semblent être la solution idéale, car permettant de prévenir la survenance de tout conflit entre traités en établissant un ordre de priorité préalable. Cependant, bien que séduisante, cette pratique n'est pas exempte de toute limite. Après l'examen de la typologie des différentes clauses de conflits que l'on retrouve en droit des traités (A), nous étudierons l'ombre au tableau que constitue la question des clauses inter-régimes (B).

A – La typologie des clauses de conflits

Plusieurs auteurs se sont intéressés à la typologie des clauses de conflits insérées dans les conventions internationales⁴³⁶. À la lecture des différents écrits en la matière, il ressort que tous ne sont pas d'accord sur la catégorisation des clauses à prendre en compte pour rendre pleinement compte de la pratique. Certains opérant parfois des différenciations qui nous apparaissent quelque peu superficielles, nous avons tout de même réussi à déceler dans la doctrine une distinction régulière et acceptée entre deux sortes de clauses. D'un côté, les

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 146.

⁴³⁶ V. entre autres, J. Salmon, Les antinomies en droit international public ; Ch. Rousseau, De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international ; E. Roucounas, Engagements parallèles et contradictoires ; C. Borgen, Resolving treaty conflicts ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*

clauses que nous qualifierons de « compatibilité » (1) et, d'un autre, celles considérées comme étant de « supériorité » (2). C'est par souci de clarté que nous avons procédé à une telle distinction, d'autant que cela permet, nous semble-t-il, une retranscription fidèle de la pratique.

Toutefois, il convient de préciser à titre liminaire qu'il sera exclu de notre étude les clauses dites d'abrogation qui viennent substituer l'application d'un régime à un nouveau, rendant le premier caduc. En effet, comme le rappelle Emmanuel Roucounas, le cas des clauses d'abrogation « ne rentrent pas techniquement dans les prévisions de l'article 30, puisque celui-ci est appelé à régir la coexistence et le conflit entre traités en vigueur »⁴³⁷. Charles Rousseau est également du même avis estimant qu'« il n'y a pas à insister outre-mesure sur les clauses d'abrogation expresses (...) la substitution d'un régime juridique à un autre, lorsqu'elle s'accomplit par voie conventionnelle, ne peut soulever aucune difficulté : *stricto sensu*, elle ne rentre même pas dans le cadre du problème de l'incompatibilité »⁴³⁸. Ces clauses d'abrogation, puisque substituant de façon pérenne pour l'avenir l'application d'un traité à un autre, ne rentrent pas dans le cadre des traités successifs, celui-ci nécessitant que les deux traités soient en vigueur.

1 – Les clauses de conflits dites de « compatibilité »

Le principe de la clause de conflit de compatibilité consiste à soumettre les dispositions du traité qui la contient aux dispositions des traités préexistants, voire futurs qui traiteront de la même matière. Autrement dit, le traité contenant la clause de compatibilité ne sera applicable, en cas de conflit, que si ses dispositions sont en accord avec le traité auquel il s'oppose. Dans le cas contraire, il devra alors s'incliner et offrir priorité d'application aux autres traités.

Pour Anthony Aust, ce type de clauses est souvent rédigé comme exprimant que « an existing treaty shall not be affected »⁴³⁹. À l'exemple de l'article 90 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises qui dispose : « La présente Convention ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention, à condition que les parties au contrat aient leur établissement dans des États parties à cet accord »⁴⁴⁰.

Ces clauses de conflits ont une double utilité. Comme le précise Charles Rousseau, « les déclarations de compatibilité interviennent normalement soit pour légitimer les dérogations éventuelles par voie bilatérale à un traité collectif, soit au contraire pour confirmer qu'aucune antinomie n'existe entre deux traités »⁴⁴¹. Dans son étude, l'auteur opère constamment une distinction entre traités collectifs et traités bilatéraux qui rappelle la distinction d'obligation qu'envisageait Lauterpacht lors des travaux de la Commission sur l'article 30. Or, nous le savons, ces distinctions n'ont plus lieu d'être en matière de droit des traités. C'est pourquoi il convient de passer outre les précisions de Charles Rousseau en la matière. Toutefois, son raisonnement permet néanmoins de déceler la double fonction des déclarations de compatibilité. Lorsque deux traités sont en conflit et que l'un d'eux contient une déclaration de compatibilité, il sera nécessaire dans un premier temps d'interpréter les obligations des deux traités pour tenter d'en faire une application concomitante. Ce n'est que dans l'hypothèse où les obligations des deux traités ne seront pas conciliables que les dispositions du traité contenant la clause devront être

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 88-89.

⁴³⁸ Ch. Rousseau, De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international, préc., p. 155.

⁴³⁹ A. Aust, *Modern treaty law and practice*, op. cit., p. 176.

⁴⁴⁰ Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 11 avr. 1980, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 1988.

⁴⁴¹ Ch. Rousseau, De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international, p. 156.

écartées.

L'avantage de cette clause de compatibilité ressort alors nettement. En effet, dans le meilleur des cas, les deux traités trouveront à s'appliquer de façon simultanée sans mettre donc à mal la volonté des parties de voir leurs engagements conventionnels respectés. Dans le pire des cas, l'un des traités devra sursoir à s'appliquer suivant le schéma prévu par la clause de conflit.

De son côté, Christopher Borgen estime possible de subdiviser cette catégorie de clause de compatibilité entre quatre « sous-clauses » selon le degré de soumission que les parties au traité ont voulu lui conférer. Il considère que cette clause de compatibilité peut être entendue comme signifiant : « (1) existing treaties prevail; (2) existing or future treaties giving greater benefits prevail; (3) present treaty is modified to conform to a future treaty; and (4) supplementary agreements, not necessarily consistent with the present treaty, are permitted »⁴⁴².

Finalement, ces clauses de compatibilité sont celles qui furent prévues par les rédacteurs de la Convention de Vienne à l'article 30§2. Mais, dans la pratique, les États, nous l'avons vu, se sont autorisés à la rédaction de clauses quelque peu différentes qui appellent à plus de critiques.

2 – Les clauses de conflit dites de « supériorité »

Ces clauses de conflit de supériorité ont pour effet de donner la préséance aux traités qui les contiennent sur les autres engagements conventionnels, antérieurs ou postérieurs qui seraient incompatibles avec leurs dispositions. La clause de référence en la matière reste l'article 103 de la Charte des Nations Unies qui offre une priorité d'application aux obligations des membres découlant de la Charte sur tout autre obligation. Un autre exemple peut être trouvé à l'article 8 du traité de l'Atlantique Nord qui dispose que « chacune des parties déclare qu'aucun des engagements internationaux actuellement en vigueur entre États n'est en contradiction avec les dispositions du présent Traité et assume l'obligation de ne souscrire aucun engagement international en contradiction avec le Traité »⁴⁴³.

Ce type de clause, selon Hans Blix et Jirina Emerson, peut être rédigé de six manières différentes toute influant sur la supériorité du traité. En effet selon eux, cette clause peut prévoir que : « (1) The present treaty prevails over all other treaties; (2) the present treaty prevails over all earlier treaties; (3) the present treaty prevails over earlier treaties for parties to the present treaty; (4) the parties to the present treaty undertake an obligation not to enter into later treaties inconsistent with the present one; (5) supplementary agreements are permitted only if they are compatible with the present treaty; and (6) the parties to the present treaty undertake an obligation to modify existing treaties that they may have with third parties »⁴⁴⁴.

Charles Rousseau parlait lui de « régime d'incompatibilité » et prenait pour exemple l'article 20 du Pacte de la Société des Nations. Cependant, il venait en relativiser la portée en expliquant que « l'article 20 malgré la rigueur de la sanction qu'il établit, n'a pourtant qu'une efficacité limitée. Cette efficacité, absolue dans les rapports des États membres entre eux, se heurte en effet à la règle *res inter alios acta* en ce qui concerne les traités conclus entre un État

⁴⁴² C. Borgen, *Resolving treaty conflicts*, préc., p. 585.

⁴⁴³ Traité de l'Atlantique Nord, Washington DC, 4 avr. 1949, entré en vigueur le 24 août 1949.

⁴⁴⁴ H. Blix, J. Emerson, *Treaty Maker s Handbook*, New York, Oceana Publications, 1973, p. 210-217.

membre et un État tiers »⁴⁴⁵.

La conclusion que tirait Charles Rousseau n'est pas surprenante et est toujours d'actualité. En effet, il semble logique que des États puissent librement insérer des clauses de conflit de supériorité dans les traités qu'ils rédigent. Cependant, ce serait une atteinte au principe fondamental de l'effet relatif des traités que de vouloir offrir une priorité aux obligations issues des dits traité sur tout autre obligation, incluant par là-même les engagements qu'ont les États parties au traité avec des États tiers à ce même traité. Nous avons déjà soulevé cette problématique en première partie lorsqu'il s'agissait de déterminer l'effet *ratione personae* de l'article 103 de la Charte des Nations Unies.

Une première limite à la pratique des clauses de conflits consiste donc en la limitation qu'apporte le respect du principe de l'effet relatif des traités. La Commission du droit international le souligne, elle aussi, en estimant que « [b]ien que de telles clauses soient sans aucun doute utiles, elles ont des effets limités. Elles ne peuvent par exemple affecter les droits de tierces parties ni intervenir dans l'application du *jus cogens* ou d'autres principes hiérarchiques »⁴⁴⁶.

Il ressort donc que ces clauses de conflit permettent la résolution d'éventuels conflits de traités successifs, mais elles ne peuvent pas résoudre tout conflit.

De plus, il est intéressant à ce stade de citer Jean Salmon qui estime que « ces clauses ne sont que pures précautions verbales et, s'il existe une réelle incompatibilité entre les dispositions conventionnelles nouvelles et les dispositions conventionnelles anciennes, ces clauses n'auront pas pour effet de supprimer le problème sur le plan du droit »⁴⁴⁷.

Aussi, des clauses de conflits insérées dans deux traités différents peuvent également rentrer en conflit. La Commission du droit international relève cette problématique en ce qu'elle rappelle que « les clauses de conflit peuvent parfois entrer elles-mêmes en conflit ou s'annuler. On doit alors recourir aux principes généraux du règlement des conflits »⁴⁴⁸.

On peut prendre pour exemple l'article 22 de la Convention sur la diversité biologique de 1992 qui dispose que : « 1. Les dispositions de la présente Convention ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour une Partie contractante d'un accord international existant, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations causait de sérieux dommages à la diversité biologique ou constituait pour elle une menace. / 2. Les Parties contractantes appliquent la présente Convention, en ce qui concerne le milieu marin, conformément aux droits et obligations des États découlant du droit de la mer »⁴⁴⁹.

En mettant en parallèle le paragraphe 1 de cette disposition avec l'article 311§3 de la Convention de Montego Bay, il est possible d'y voir une hypothèse de conflit, notamment dans le cas où les principes fondamentaux de la Convention de Montego Bay viendraient à constituer une menace pour la protection de la biodiversité. Face à une telle situation, les deux clauses de conflit prôneraient la supériorité de leur texte, ce qui viendrait dès lors annihiler toute leur effectivité.

En réalité, la contrariété entre ces deux dispositions peut venir du manque de clarté de

⁴⁴⁵ Ch. Rousseau, De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international, préc., p. 162.

⁴⁴⁶ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, préc., p. 148-149.

⁴⁴⁷ J. Salmon, Les antinomies en droit international public, préc., p. 295.

⁴⁴⁸ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international*, préc., p. 149-150.

⁴⁴⁹ Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, entrée en vigueur le 23 déc. 1993.

l'article 22. Il apparaît évident que l'objectif de cette disposition soit de permettre une intégration systémique de la Convention, cependant, il semble plus difficile de déduire de quelle façon cette intégration doit être réalisée.

Il arrive bien souvent que certaines clauses manquent de clarté à tel point qu'on ne puisse réellement déduire quelles étaient les intentions des rédacteurs quant au sort à réserver au traité. Cette situation est récurrente en ce qui concerne les clauses dites « inter-régimes ».

B – Les clauses inter-régimes

Les clauses inter-régimes sont des clauses qui permettent en principe d'apporter des solutions aux conflits les plus aigus, à savoir les incompatibilités entre traités relevant de deux sphères juridiques différentes. Ces clauses de conflits sont bien souvent rédigées de telle sorte qu'on ne puisse réellement en déduire une quelconque solution. Le cas des contradictions survenues dans les relations entre régimes du droit de l'environnement et du droit du commerce international illustreront nos propos. L'exemple du préambule du Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques est frappant d'indécision : « [E]stimant que les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable, / Soulignant que le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur, / Considérant qu'il est entendu que le présent préambule ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux »⁴⁵⁰.

Il ressort de ce préambule que les rédacteurs n'ont pas désiré disposer trop précisément des relations que devraient entretenir les régimes du droit de l'environnement et du droit du commerce. D'un côté, ils considèrent que ce Protocole ne doit pas être interprété comme modifiant des accords antérieurs. Cette première partie de la clause de conflit semblerait devoir appartenir aux clauses dite de compatibilité. Or, dans l'alinéa suivant, il est précisé que le Protocole ne doit en aucun cas être subordonné à l'application d'autre accord, ce qui placerait alors la clause dans la catégorie des clauses de priorité.

Un autre exemple peut être trouvé dans le préambule au Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture selon lequel : « [A]ffirmant que rien dans le présent Traité ne doit être interprété comme entraînant, de quelque manière que ce soit, une modification des droits et obligations afférents aux Parties contractantes au titre d'autres accords internationaux ; / Considérant que l'exposé ci-dessus n'a pas pour objet d'établir une hiérarchie entre le Traité et d'autres accords internationaux »⁴⁵¹.

L'indécision des rédacteurs quant aux relations que ce traité entretient avec les autres instruments juridiques déjà en vigueur ou à venir est une nouvelle fois bien présente.

Par le biais de ces clauses, les États reconnaissent certes l'existence de possibles conflits, mais les clauses de conflits qui sont rédigées pour en permettre la résolution n'en sont pas vraiment. En réalité, ces dispositions n'ont d'autre effet que de reporter la problématique au jour où le conflit surgira. Alors que l'objectif d'une clause de conflit est en principe de permettre d'offrir une solution *a priori*, les clauses précitées ne font que déléguer la problématique.

⁴⁵⁰ Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la convention sur la diversité biologique, Montréal, 29 janv. 2000, entré en vigueur le 11 sept. 2003.

⁴⁵¹ Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, Rome, 3 nov. 2001, entré en vigueur le 20 févr. 2005.

Cependant, de telles clauses peuvent être compréhensibles en ce qu'elles permettent de ménager les intérêts des différents acteurs de la scène internationale. Il ressort de ces clauses qu'il est préférable d'envisager les relations entre traités issus de régimes différents de façon globale, l'objectif étant une intégration systémique, une complémentarité de ces différents régimes.

Or, comme le souligne très justement la Commission du droit international : « [C]ela peut marcher entre traités relevant d'un même régime, partageant un objet et un but similaires ou un système de valeurs parallèles – entre des instruments environnementaux ou commerciaux *inter se* par exemple. Mais on ne saurait partir *a priori* du principe que les parties à des traités ne relevant pas du même régime, à des traités qui visent des solutions concrètement incompatibles ou sont inspirés par des objectifs très différents (voire diamétralement opposés) dans des situations assimilées à des jeux à somme nulle partagent le même état d'esprit »⁴⁵².

Il est en effet plus aisé de concilier deux instruments issus d'un même régime car ils ont généralement, *in fine*, les mêmes objectifs (à savoir la protection de l'environnement pour un traité issu du droit de l'environnement et la libéralisation des échanges pour un traité issu du droit du commerce international). Cependant, il n'est pas difficile de comprendre les divergences que peuvent connaître des textes traitant d'une matière distincte, l'un ayant pour finalité la protection de l'environnement et l'autre la libéralisation du commerce.

La stratégie des États de reléguer à plus tard la question de la relation du traité en question avec les instruments issus de régimes différents vient donc transférer la charge de la décision sur l'interprète. Cette solution, qui peut paraître acceptable dans l'hypothèse de conflit d'instruments issus d'un même régime, ne l'est plus lorsqu'il s'agit de confrontations inter-régimes, et ce pour une raison simple. Dans ce genre d'hypothèses, si l'organe en charge de déterminer le traité qui doit être appliqué en priorité est étroitement lié à l'un ou l'autre des régimes en conflits, l'objectivité et l'impartialité dans la prise de décision ne pourra être que relative. L'exemple de l'ORD de l'OMC en est la preuve. Pour des raisons tout à fait compréhensibles, il apparaîtrait délicat que l'ORD en vienne à écarter un traité commercial au profit d'une norme environnementale. Dans un sens contraire, une deuxième problématique peut surgir de la situation où l'ORD de l'OMC en viendrait à résoudre un conflit entre traité de l'environnement et traité du commerce.

Christopher Borgen traitant du possible conflit existant entre le Protocole sur la biodiversité et l'OMC, énonce dans ce sens que, « if a party sought review by the WTO Dispute Resolution Board, would that tribunal be competent – either in the jurisdictional sense or in the broader sense of having the necessary expertise – to assess the Biosafety Protocol and its relationship to the relevant WTP agreements ? »⁴⁵³.

Autrement dit, l'auteur soulève la problématique de la compétence, tant juridique que technique, de l'ORD de l'OMC à interpréter une norme environnementale.

Pour résumer les clauses inter-régimes constituent certes un mécanisme important de résolution des conflits de traités successifs car elles permettent en principe de résoudre les conflits les plus complexes mais, la pratique qui en est faite actuellement par les États n'apparaît pas concluante.

⁴⁵² ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, préc., p. 153-154.

⁴⁵³ C. Borgen, *Resolving treaty conflicts*, préc., p. 614-615.

Comme l'exhorte la Commission du droit international dans son rapport de 2006, « aussi est-il recommandé de rédiger les dispositions clefs des traités multilatéraux (...) en termes suffisamment clairs pour qu'elles ne soient pas remises en question au stade de l'application »⁴⁵⁴. C'est ce que semble avoir fait l'Union européenne.

§ II – L'exemple atypique proposé par l'Union européenne

Du fait de son caractère intégré, l'Union européenne a su, au fil des réformes qu'ont connues ses traités constitutifs, se doter d'un arsenal normatif établissant la primauté de son droit. Il semble intéressant de revenir sur deux pratiques de l'Union en la matière. Tout d'abord l'originalité des clauses de conflit insérées dans ses traités constitutifs (A), puis une pratique relativement récente, mais qui soulève certaines questions, la clause de déconnexion (B).

A – Les clauses de conflit des traités communautaires

Comme l'ont relevé Alain Pellet, Mathias Forteau et Patrick Daillier face aux mécanismes de prévention des conflits que peuvent constituer ces clauses de conflit, « c'est dans le cadre communautaire que le système est le plus nettement institutionnalisé »⁴⁵⁵.

Pour permettre une analyse claire des mécanismes permettant la résolution des conflits entre traité communautaire et autres traités internationaux, il importe de faire la distinction entre deux situations selon que le traité en conflit avec les obligations communautaires a été conclu ou non entre États membres.

1 – Cas d'un traité conclu entre États membres de l'Union européenne

Dans les cas où le traité en conflit avec les dispositions communautaires a été conclu entre membres de l'Union, la situation va varier selon la date à laquelle le traité a été conclu.

Si le traité a été conclu antérieurement à l'adhésion des membres à la Communauté, celui-ci va cesser d'être applicable dès lors que ceux-là auront adhéré à l'Union dans l'hypothèse où il serait incompatible avec les traités communautaires. Cependant, il est certaines exceptions comme celles prévues à l'article 350 TFUE qui précise que « les dispositions des traités ne font pas obstacle à l'existence et à l'accomplissement des unions régionales entre la Belgique et le Luxembourg, ainsi qu'entre la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas, dans la mesure où les objectifs de ces unions régionales ne sont pas atteints en application des traités ».

En revanche, si le traité conclu entre États membres l'est postérieurement à leur adhésion à la Communauté, alors sa validité sera soumise aux dispositions de l'article 4§3 du TUE qui énonce : « En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités [... ils] s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ».

Les États membres sont libres de conclure entre eux des traités internationaux voisins aux traités communautaires tant que ces derniers ne viennent pas empiéter sur les compétences de l'Union en freinant la bonne réalisation de ses objectifs.

La situation des traités internationaux conclus entre États membres est finalement

⁴⁵⁴ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international*, préc., p. 155.

⁴⁵⁵ P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit International Public*, op. cit., p. 295, n° 172.

classique et ne soulève pas de question fondamentale puisqu'elle ne met en aucun cas en péril le principe de l'effet relatif des traités. La primauté assurée aux obligations communautaires joue ici le rôle de principe hiérarchique assurant une résolution facile des conflits de traités successifs. Tel n'est plus le cas en matière de traité conclu avec des États tiers à l'Union.

2 – Cas d'un traité conclu entre États membres et États tiers à l'Union européenne

Lorsque le traité est conclu entre un membre de l'Union et un État tiers, une distinction s'impose également selon le moment où le traité est élaboré.

Si le traité est postérieur à l'adhésion de l'État membre à l'Union, alors ce dernier devra, avant de ratifier l'instrument, s'assurer qu'il en a compétence et donc tenir compte des transferts de compétences réalisés au profit de l'Union. Depuis le Traité de Lisbonne de 2009, une répartition des compétences en trois catégories a vu le jour. On parle désormais de compétences exclusives de l'Union lorsque celle-ci est seule compétente pour agir. Ensuite viennent les compétences partagées, où l'Union pourra agir en cas d'absence d'action des États membres tout en respectant le principe de subsidiarité soumis au contrôle de la Cour de justice. Ce contrôle exige, pour que l'Union puisse agir, la réunion de deux conditions, une insuffisance des actions étatiques et la preuve qu'une action sur le plan européen serait plus efficace. Aussi convient-il de relever que selon ce schéma, tant que l'Union n'est pas intervenue, les États membres ont toute liberté pour agir. Mais, au fur et à mesure des interventions de l'UE, la marge de manœuvre des États membres diminuera, car obligés de respecter les législations européennes. Enfin, interviennent les compétences dites de coordination dans lesquelles l'Union ne pourra intervenir que de façon secondaire, pour appuyer les actions de ses États membres.

Dès lors, un État membre qui aspirerait à conclure un engagement international hors cadre communautaire devrait alors s'assurer que les dispositions de ce dernier rentrent bien dans ses domaines de compétences, soit dans le cadre de compétences partagées non encore basculées dans le cadre communautaire, soit dans le cadre de compétences d'appui.

Par ailleurs, l'Union européenne a mis en place un système de clauses intéressantes, les clauses dites « Organisation internationale régionale économique ». Ces clauses, que les États membres peuvent insérer dans les traités qu'ils envisagent de conclure avec des États tiers, ont la faculté de permettre d'adapter la convention avec le droit européen qui est susceptible d'évoluer *via* une procédure plus légère que les procédures de modification classiques. Il est des compétences qui peuvent être aux mains des États membres lorsque ces derniers concluent une convention mais qui, puisque partagées, basculent, à la suite d'une action positive de l'Union, dans le domaine communautaire. Dès lors, les États ne seront plus exclusivement maîtres des possibles évolutions du droit et des incompatibilités entre le droit de l'Union et le traité conclu avec l'État tiers pourront surgir. C'est pourquoi l'Union incite fortement les États membres à inclure des clauses de ce type dans leurs traités, bien que cela ne soit pas une obligation.

Cette pratique des clauses dites OIRE constitue donc un mécanisme préventif d'une performance remarquable pour éviter des conflits entre traités successifs ou en permettre une résolution rapide par modification d'un des deux traités de manière simplifiée.

Concernant désormais les traités conclus par les États membres avec des États tiers antérieurement à leur adhésion, l'article 351 TFUE dispose : « Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et

un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités. / Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec les traités, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les États membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune./ Dans l'application des conventions visées au premier alinéa, les États membres tiennent compte du fait que les avantages consentis dans les traités par chacun des États membres font partie intégrante de l'établissement de l'Union et sont, de ce fait, inséparablement liés à la création d'institutions communes, à l'attribution de compétences en leur faveur et à l'octroi des mêmes avantages par tous les autres États membres ».

Cette disposition constitue la seule exception à la primauté du droit de l'Union pour ses États membres. Dans l'affaire *Burgoa*, la Cour a précisé que cette disposition a « une portée générale et s'applique à toute convention internationale, quel que soit son objet, susceptible d'avoir une incidence sur l'application du traité »⁴⁵⁶. Dans l'hypothèse où un État accèderait à l'Union tout en ayant contracté des traités avec des États tiers toujours en vigueur incompatibles avec le droit de l'Union, ceux-ci auront la préséance sur le droit communautaire tant que les incompatibilités constatées ne sont pas gommées. Il en est de même pour le droit dérivé. En ce sens, dans un arrêt *Stoeckel* de 1991⁴⁵⁷, la Cour de justice a demandé à la France de dénoncer un engagement antérieur à son adhésion et incompatible avec ses obligations communautaires. Cependant, la Cour lui a également consenti un délai durant lequel elle pouvait continuer à respecter ses engagements antérieurs en laissant en suspens ses engagements communautaires. Étaient en contradiction en l'espèce une Convention de 1948 signée par la France dans le cadre de l'OIT interdisant totalement le travail de nuit pour les femmes et une directive communautaire sur l'égalité homme-femme de 1976.

Cependant, réticente à écarter le droit de l'Union au profit de conventions conclues avec des États tiers, la Cour de justice interprète strictement cet article 351 puisqu'elle a estimé dans plusieurs arrêts⁴⁵⁸ que cette disposition ne protège que le droit des États tiers et pas celui des États membres. C'est-à-dire que, pour la Cour, les États ne peuvent invoquer l'article 351 pour légitimer des droits qu'ils tireraient d'un traité antérieur, mais seulement dans le cadre d'obligations à respecter. La Cour a rappelé ce principe dans l'arrêt *Evans Medical*⁴⁵⁹, où elle a estimé que, quand une convention antérieure permet à un État membre de prendre une mesure contraire au traité sans qu'il y soit obligé, l'État membre doit s'abstenir.

Plus récemment, il semble que la Cour en soit venue à faire une application plus agressive de cette disposition dans deux arrêts, *Commission c/ Autriche* et *Commission c/ Suède* de 2009⁴⁶⁰. En l'espèce, l'Autriche et la Suède avaient conclu, avant leur adhésion à l'Union, avec plusieurs tiers, des accords d'investissement. Or la Commission estimait que ces accords bilatéraux pouvaient faire obstacle à l'application des restrictions à la libre circulation des capitaux susceptibles d'être adoptés ultérieurement par le Conseil, allégations que réfutaient les deux États membres. C'est pourquoi, ces derniers n'ont pas recouru aux moyens appropriés pour éliminer ces éventuelles contradictions telles que prévues par l'article 351 TFUE.

Dans deux arrêts du 3 mars 2009, la Cour de justice a finalement décidé de donner raison à la Commission et a condamné les deux États au motif que ces conventions faisaient

⁴⁵⁶ CJCE, 14 oct. 1980, *Avocat général c/ Juan C. Burgoa*, aff. C-812/79, p. 2802, § 6.

⁴⁵⁷ CJCE, 25 juill. 1991, *Alfred Stoeckel*, aff. C-345/89.

⁴⁵⁸ V., en ce sens, not. CJCE, 27 févr. 1962, *Commission c/ Italie*, aff. 10/61 ; CJCE, 19 oct. 2003, *Budajovicky Budvar*, aff. C-216/01.

⁴⁵⁹ CJCE, 28 mars 1995, *Evan Medical Ltd et Macfarlan Smith Ltd*, aff. C-324/95.

⁴⁶⁰ CJUE, 3 mars 2009, *Commission c/ Autriche et Commission c/ Suède*, aff. C-205/06 et C-249/06.

peser un risque sur l'effet utile du droit de l'Union. Ces deux arrêts ont été largement critiqués en doctrine et notamment par Denys Simon qui, dans une étude de 2009, énonçait que « l'article 307 [désormais 351 TFUE] est invoqué ici alors qu'il n'existe aucune incompatibilité réelle entre les accords bilatéraux conclus avec les pays tiers et l'application des traités communautaires, mais seulement un risque virtuel de contradiction si le Conseil décidait d'user de la faculté d'introduire des restrictions aux échanges de capitaux avec les pays tiers qu'il tire des articles 57, 59 et 60 CE [désormais 64, 66 et 75 TFUE] »⁴⁶¹.

La Cour vient faire une application audacieuse de l'article 351 TFUE puisqu'élargissant son champ d'application aux conflits éventuels et non plus seulement constatés. Bien que possédant un fondement discutable, il est intéressant de noter que ces décisions semblent avoir été acceptées par les États membres, puisqu'à l'heure actuelle, aucun n'a demandé de révision de la disposition.

Dans le cadre des traités communautaires relatifs aux conflits entre normes successives, l'Union a su se doter d'un arsenal procédural performant qui permet, tant en amont de prévenir certains conflits, qu'en aval de résoudre de manière simplifiée les conflits de normes successives constatées. Une pratique plus récente de l'Union doit maintenant être développée, celle dite des clauses de déconnexion.

B – La pratique communautaire des clauses de déconnexion

La clause de déconnexion est une pratique communautaire récente au terme de laquelle les États membres sont, lorsqu'ils concluent un traité multilatéral avec des États tiers, exempts d'appliquer les dispositions dudit traité dans leurs relations intracommunautaires. À l'heure actuelle, il existe une vingtaine de traités multilatéraux, mixtes ou simplement interétatiques, intéressant l'Union et contenant une telle clause. Le but d'une telle clause étant selon la Commission européenne de veiller à l'application continue des règles communautaires et à la primauté du droit de l'Union entre États membres. Ce type de clause de conflit d'un genre nouveau fait couler de plus en plus d'encre en doctrine, notamment européenne. C'est pourquoi, nous nous intéresserons aux caractéristiques spécifiques de ce type de clauses (1), ainsi qu'à quelques avis doctrinaux en la matière (2).

1 – Les caractéristiques spécifiques des clauses de déconnexion

On retrouve le plus souvent cette disposition dans des accords avec le Conseil de l'Europe. Classiquement, la clause de déconnexion est générale, c'est-à-dire qu'elle s'applique à l'accord dans son ensemble, est activée automatiquement et de ce fait est obligatoire et serait inconditionnelle, c'est-à-dire qu'elle ne nécessiterait pas de compatibilité du droit de l'Union avec les dispositions du traité en cause pour être légale.

Dans la majorité des cas, la convention est rédigée dans les termes suivants : « Dans leurs relations mutuelles, les Parties qui sont membres de la Communauté européenne appliquent les règles de la Communauté et n'appliquent donc les règles découlant de la présente Convention que dans la mesure où il n'existe aucune règle communautaire régissant le sujet particulier concerné »⁴⁶².

⁴⁶¹ D. Simon, Compatibilité avec le droit communautaire originaire des accords bilatéraux conclus par les États membres avant leur adhésion à l'Union, *Europe* 2009, étude n° 177, p. 9.

⁴⁶² Exemple tiré de la Convention européenne sur la télévision transfrontière, Strasbourg, 5 mai 1989, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1993, art. 27§1.

Cependant, à titre exceptionnel, il peut arriver que cette clause soit partielle, et donc n'affecte que certaines dispositions du traité⁴⁶³, conditionnelle, et donc soumise à une certaine compatibilité du droit de l'Union avec l'objet et le but du traité par exemple⁴⁶⁴, ou encore non automatique, et donc par exemple soumise à notification.

Quoi qu'il en soit, ces clauses de déconnexion constituent de dispositions d'un genre nouveau. Bien qu'il soit possible de les rapprocher de la technique des accords *inter se*, de celle des réserves ou encore du principe de la *lex specialis*, un particularisme intrinsèque à ces clauses existe au point qu'aucune assimilation ne puisse être possible.

La clause de déconnexion peut être rapprochée du principe des accords *inter se* en ce qu'ils permettent tous deux une application de dispositions spéciales, dérogatoires au régime juridique du traité général entre certaines parties seulement de celui-ci. Cependant, la clause de déconnexion paraît répondre à des conditions plus souples puisqu'elle ne nécessite pas de notification et ne constitue pas forcément un acte conventionnel contrairement aux accords *inter se*. De surcroît, la clause de déconnexion peut *in fine* permettre d'éliminer l'effet obligatoire du traité dans son ensemble dans les relations intracommunautaires alors que les accords *inter se* eux ne permettent que des modifications limitées.

Concernant ensuite le rapport entre clause de déconnexion et réserves, le point commun entre ces deux mécanismes est d'autoriser l'exclusion d'une réglementation conventionnelle dans les relations de certaines parties au traité. Toutefois, alors que la réserve prend la forme d'une déclaration unilatérale et ne peut concerner qu'une partie du traité, la clause de déconnexion fait partie intégrante de l'accord et peut comme on le sait concerner l'accord dans sa globalité (à l'heure actuelle à notre connaissance, seul le Protocole de Kiev contient une clause de déconnexion dite partielle). Il en découle que la réserve peut être retirée sans le consentement des États l'ayant acceptée, contrairement à la clause de déconnexion qui nécessite un amendement au traité.

Concernant enfin la spécificité de la clause de déconnexion par rapport au principe de la *lex specialis*, ces deux techniques de résolution des conflits peuvent être apparentées en ce qu'elles s'intéressent à un cercle conventionnel plus restreint. Or la *lex specialis* peut être considérée comme spéciale *ratione personae* mais également *ratione materiae*. Dans cette seconde acception, il est difficile de faire concorder alors la *lex specialis* et la clause de déconnexion car il serait délicat de considérer le droit communautaire comme une *lex specialis* d'un traité international *ratione materiae*, bien que celui-ci ait vocation universelle. De plus, l'application de la *lex specialis* peut connaître certaines limites en droit international. Ce principe est certes largement reconnu en droit international, mais il est soutenu par certains auteurs, et notamment par Ali Sadat-Akhavi, qu'il est des hypothèses ou un traité général postérieur pourra, dans certains cas, l'emporter sur une *lex specialis* antérieure, car reflétant la volonté plus récente des États⁴⁶⁵. *A contrario*, la clause de déconnexion telle qu'inscrite dans les traités ne semble elle pas connaître de limitation de la sorte, cette dernière offrant toujours priorité au droit communautaire dans les relations intracommunautaires.

Finalement, bien que la clause de déconnexion puisse être sous certains aspects rapprochée d'autres techniques issues du droit des traités, certains particularismes font d'elle

⁴⁶³ Comme le Protocole de Kiev relatif à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale, Kiev, 21 mai 2003, entré en vigueur le 11 juill. 2010.

⁴⁶⁴ Comme la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, Varsovie, 16 mai 2005, entrée en vigueur le 1^{er} déc. 2009, art. 26§3.

⁴⁶⁵ A. Sadat-Akhavi, *Method of resolving conflicts between treaties*, op. cit., p. 131.

un instrument de prévention des conflits tel qu'elle puisse être qualifiée de procédure *sui generis*. Ses particularismes et son absence de réel cadre juridique sont néanmoins la source de certaines critiques.

2 – Les débats doctrinaux autour de la pratique de la clause de déconnexion

Ici, nous reviendrons sur les critiques parfois qualifiées d'« acerbes »⁴⁶⁶ formulées par deux auteurs grecs, Constantin P. Economides et Alexandros G. Kolliopoulos⁴⁶⁷. Nous reviendrons également sur l'approche dynamique qu'a faite la Commission du droit international de cette pratique qui permet de venir tempérer ces critiques.

Pour les deux auteurs grecs, la pratique des clauses de déconnexion telle que réalisée par l'Union européenne est discutable à trois points de vue.

Tout d'abord, la clause de déconnexion viendrait établir une différenciation du régime conventionnel applicable au traité. La conséquence directe serait alors une application inégale de la norme conventionnelle par les parties au traité. Pour ces deux auteurs, la clause de déconnexion entraînerait un morcellement *ratione materiae* des dispositions car permettant aux États membres de l'Union d'adopter, par la voie du droit communautaire, une réglementation particulière. En effet, la clause de déconnexion telle que rédigée permet non seulement d'aller plus loin dans le travail conventionnel en adoptant par exemple des réglementations plus permissives ou en offrant une protection accrue aux destinataires de la norme. Cependant, elle permettrait également une action communautaire dite négative, c'est-à-dire dans le cadre de situations où une législation communautaire serait non conforme aux dispositions du traité. Selon eux, « la clause de déconnexion autorise d'emblée une dérogation négative, en permettant aux États membres de la Communauté européenne de ne pas appliquer en totalité ou en partie, ou d'appliquer différemment, au sein de l'ordre juridique communautaire, un accord international »⁴⁶⁸.

Cette possibilité offerte à l'Union aboutirait à une situation paradoxale et serait d'autant plus un facteur d'incohérence dans les cas où le traité interdirait expressément la conclusion d'accord *inter se* dits négatifs. Les auteurs prennent pour exemple la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains⁴⁶⁹ de 2005, qui, à son article 40§1, autorise la conclusion d'accords internationaux uniquement dans la mesure où ces derniers assurent une plus grande protection et assistance aux victimes de la traite. Selon eux, il est « significatif que cette condition en faveur de l'application de la disposition la plus favorable n'est pas reprise dans le paragraphe 3 du même article qui contient une clause de déconnexion »⁴⁷⁰.

Selon ces auteurs donc, outre d'aboutir à une différenciation du régime conventionnel entre les parties, la clause de déconnexion affaiblirait en pratique la puissance normative du traité car, dans les relations intracommunautaires, aucune directive communautaire obligatoire n'en découlerait.

En second lieu, la clause de déconnexion viendrait également remettre en cause la

⁴⁶⁶ P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, op. cit., p. 295, n° 172.

⁴⁶⁷ C.P. Economides, A.G. Kolliopoulos, La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable », *RGDIP* 2006.273.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 285.

⁴⁶⁹ Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, Varsovie, 16 mai 2005, entrée en vigueur le 1^{er} déc. 2009.

⁴⁷⁰ C.P. Economides, A.G. Kolliopoulos, préc., p. 286, note 33.

primauté des normes conventionnelles. Cette primauté est illustrée par le respect du principe de *pacta sunt servanda* et par l'inopposabilité du droit interne, pour les États, ou des règles de l'organisation, pour les organisations internationales, au droit international. Dès lors, aucun État ou aucune organisation internationale ne peut justifier la non-exécution d'un traité par l'invocation d'une règle interne contraire. De plus, cette primauté du droit international, comme l'a rappelé la CPJI dans un avis consultatif de 1925⁴⁷¹, a consacré « un principe allant de soi d'après lequel un État qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris »⁴⁷².

Selon Constantin Economides et Alexandros Kolliopoulos la clause de déconnexion violerait le principe de *pacta sunt servanda* en autorisant « la communauté européenne et ses États membres à se déconnecter librement du lien conventionnel et à appliquer dans leurs relations mutuelles le droit propre de la Communauté européenne en lieu et place des dispositions de l'accords ». Mais elle viderait également de sens celui de la primauté du droit international en ce qu'elle « inverse purement et simplement l'ordre établi, puisque le droit communautaire éclipse totalement la norme conventionnelle et l'emporte sur elle »⁴⁷³.

Enfin, les deux auteurs font remarquer que la clause de déconnexion mettrait à mal les effets des accords internationaux au sein de l'ordre juridique communautaire. Il est généralement admis que l'ordre juridique communautaire a toujours fait preuve d'ouverture envers le droit international, considéré comme un vecteur de modernisation. Cela peut être illustré par l'accord réservé aux dispositions du GATT notamment, ou encore à celles de la CEDH, bien que l'Union elle-même ne soit pas encore partie à cette dernière.

Selon les deux auteurs, la clause de déconnexion remettrait en cause cette relation puisqu'elle aurait pour effet de contourner le principe communautaire relatif à l'insertion du droit conventionnel dans son ordre juridique. L'article 216§2 du TFUE dispose en ce sens que « [l]es accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres ». De plus, dans une décision de 1982, la Cour de justice avait énoncé que les institutions se devaient d'assurer pleinement l'exécution des accords internationaux à l'intérieur de l'Union⁴⁷⁴. Constantin Economides et Alexandros Kolliopoulos estiment que la clause de déconnexion permettrait de passer outre cette obligation et donc trancherait avec la traditionnelle relation entre droit international et droit communautaire.

En résumé selon eux, par la clause de déconnexion, l'Union européenne « essaie d'obtenir, au niveau du droit international ce que son propre acte fondateur lui refuse au niveau du droit communautaire : un effet dérogatoire des accords auxquels elle est Partie limité à ses seules relations avec des États non communautaires, son propre ordre juridique demeurant imperméable aux exigences du droit international, sauf dans la mesure et pour la période pendant laquelle la Communauté elle-même voudra appliquer intégralement l'accord en question, avant d'opter pour une réglementation communautaire »⁴⁷⁵.

La critique majeure des ces deux auteurs semble donc être axée sur la possibilité offerte à l'Union, d'une part, de pouvoir, comme bon lui semble, opposer son ordre juridique interne pour permettre d'écarter l'application du droit international et, d'autre part, de pouvoir permettre des dérogations dites négatives en ce qu'elles auraient pour but non pas

⁴⁷¹ CPJI, Avis consultatif, 21 févr. 1925, Échange des populations grecques et turques, série B, n° 10.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 19.

⁴⁷³ C.P. Economides, A.G. Kolliopoulos, préc., p. 292.

⁴⁷⁴ CJCE, 26 oct. 1982, *Kupferberg*, aff. C-104/81.

⁴⁷⁵ C.P. Economides, A.G. Kolliopoulos, préc., p. 296.

d'augmenter les protections ou droits offerts mais d'aller à l'encontre de l'objet et du but du traité international.

Ces critiques peuvent néanmoins être relativisées. Premièrement, et les auteurs le reconnaissent eux-mêmes, il faut rappeler qu'une clause de déconnexion est une disposition à part entière insérée dans le corps même du traité. Partant, elle ne peut être intégrée dans un traité qu'à la condition qu'elle soit acceptée par toutes les parties au traité. De ce fait, si un État refuse d'être soumis au mécanisme de la clause dite de déconnexion, il pourra le faire savoir lors des négociations ou pourra y opposer une réserve. Dès lors, sur le plan du droit des traités, il apparaît difficile de remettre en question la légalité de ces dispositions et on ne peut reprocher à l'Union d'en faire usage lorsqu'elle a été acceptée par toutes les parties au traité.

En second lieu, la vision systémique que fait la Commission du droit international de cette clause par rapport au droit des traités est intéressante. Elle estime que la condition première pour qu'une clause de déconnexion soit valable réside dans l'acceptation de celle-ci par les autres parties du traité. Cependant elle ajoute qu'« on ne peut exclure que les autres parties puissent ne pas être au courant de l'importance réelle de la clause de déconnexion parce que les règles qui y sont énoncées sont obscures ou ont été modifiées ou interprétées d'une nouvelle façon, d'où la tentation d'assimiler les règles de la CE à un traité successif nouveau, relevant du paragraphe 4 de l'article 30 de la Convention de Vienne »⁴⁷⁶.

Par-là, la Commission soulève ce qui nous paraît être la problématique de fond des clauses de déconnexion, à savoir le fait que les États tiers ne peuvent prévoir la teneur du droit communautaire à laquelle ces clauses sont sujettes, le droit communautaire étant incertain et en constante évolution. C'est pourquoi la Commission propose de les assimiler à des traités successifs. La Commission continuant son analyse systémique du droit des traités poursuit que « selon le paragraphe 5 de ce même article [l'article 30], "Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41" »⁴⁷⁷. Il s'ensuit, selon la Commission que toute clause de déconnexion serait également soumise aux conditions de validité des accords *inter se* et donc au respect de l'objet et du but du traité initial.

Dès lors, même dans l'hypothèse où la clause de déconnexion ne le préciserait pas, la modification du droit de l'Union permettant d'enclencher la clause devrait, selon les termes de l'article 41, respecter l'objet et le but du traité et ne pas porter atteintes aux droits et obligations que les autres parties tiennent du traité.

En adoptant donc une vision systémique et dynamique du droit des traités, on peut en venir à une application raisonnable de la clause de déconnexion qui s'avérerait alors être un outil d'une performance remarquable pour la résolution de conflits de normes successives, car n'aboutirait plus à un hermétisme communautaire mais permettrait à l'Union de protéger sa spécificité tout en respectant ses engagements internationaux.

L'Union européenne offre donc un panel de solutions très intéressantes permettant la résolution de conflits de normes successives, qui si l'on en généralisait l'usage, pourrait, à terme, réduire sensiblement la problématique des traités successifs.

En définitive, il semble que les solutions pragmatiques des États concernant la résolution des conflits de normes successives que sont l'introduction de clauses de conflits permettent de pallier les manques du droit international en la matière. Cependant, nous savons maintenant

⁴⁷⁶ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, préc., p. 163.

⁴⁷⁷ *Ibidem*.

que ces clauses ne sont pas toujours rédigées de manière suffisamment précise, ce qui entraîne la survenance de conflits secondaires entre clauses de conflits. Néanmoins, la pratique de l'Union européenne est un exemple de clauses de conflits performantes bien que certaines jurisprudences puissent prêter le flanc à la critique. C'est pourquoi, dans une dernière section, il convient de se projeter *lege feranda* et d'étudier les propositions doctrinales à la question des traités successifs.

SECTION 2 – LES SOLUTIONS ISSUES DES PROPOSITIONS DOCTRINALES

Les rares membres de la doctrine qui se sont intéressés à la question des traités successifs en droit international pour tenter d'imaginer des solutions ont proposé des mécanismes intéressants, parfois visionnaires, d'autre fois plus utopiques, qu'il convient désormais de retranscrire. Nous avons pu catégoriser ces solutions selon qu'elles permettent de prévenir la survenance des conflits entre traités successifs ou qu'elles offrent un dénouement aux conflits avérés. C'est pourquoi, nous reviendrons dans un premier temps sur les solutions doctrinales préventives aux traités successifs (§ I) pour ensuite considérer les solutions doctrinales que nous avons qualifiées de résolutive aux traités successifs (§ II).

§ I – Les solutions doctrinales préventives aux traités successifs

Dans cette section, nous nous arrêterons sur trois propositions de solutions permettant de minimiser la survenance de conflits de normes successives à savoir la pratique de la consultation (A), la pratique de l'assurance (B) et le rôle de la soft-law (C).

A – La consultation

L'abolition de la diplomatie secrète faisait partie des quatorze points de la déclaration du Président Wilson devant le Congrès des États-Unis le 8 janvier 1918. Cette obligation d'enregistrement des traités fut inscrite dans le Pacte de la SDN et reprise par la Charte des Nations Unies à l'article 102 qui dispose : « [T]out traité ou accord international conclu par un Membre des Nations Unies après l'entrée en vigueur de la présente Charte sera, le plus tôt possible, enregistré au Secrétariat et publié par lui. / Aucune partie à un traité ou accord international qui n'aura pas été enregistré conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent Article ne pourra invoquer ledit traité ou accord devant un organe de l'Organisation ».

Bien qu'il faille se réjouir de l'insertion d'une telle clause dans la Charte, sa flexibilité et l'absence de sanction en cas de non-enregistrement font défaut. Sous l'empire du Pacte de la SDN, un traité non enregistré ne pouvait entrer en vigueur et ne produire dès lors aucun effet juridique, ce qui apportait, en cas de conflit avec ce traité « secret » et un autre traité enregistré, une solution simple. Depuis l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies cependant, le défaut d'enregistrement est sans effet sur la validité du traité, la seule conséquence étant l'impossible d'invocation devant les organes des Nations Unies. Cela pourrait expliquer le laxisme de certaines organisations internationales ou certains États au regard de cette procédure comme nous le rappelions dans nos propos introductifs.

Quoi qu'il en soit, il existe une base de données sur laquelle les États, ou encore les organisations internationales, peuvent s'appuyer pour connaître à un moment donné l'état de la normativité internationale. Comme le note Christopher J. Borgen, « in the age of digital communications, progress has been made with regards to the growth of networked databases

and search engines geared towards the dissemination of information about treaties »⁴⁷⁸. Cependant, il explique ensuite que, « nevertheless, it still remains that too few comprehensive resources are used too infrequently at the drafting stage »⁴⁷⁹. Christopher Borgen déplore ici un manque de pratique des États dans la possible consultation des bases de données existantes, consultation qui permettrait, avant l'étape rédactionnelle de prendre connaissance de l'évolution normative d'une matière du droit international et donc de minimiser les éventuels conflits entre normes successives.

Wilfred Jenks, lui, notait que le Comité administratif de coordination, aujourd'hui le Conseil des chefs de secrétariat des organismes des Nations Unies pour la coordination, avait recommandé aux agences spéciales et organisations y participant d'inclure dans leurs règles de procédure des dispositions autorisant une consultation mutuelle avant l'adoption de toute convention internationale⁴⁸⁰. En effet, l'objectif principal de ce Comité était de superviser la mise en œuvre des accords contractés entre les Nations Unies et les Agences spécialisées. Depuis lors, son mandat s'est développé pour englober la promotion de la coopération au sein du système des Nations Unies dans la poursuite des objectifs communs des États membres.

Mais Wilfred Jenks estimait dès 1953 qu'il fallait élargir cette pratique de consultation préalable. Il expliquait que « [i]t is important that the scope of such consultations should not be limited to the United Nations and the specialized agencies but should include all international and regional organizations which may be concerned in the subject-matter under consideration. From a practical point of view such consultation between the international and regional organizations is of increasing importance »⁴⁸¹.

Il ajoutait également: « [I]n order that such consultations may be fruitful it is important that there should develop in international and regional organizations and among Governments, and on the part of all who, in political, legal or technical capacities, are called upon to contribute to the formulation of law-making treaties, a habit of regarding the international statute book as a whole and attempting to judge of the value, proper scope, and detailed content of any proposed instrument not in isolation but in relation to the complex of law-making treaties on a wide range of intricately interrelated subjects of which it will form a part »⁴⁸².

Wilfred Jenks estimait donc nécessaire d'élargir la pratique de la consultation et que, pour la rendre efficace, tout sujet du droit international ou tout plénipotentiaire se doit de prendre l'habitude de consulter les recueils de traités existant pour éviter toute éventualité de conflit.

Bien que cette pratique apparaisse au premier abord idéale, elle n'est pas moins empreinte de certains défauts qui amènent à relativiser son utilité. Comme nous l'avons rappelé *in limine*, bien que cela soit une obligation, tous les traités ne sont pas systématiquement publiés, ou peuvent l'être en retard. Aussi et surtout, une consultation en vue d'éviter tout risque de conflit des traités internationaux en vigueur constituerait une tâche ralentissant et alourdissant à l'excès le processus de création du traité.

C'est pourquoi, il convient de réserver cette pratique qui reste un atout intéressant à certains traités tels que les traités à vocation universelle ou encore codificateurs.

⁴⁷⁸ C. Borgen, *Resolving treaty conflicts*, préc., p. 637.

⁴⁷⁹ *Ibidem*.

⁴⁸⁰ W. Jenks, *The conflict of law-making treaties*, préc., p. 430.

⁴⁸¹ *Ibidem*.

⁴⁸² *Ibidem*.

B – La pratique de l'assurance

Il n'est pas rare qu'il soit fait une analogie entre le droit des traités et le droit des contrats. David Bederman décrit par exemple les traités de « contracts between states »⁴⁸³. Cette vision du traité est particulièrement présente dans la vision américaine du droit international. Par exemple, la Cour suprême dans une affaire de 1984 énonçait que « a treaty is in the nature of a contract between nations »⁴⁸⁴. En 1998, une Cour d'appel du septième circuit a estimé que « treaties are also contracts subject to special rules of contract interpretation »⁴⁸⁵. Partant, la doctrine américaine a eu tendance à opérer une analogie du droit des traités avec le droit des contrats pour tenter d'élaborer des règles permettant la prévention de conflits de normes successives. De cette analogie, une pratique peut être intéressante à relever, la pratique de l'assurance.

En droit américain, il est généralement admis que la conclusion d'un contrat B en violation d'un contrat antérieur A ne peut avoir pour effet de rendre caduc ce dernier. En effet, la simple conclusion du contrat B contraire au contrat A ne peut être considérée comme une violation de celui-ci susceptible de permettre à la partie qui voit son cocontractant signer un nouveau contrat de dénoncer le contrat. Pour prendre un exemple : au 1^{er} janvier Monsieur X décide de conclure un contrat A avec Monsieur Y selon lequel il s'engage à lui accorder l'exclusivité dans la vente d'ordinateurs à partir du 1^{er} février. Le 3 janvier, Monsieur X vend cent ordinateurs à Monsieur Z et, selon les termes du nouveau contrat B, la livraison devra se faire en mars.

Nous sommes en présence de potentiels conflits entre les contrats A et B. Mais, selon le droit américain, la seule conclusion du contrat B ne permet pas à Monsieur Y de dénoncer le contrat A. C'est notamment l'avis d'Alan Farnsworth qui estime que toute déclaration utilisée comme tentative de répudiation « must be sufficiently positive to be reasonably understood as meaning that the breach will actually occur. . . . In addition, the intention not to perform must be communicated and must be made to a party to the contract, not to a mere stranger to it »⁴⁸⁶. Il en ressort que, dans cette situation, les deux contrats A et B seront valides et Monsieur X aura donc le choix d'honorer l'un ou l'autre. On est ici dans une situation similaire à celle décrite par l'article 30§4 de la Convention de Vienne de 1969.

Cependant, en droit américain, le « Uniform Commercial Code »⁴⁸⁷ autorise Monsieur Y à demander à Monsieur X l'assurance qu'il respectera ses engagements selon les termes du contrat A. Et si Monsieur X est dans l'impossibilité d'apporter une telle assurance, Monsieur Y, aura la possibilité de rompre le contrat A unilatéralement⁴⁸⁸.

En rapportant cette procédure au droit international, et plus particulièrement au droit des traités, certains auteurs comme Christopher Borgen estiment que la pratique de l'assurance

⁴⁸³ D. Bederman, *International law framework (concepts and insights)*, New York, Foundation Press, 3^d éd., 2010, p. 25.

⁴⁸⁴ Cour suprême, 17 avr. 1984, *Trans World Airlines c/ Franklin Mint Corp*, p. 466.

⁴⁸⁵ Cour d'appel du 7e circuit, 17 nov. 1998, *Menominee indian tribe of Wisconsin c/ Tommy G. Thompson*.

⁴⁸⁶ A. Farnsworth, *Contracts*, Boston, Brown & company, 3^d éd., 1999, p. 606.

⁴⁸⁷ Équivalent d'un Code de commerce dont l'objectif est d'harmoniser le droit commercial et des contrats dans l'ensemble des États américains.

⁴⁸⁸ Restatement (second) of contracts, §251 qui dispose : (1) Where reasonable grounds arise to believe that the obligator will commit a breach by non-performance that would of itself give the obligee a claim for damages for total breach under § 243, the obligee may demand adequate assurance of due performance and may, if reasonable, suspend any performance for which he has not already received the agreed exchange until he receives such assurance. / (2) The obligee may treat as a repudiation the obligor's failure to provide within a reasonable time such assurance of due performance as is adequate in the circumstances of the particular case.

peut être vue comme un outil de réduction des potentialités de conflits entre normes successives.

Une nouvelle fois, cette procédure peut être intéressante si transposée à l'ordre international mais il faut en relativiser la portée sur deux points. À terme, ce serait une nouvelle fois l'État doublement engagé qui aurait le choix du traité à honorer puisque c'est à lui que reviendrait la charge d'offrir ou non l'assurance du respect du traité. On retombe donc dans les travers de la procédure prévue par la Convention de Vienne. Il faut également relativiser l'analogie entre le droit des contrats et le droit des traités, le droit international dans lequel s'insère le droit des traités possédant des caractéristiques propres. Comme le souligne Christopher Borgen : « The international law of international agreements has its own character, and analogies from contract law of any particular country are to be used with caution. In many respects there is no analogy in the law of international agreements to national laws of contracts; for example, the law of international agreements knows no doctrine of consideration . . . and no statute of frauds. Concepts of duress, mistake, and fraud as grounds for voiding an international agreement have developed slowly and differently »⁴⁸⁹.

En résumé, la pratique de l'assurance apparaît comme un outil intéressant quant à la résolution des conflits puisque les évitant. Aussi, on pourrait imaginer qu'une demande d'assurance puisse être utilisée par un État pour faire pression sur son cocontractant doublement engagé afin de réviser de l'un ou l'autre des traités en conflits pour en gommer les incompatibilités.

Cependant, elle ne permet pas de contrevenir à la critique principale de la Convention de Vienne de 1969.

C – Le rôle de la soft-law

Selon le dictionnaire de Jean Salmon, la soft-law peut être envisagée comme « des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligations de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes »⁴⁹⁰.

Nous ne reviendrons pas ici sur les débats doctrinaux qui entourent l'utilisation du terme soft-law⁴⁹¹, apparu dans les années 1970 dans la doctrine anglo-saxonne. Nous retiendrons simplement que la soft-law est un ensemble de règles non obligatoires qui viennent remettre en cause le schéma binaire traditionnel du droit et du non-droit, venant s'insérer quelque part entre ces deux catégories. La soft-law peut jouer un rôle primordial dans la problématique des traités successifs en ce qu'elle peut permettre un test de compatibilité d'une norme à l'ordre juridique international pré-existant. La soft-law fournit un moyen de construire un consensus sur un nouveau régime qui peut être élaboré hors contexte d'obligatorité et de durcir son contenu une fois que celui-ci apparaît finalement compatible avec le droit existant.

L'intérêt de la soft-law au delà de n'être pas obligatoire et donc de ne pas créer de réels conflits de normes, est sa flexibilité. On pourrait alors concevoir que les États s'accordent pour élaborer une nouvelle convention dans un domaine considéré et décident de simuler une entrée en vigueur tout en ne la considérant que comme de la soft-law pour tester sa

⁴⁸⁹ C. Borgen, *Resolving treaty conflicts*, préc., p. 621.

⁴⁹⁰ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 1039.

⁴⁹¹ V. sur ce point J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, op. cit., p. 88-89 ou P.M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, op. cit., p. 433 et les bibliographies citées.

compatibilité à l'ordre juridique. Une fois les incompatibilités relevées, les États pourraient renégocier lesdites contrariétés et faire basculer le texte dans le droit obligatoire, ou « dur ».

Cette méthode remplacerait les méthodes actuelles de groupe de travail qui sont généralement considérées comme trop hermétiques à la réalité de l'ordre juridique.

Bien qu'attrayante, cette construction n'est cependant pas sans défauts. Comme le relève Jeffrey Waincymer, « [i]n the early years of international environmental agreements, some of these concerns may have been less important as they did not seek to generate much in the way of clear rights and obligations and were described by many as elements of "soft law". The history of trade regulation has, on the other hand, shown a desire to establish immediately binding rights and obligations, together with accountability standards, supported by a reasonably unique and largely effective system of binding dispute resolution. International agreements which deal with the trade and environmental interface, cannot in my view, overlook the potentially negative impact on trading rights and obligations through the use of inadequately circumscribed environmental powers »⁴⁹².

Ainsi, l'usage trop important de la soft-law dans un domaine considéré pourrait à terme en venir à soumettre ce pan du droit à d'autres domaines qui, eux, sont déjà constitués de normes obligatoires.

C'est pourquoi, pour éviter tout assujettissement d'une branche du droit international par rapport à l'autre, il serait nécessaire que les rédacteurs de traités usant de la méthode de la soft-law optent pour une vision systémique du droit international. Dès lors, il faudrait aussi envisager, au-delà de la modification du traité soft-law en construction, de réformer les textes existants en mettant en balance les différents intérêts de chaque domaine du droit international.

L'usage de la soft-law permet donc d'éviter la survenance trop importante de conflits de normes successives en droit international. Cet usage de la soft-law combiné à la pratique des clauses de conflits développée dans le chapitre précédent constituent à n'en pas douter les deux outils les plus performants pour minimiser les risques de conflits entre traités successifs ; en évitant tout simplement leur existence et en offrant une solution claire et précise par le biais de clauses de conflits convenablement élaborées. Néanmoins, il serait utopique de penser que ces deux méthodes, même alliées aux autres pratiques développées dans cette section, puissent aboutir à la suppression totale de tout conflit de traités successifs en droit international.

C'est pourquoi la doctrine s'est également penchée sur des solutions à la résolution de conflits de normes lorsque ceux-ci n'ont pas pu être évités.

§ II – Les solutions doctrinales « résolutive » aux traités successifs

Nous allons nous arrêter sur les solutions proposées en doctrine en matière de résolution des conflits de traités successifs une fois que ceux-ci sont avérés, tout en évitant les écueils de l'article 30§4 de la Convention de Vienne qui, en renvoyant à la responsabilité, laisse libre choix à l'État fautif doublement engagé du traité qu'il appliquera. Ce phénomène est appelé « principe de la liberté politique » par Manfred Zuleeg⁴⁹³.

⁴⁹² J. Waincymer, Cartagena protocol of biosafety, <http://www.apec.org.au/docs/waincymer2001.pdf>, p. 15 (dernière visite le 30 juin 2015).

⁴⁹³ M. Zuleeg, Vertragskonkurrenz im Völkerrecht, teil 1: Verträge zwischen souveränen Staaten, *GYBIL* 1977, vol. 20, p. 256, §§ 246-276 ; traduit par ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit*

Ainsi, nous allons revenir sur trois solutions, certaines plus aptes à s'adapter aux particularismes du droit international que d'autres. Nous examinerons dans un premier temps les différentes techniques d'interprétation (A), puis les propositions tendant à prôner une harmonisation des traités en conflit (B) pour finir par une interprétation du PARE (C).

A – L'emprunt de certaines techniques d'interprétation

La grande majorité des ouvrages traitant la question des traités successifs en droit international concluent généralement que la solution la plus pertinente serait la mise en place de techniques d'interprétation des traités en conflit pour arriver à déterminer lequel doit s'appliquer à une situation donnée, sans pour autant indiquer de technique d'interprétation précise. C'est pourquoi il nous est apparu intéressant d'imaginer la possible compatibilité de certaines techniques existant dans d'autres branches du droit à l'ordre juridique international. Nous reviendrons ici sur les propositions faites par Ferenc Majoros dans la résolutions des conflits de conventions en droit international privé (1) ainsi que sur les propositions du rapporteur public du Conseil d'État lors d'un arrêt récent traitant des conflits de normes en droit international public (2).

1 – La règle de l'efficacité maximale proposée par Ferenc Majoros

Ferenc Majoros s'est intéressé, dans deux ouvrages imposants, à la résolution des conflits de conventions internationales en matière de droit privé⁴⁹⁴. L'auteur a dégagé trois règles qu'il estime à même de résoudre un conflit entre deux conventions : la règle de la matière spéciale, la règle du traité postérieur ou encore la règle de l'efficacité maximale. Alors que nous avons déjà discuté des deux premières règles, il nous faut nous attarder sur cette troisième règle bien que celle-ci ait été pensée dans le cadre de résolution de conflits de conventions traitant de la matière privée. Comme le souligne ce même auteur dans un article coécrit avec Bernard Dutoit en 1984 : « [T]enter d'élaborer une théorie générale des conflits de conventions revient à se demander à quelle règle de conflit de conventions rattacher la matière de droit privé faisant l'objet dudit conflit. D'entrée de cause, il sied de souligner que de telle règles, dans la mesure où l'on en accepte l'existence, relèvent du droit international public, au motif qu'il n'est pas possible de résoudre un conflit de conventions internationales sur un autre terrain que celui où il se pose, à savoir le droit international public »⁴⁹⁵.

Bien qu'imaginée pour le droit international privé, la règle de l'efficacité maximale relève selon son créateur du droit international public. Dès lors, nous pouvons à juste titre tenter d'en faire application en droit international public.

Selon cette règle, il sera donné préférence à la convention qui compte tenu de la matière envisagée, permet de réaliser de la manière la plus efficace les objectifs des conventions en conflit. Néanmoins, Ferenc Majoros et Bernard Dutoit remarquent qu'il arrive souvent que des conventions ne se limitent pas à une seule matière. Selon eux, on se trouverait d'avantage en présence d'une concurrence de dispositions conventionnelles plutôt que face à un conflit de traités pris globalement et il en résulterait une nécessité de « dépeçage des conventions

international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, préc., p. 66.

⁴⁹⁴ F. Majoros, *Les conflits de conventions internationales en matière de droit privé*, T. I, Paris, Pedone, 1976 et T. II, 1980.

⁴⁹⁵ F. Majoros, B. Dutoit, *Le lacs des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles*, *RCDIP* 1984.569.

englobant plusieurs matières »⁴⁹⁶.

Les auteurs prennent pour exemple deux conventions traitant de reconnaissance et d'exécution des jugements : « [S]i par exemple les États A et B sont liés par deux conventions, l'une bilatérale et l'autre multilatérale, en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements, contenant chacune – peut-être pour des raisons contingentes tenant à leur date différente de ratification ou au cercle plus ou moins large des États membres – des dispositions plus favorables, sur certains points, à la reconnaissance et à l'exécution des jugements, il semble bien que ce soit justement l'addition des dispositions les plus favorables des instruments en présence qui corresponde le mieux à la conception que les deux États concernés se font aujourd'hui de la reconnaissance et de l'exécution des jugements, dans leur rapports réciproques »⁴⁹⁷.

Il est ici intéressant de noter que cette solution vient confirmer le choix fait par la Commission du droit international lors des travaux sur la Convention de Vienne de considérer deux conventions, *a priori* en conflit, valides.

De plus, cette solution permettrait, si rapportée au droit international, de favoriser une lecture systémique de celui-ci en permettant la combinaison de conventions issus de différents pans du droit international en fonction de leur efficacité maximale. Cette lecture constituerait un début de réponse aux auteurs voyant à travers le phénomène de spécialisation du droit international sa fragmentation.

Pour autant, une limite importante à cette technique d'interprétation est qu'elle ne peut être mise en œuvre que lorsque le conflit surgit entre deux traités réunissant les mêmes parties. Dans le cas contraire, on en viendrait à une application combinée de conventions alors même que les parties au conflit n'auraient pas valablement consenti à y être soumises, ce qui constituerait une violation grave du principe de souveraineté des États, ainsi que de ses corollaires, les principes *res inter alios acta* et *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.

Une deuxième technique d'interprétation pourrait être trouvée dans les propositions du rapporteur public du Conseil d'État dans un arrêt de 2011.

2 – La technique du chapeau constitutionnel proposé par Julien Boucher

Le 23 décembre 2011, le Conseil d'État s'est retrouvé face à l'épineuse question du conflit de conventions internationales⁴⁹⁸. Sans qu'il soit besoin de revenir en détail sur les faits, M. Kandyrine de Brito Paiva demandait l'application d'un décret du 3 juillet 1998 faisant suite à une loi du 2 juillet 1998 concernant le règlement définitif des créances réciproques franco-russes. Or le décret de 1998 ouvrait la possibilité de recensement aux seuls ressortissants français. Le requérant estimant qu'une telle condition de nationalité était contraire à l'article 14 de la CEDH consacrant le principe de non-discrimination. M. Kandyrine soulevait donc l'incompatibilité de l'accord franco-russe, illustré par la loi de 1998, par rapport à la CEDH.

Dans un arrêt relativement décevant de 2007⁴⁹⁹, le Conseil d'État avait opté, face à un conflit de conventions internationales, pour un renvoi aux principes généraux coutumiers

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 578.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 581.

⁴⁹⁸ Conseil d'État, 23 déc. 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva*.

⁴⁹⁹ Voir sur ce point M. Gautier, Les conflits entre conventions internationales devant le juge administratif français, *Dr. Adm.* 2002, chr. 9.

relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales⁵⁰⁰. Cependant, nous avons pu voir, au cours de nos développements précédents, le secours relatif de ces principes quant à la résolution de conflits entre normes successives.

Désormais, depuis son arrêt de 2011, le Conseil d'État semble avoir opté pour une solution plus tranchée. Lorsque le juge administratif se trouve face à deux conventions internationales applicables et qu'il n'est pas possible d'en privilégier l'une par les stratégies d'évitement des conflits habituelles que connaît le Conseil d'État⁵⁰¹, il lui appartient de « faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise et d'écarter, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée, sans préjudice des conséquences qui pourraient en être tirées en matière d'engagement de la responsabilité de l'État tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne »⁵⁰².

Marie Gautier, dans une critique intéressant de cette décision, estime que « l'idée de retenir celle des deux conventions que l'Administration a choisi d'appliquer (...) risque de laisser une large part au hasard dans la mesure où il est à craindre, au regard du nombre de conventions qui lient la France, que l'Administration appliquant une convention le fasse régulièrement sans avoir conscience qu'elle en viole une autre »⁵⁰³.

Julien Boucher, alors rapporteur public, avait proposé une tout autre solution. Il partait du postulat que certains traités ont, en droit français, un contenu matériellement identique à la Constitution, laquelle depuis le célèbre arrêt *Sarran et Levacher* de 1998⁵⁰⁴ doit être considérée comme la norme suprême. Il en déduisait donc que « le traité matériellement constitutionnel se fait, pour ainsi dire, le fondé de pouvoir de la Constitution. Ceci le lèste, dans le prétoire du juge interne, d'une dignité particulière »⁵⁰⁵. Par-là, le rapporteur public proposait donc, dans des situations de conflits de conventions internationales, d'effectuer une étape interprétative afin de définir lequel des deux traités était le plus proche matériellement de la constitution et par suite de le faire primer.

Cette solution du chapeau constitutionnel pourrait, si rapporté au droit international régler bon nombres de conflits de traités successifs. La question est de savoir quel texte de référence pourrait faire office de chapeau dans l'ordre juridique international. C'est malheureusement là que cette solution trouve ses limites. En effet, nous le savons, il n'existe pas de hiérarchie dans les sources du droit international. Mais, et nous l'avons également développé dans notre première partie, il peut être considéré une hiérarchie des normes entre les normes impératives de *jus cogens* indérogeables et les autres normes internationales qui sont certes obligatoires mais auxquelles il est possible de déroger. Pourrait-on alors considérer que le *jus cogens* fasse office de chapeau normatif pour l'interprétation de deux traités successifs conflictuels ? Dans l'absolu, nous pensons que cette solution pourrait être envisageable. Cependant, et nous le savons désormais, le *jus cogens* pêche par l'imprécision de son contenu. Dès lors, une interprétation ayant pour base le *jus cogens* semble malaisée.

Au surplus, la théorie du chapeau constitutionnel se heurte, à l'absence à l'heure

⁵⁰⁰ CE, 21 avril 2000, *Zaïdi*.

⁵⁰¹ Voir sur ce point M. Gautier, *Le Conseil d'État et les conflits entre conventions internationales : du nouveau mais pas trop*. À propos de l'arrêt d'Assemblée du 23 décembre 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva*, préc.

⁵⁰² CE, *M. Kandyrine de Brito Paiva*, préc.

⁵⁰³ M. Gautier, *Le Conseil d'État et les conflits entre conventions internationales*, préc., p. 6.

⁵⁰⁴ CE, 30 octobre 1998, *M. Sarran*, *M. Levacher* e.a.

⁵⁰⁵ J. Boucher, *Concl. sur l'arrêt du 23 déc. 2011, Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678, *RFDA* 2012.10.

actuelle en droit international, d'une autorité centrale qui serait à même de pouvoir effectuer une telle interprétation. Notons que cette deuxième limite vaut également pour la règle de l'effet maximal de Ferenc Majoros. Comme le rappelle Jean Salmon, le droit international est un terrain propice aux conflits de normes pour plusieurs raisons et notamment car « ils sont fonction (...) de l'inexistence d'un juge compétent pour trancher le conflit »⁵⁰⁶.

En définitive, les solutions proposées par le rapporteur public dans l'arrêt *Kandyrine* de 2011 et par Ferenc Majoros ne peuvent toujours pas être envisagées en l'état actuel du droit international, mais il serait sage de ne pas définitivement les écarter, dans l'attente de possibles évolutions de ce dernier.

B – Les propositions tendant à l'harmonisation des traités en conflits

Outre l'interprétation des deux traités telle que nous avons pu la voir dans le paragraphe précédent, il a été souvent proposé, comme résolution des conflits entre traités successifs en droit international, de recourir à une lecture harmonieuse de ces derniers. Cette interprétation harmonieuse serait un corollaire du principe de bonne foi dans les relations internationales rappelé par la résolution 2625 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 24 octobre 1970, dictant les sept principes du droit international public⁵⁰⁷. Également, d'après Lauterpacht, « the principle of good faith (...) must be presumed to govern international relations »⁵⁰⁸.

Selon Christopher Borgen « the need for good faith is particularly stark when there is a diversity of parties between the two treaties »⁵⁰⁹. Aussi, il n'est pas rare de lire que le principe de bonne foi conduit à interpréter les traités qu'un même État peut conclure comme ne pouvant être en conflit

Wilfred Jenks énonce dans ce sens que « the presumption against an interpretation which involves a conflict between law-making treaties is simply a detailed application of such fundamental principles of treaty interpretation as the principle of reasonableness, the principle of good faith, and the presumption of consistency with international law »⁵¹⁰.

Dès lors, il semblerait qu'une des solutions à la résolution des conflits entre traités successifs qui ne peuvent pas être évités soit une interprétation harmonieuse de ces derniers qui viserait finalement à nier l'existence d'un conflit.

Charles Rousseau lorsqu'il s'est intéressé à la résolution des conflits de traités en droit international énonçait la chose suivante : « En droit international public, le problème de la contrariété des normes ne peut être ramené dans tous les cas à un problème d'exclusivité dans leur application (...) Sans doute les clauses formelles d'un traité peuvent prononcer l'abrogation d'une stipulation jugée contraire ; (...) mais à côté de ces situations catégoriques, il a place pour des solutions plus nuancées. L'ajustement des situations incompatibles commande parfois leur conciliation ou leur adaptation. C'est là une formule mixte, plus souple, plus conforme aussi au fondement propre du droit des gens »⁵¹¹.

Implicitement, il semble que Charles Rousseau estimait lui aussi qu'il faille recourir à l'harmonisation des traités en conflit.

⁵⁰⁶ J. Salmon, Les antinomies en droit international public, préc., p. 318.

⁵⁰⁷ ONU, Assemblée générale, résolution 2625 (1980), 24 oct. 1980, Doc. A/RES/25/2625.

⁵⁰⁸ H. Lauterpacht, Rapport du 24 mars 1953, préc., p. 156.

⁵⁰⁹ C. Borgen, Resolving treaty conflicts, préc., p. 641-642.

⁵¹⁰ W. Jenks, The conflict of law-making treaties, préc., p. 428.

⁵¹¹ Ch. Rousseau, De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international, préc., p. 153.

Une partie de la doctrine s'accorde à dire que l'on puisse résoudre une partie des conflits de traités successifs par l'harmonisation *via* la mise en jeu du principe de bonne foi. La bonne foi supposée conduit à penser que l'État doublement engagé n'a pas voulu signer de traité contradictoire. Il faut interpréter le second traité à la lumière du premier, voire l'inverse bien que cela soit moins aisément défendable.

Cependant, cette solution n'est plus envisageable lorsque l'on ne retrouve pas une identité des cocontractants. En effet, les principes *res inter alios acta* et *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* empêchent, lorsque deux traités successifs en conflit ne réunissent pas les mêmes parties, une interprétation harmonieuse de ceux-ci.

Comme le souligne très justement Jan Klabbbers, l'harmonisation « will normally entail that one treaty will be brought into line with the other. But on what basis can an objective decision be made to interpret treaty A so as to accommodate treaty B, rather than the other way round? Doing so goes (in abstract at any rate) against the interest of parties A that are not parties to B, and therewith stumbles, once again, on the idea that treaties are ever so many *res inter alios acta* »⁵¹².

En définitive, la résolution par harmonisation des traités incompatibles n'est une nouvelle fois permise que dans le seul cadre de traités conflictuels impliquant une identité des parties, ce qui ne pallie aux insuffisances de la Convention de Vienne de 1969.

Pour finir, il sied de s'intéresser aux solutions que peut apporter l'interprétation du PARE.

C – L'apport problématique du PARE

Selon Jan Klabbbers, le principe de la liberté politique de Manfred Zuleeg peut s'expliquer par la contradiction en droit international de quatre principes dans des situations de conflits n'impliquant pas les mêmes parties.

Premièrement le principe de la liberté de contracter accordé aux États qui est un des nombreux aspects de leur souveraineté. Deuxièmement, le principe de *pacta sunt servanda* qui veut que toute convention dûment signée soit respectée. Troisièmement, le principe *res inter alios acta* selon lequel chaque traité est valide entre les Parties à celui-ci. Enfin, le principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* d'après lequel un traité ne produit d'effet qu'entre ses parties.

Il ressort du respect de ces différents principes qu'une règle de conflit ne pourra renvoyer, comme le fait l'article 30§5 de la Convention de Vienne, qu'à la responsabilité internationale de l'État qui serait doublement engagé envers deux autres États *via* des traités en conflits. Cet État sera en outre libre de choisir quel traité il honorera et sur la base duquel il verra sa responsabilité engagée.

Nous avons vu que, tout comme l'interprétation ou l'harmonisation sont inefficaces concernant les conflits de traités successifs sans identité des parties, le principe hiérarchique connaît des limites.

Dans son raisonnement, Jan Klabbbers ajoute que « the law of responsibility is itself inconclusive, in that it does not say which of the partners should be given preference; it leaves this decision to the one party that has brought the problems on to itself. Hence, neither the law of treaties nor the law of state responsibility is capable of providing an abstract answer to the

⁵¹² J. Klabbbers, *Treaty conflicts and the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 89.

question which treaty prevail in case of conflict »⁵¹³.

Selon nous, cette dernière affirmation n'est aujourd'hui plus totalement d'actualité. Alors que nous rejoignons son point de vue quant à l'inaptitude du droit des traités à résoudre des conflits de traités successifs sans identité des parties, nous pensons que la vision nouvelle de la responsabilité internationale des États permet une conclusion différente.

La Commission du droit international qui s'est penchée entre 1949 et 2001 sur la question de la responsabilité des États pour fait internationalement illicite a totalement réinventé la matière en objectivant la responsabilité. Désormais, l'engagement de la responsabilité internationale d'un État est soumis à la réunion de deux conditions : un fait internationalement illicite doit être commis et ce fait doit être attribuable à un État.

L'article 2 du PARE définit quant à lui le fait internationalement illicite comme constituant une « violation d'une obligation internationale de l'État ».

Chronologiquement, selon le raisonnement juridique, il faut en premier lieu s'intéresser à la question de l'attribution. En effet, on ne peut pas savoir si il y a violation d'un fait sans savoir à qui ce fait est attribué. Une fois le fait attribué à un État, va enfin pouvoir se poser la question des obligations primaires qui incombent à ce sujet et finalement si elles ont été violées.

Il se peut qu'un fait ne puisse être qualifié d'illicite si imputé à un État alors qu'il le pourra si imputé à un autre État. Le cas des traités successifs ne réunissant pas une identité totale des cocontractants en est la preuve formelle.

Prenons l'exemple d'un État A qui s'engage envers un État B par un traité X. Quelques temps plus tard, ce même État A s'engage cette fois-ci envers C par un traité Y. Partant du principe que les procédures d'élaboration et de ratification des traités X et Y respectent le droit des traités, ces deux traités seront au regard du droit des traités valides. Or les obligations contenues dans le traité Y sont en réalité incompatibles avec celles du traité X. Selon l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969, les deux traités étant valides, l'État A devrait avoir le choix du traité qu'il entend respecter, laissant alors à l'État B ou C le soin d'engager sa responsabilité.

Cependant, au regard maintenant du droit de la responsabilité des États, ne pourrait-on pas considérer que le traité Y constitue une violation de l'obligation internationale que l'État A avait à l'égard de l'État B ? Et que, dès lors, selon l'article 2 du PARE, cela constituerait un fait internationalement illicite ?

Un État doit certes toujours pouvoir se voir reconnaître une liberté de contracter ; pourtant, la logique juridique et le droit de la responsabilité des États veulent que cette liberté soit circonscrite par ses engagements précédents. Autrement dit, nous pensons qu'il serait opportun de parler d'une portée limitée du principe de la liberté d'engagement des États et non pas d'un principe dérogeable car cela aurait pour finalité de remettre en question son existence qui est au demeurant indéniable.

Dans notre exemple, l'engagement par le traité Y ne constitue pas dans l'absolu et au regard du droit international un fait illicite mais ce même engagement par l'État A constitue, au regard de ses obligations internationales envers B, un fait illicite.

Charles Rousseau lui aussi semblait adhérer à cette vision puisqu'il expliquait que, dans une situation d'incompatibilité de traité avec non-identité des parties « le manquement, l'acte

⁵¹³ *Ibid.*, p. 96-98.

illicite, c'est la conclusion du traité incompatible »⁵¹⁴. Cependant, ce dernier n'en tirait pas plus de conséquences.

Il s'ensuivrait aujourd'hui que le droit de la responsabilité internationale viendrait combler le vide laissé par le droit des traités en disposant que l'État A voit sa responsabilité engagée sur le fondement du traité Y. Autrement dit, la responsabilité internationale voudrait que l'État A respecte en priorité ses obligations X.

Cette lecture combinée du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale gommerait la critique faite à l'article 30§4, à savoir supprimer le principe de la liberté politique sans pour autant remettre en cause le principe fondamental du droit des traités voulant que deux traités successifs incompatibles restent valides.

Dans un second temps cependant, on sait que de la mise en jeu de la responsabilité internationale découlent trois conséquences : tout d'abord, selon l'article 29 du PARE, l'obligation d'exécuter l'obligation principale violée, mais aussi l'obligation de réparation qui peut prendre plusieurs formes selon les articles 35, 36 et 37 du PARE et, enfin, une obligation de cessation du fait illicite avec garantie de non-répétition posée à l'article 30 du PARE.

Ramenée à la problématique des traités successifs, l'obligation d'exécution de l'obligation principale conduirait l'État doublement engagé à honorer le premier des deux traités en conflit. L'obligation de réparation quant à elle se matérialiserait différemment en fonctions des circonstances et serait à évaluer au cas par cas. L'obligation de cessation du fait illicite et de non-répétition pose plus de problèmes.

Un État doublement engagé voyant sa responsabilité mise en jeu devra selon l'article 29 du PARE cesser le fait illicite, fait illicite qui comme nous l'avons démontré est matérialisé par la conclusion d'un accord second contraire (dans notre exemple, le traité Y). Cela signifierait-il une obligation pour l'État doublement engagé de modifier le second traité, voire de le dénoncer si il ne parvenait pas à effectuer les modifications nécessaires ? Plus, que pourrait-on déduire de l'obligation faite à l'État de non-répétition du fait illicite ? Cela ne constituerait-il pas une limite à sa liberté de contracter dans un domaine dans lequel il se serait déjà engagé ?

In fine, le recours à la responsabilité proposée par l'article 30§5 de la Convention de Vienne ne semble pas *a priori* poser de problème car il effacerait les hésitations et les imprécisions du paragraphe 4 de ce même article établissant le principe de liberté politique.

Mais, lorsque l'on pousse le raisonnement jusqu'au bout et que l'on s'intéresse aux conséquences de la mise en jeu de la responsabilité tel qu'énoncées dans le PARE, des incompatibilités entre droit des traités et droit de la responsabilité internationale surgissent.

Lors des travaux au sein de la Commission du droit international, il était convenu que la problématique des traités successifs ne devait pas être envisagée sur le terrain de la validité des traités car ne pouvant pas entraîner une restriction de la liberté de contracter, il apparaît que les conclusions qu'il faille tirer du PARE soit contraires. Semble ici se dessiner ce que Jean Salmon a appelé dans un article de 1965 une « antinomie » du droit international public, définissant cette dernière comme « l'existence, dans un système juridique déterminé, de règles de droit incompatibles »⁵¹⁵.

Pour conclure ce dernier développement, il semblerait qu'il existe en droit international, des solutions tant préventives que résolutive à la problématique des traités successifs. Certaines sont actuellement applicables comme la pratique de la soft-law, d'autres devant

⁵¹⁴ Ch. Rousseau, De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international, préc., p. 191.

⁵¹⁵ J. Salmon, Les antinomies en droit international public, préc., p. 285.

attendre certaines précisions, comme l'usage du chapeau normatif. Enfin, des solutions telles que celles issues du PARE mettent en lumière des disharmonies de l'ordre juridique international que seule une révision de la Convention de Vienne de 1969 serait en mesure de résoudre.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Les solutions proposées tant par la pratique des États que par la doctrine permettent à n'en pas douter de combler en partie les insuffisances du droit positif. Les clauses de conflits qu'insèrent les États dans leurs traités constituent la solution par excellence car elles sont le reflet exact de la volonté des rédacteurs. Cependant, cette technique n'est pas exempte de défauts. L'imprécision parfois constatée de la rédaction de ces clauses vient en limiter l'effectivité et il n'est pas impossible de se trouver face à un conflit de clauses de conflit.

C'est pourquoi, il nous est apparu indispensable d'étudier les différentes propositions doctrinales. Lors de notre examen sur les différentes propositions doctrinales, nous avons constaté que, si certaines d'entre elles sont actuellement acceptables, d'autres nous paraissent nécessiter une plus grande maturation de certains pans du droit international.

L'étude combinée du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale auquel il renvoie nous a conduit à mettre en lumière un palliatif aux critiques faites au travail de codification du droit des traités successifs. Mais, une analyse plus fine des conséquences de la mise en œuvre de cette même responsabilité internationale révèle une antinomie de ces deux branches du droit international.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

On ne peut que se féliciter des apports de la codification du droit des traités. Cette dernière a permis de clarifier certaines incertitudes relatives à la question de la primauté d'un traité sur un autre en cas de conflit. Il nous sera cependant permis de noter que les règles consacrées dans la Convention de Vienne codifient largement les conceptions du droit général qui existaient avant son adoption et qui demeurent la raison d'être de ses dispositions.

Cette contribution ne doit cependant pas occulter les manques latents de la codification. Dans son rapport sur la fragmentation de 2006, la Commission du droit international énonce dans ce sens que « l'article 30 de la Convention de Vienne qui, tout en codifiant largement une pratique non restrictive, ne règle pas certaines des questions les plus épineuses. Ainsi, il est vraiment peu satisfaisant que la partie qui a conclu des accords incompatibles ait le droit de choisir celui des accords qu'elle honorera et celles des parties qui devront se contenter de mettre éventuellement sa responsabilité en jeu »⁵¹⁶.

La Commission fait ici référence au principe de la liberté politique qui peut être gommé par une lecture combinée du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale auquel celui-là renvoie en cas de conflit entre traités successifs n'impliquant pas les mêmes parties.

Outre cette solution qui nous conduit, *in fine*, à constater une antinomie en droit

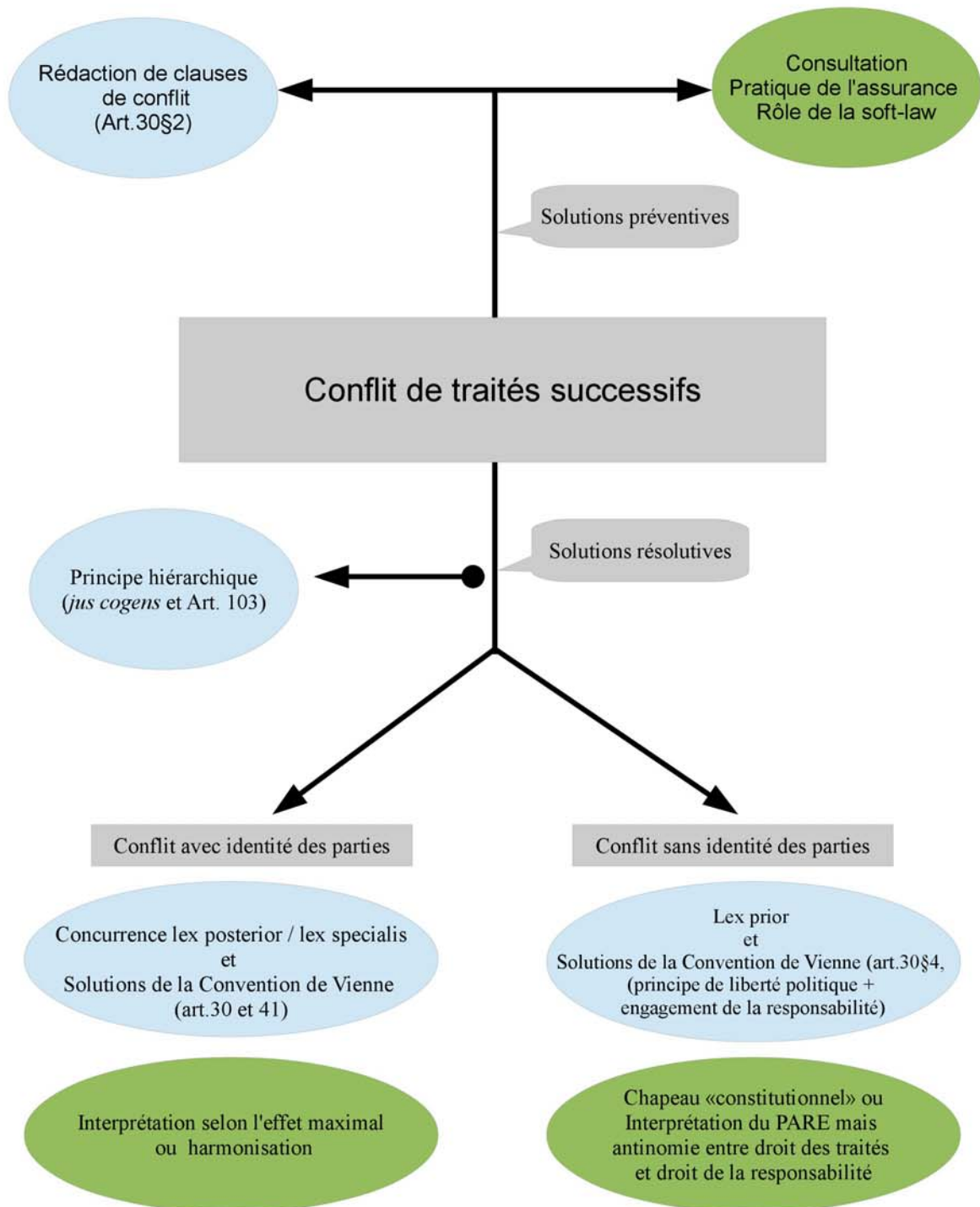
⁵¹⁶ ONU, Commission du droit international, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, préc., p. 180.

international, des propositions doctrinales permettent de minimiser l'effet néfaste des conflits entre traités successifs en élaborant des solutions tant préventives que résolutives.

Enfin, la Convention de Vienne, en incitant les États à inclure dans leurs traités des clauses de conflit, démontre l'importance d'un tel processus dans la prévention de tout conflit entre traité successif. La rédaction de clauses de conflit claires et efficaces s'avère être l'outil le plus performant pour éviter tout conflit de traité successifs ou du moins d'en permettre une résolution simple. C'est finalement entre les mains des États, et des négociateurs, que se retrouve la meilleure arme et le remède le plus efficace aux problématiques soulevées par les traités successifs.

Schéma récapitulatif des solutions dégagées dans notre étude

- = Solutions existantes
 = solutions nouvelles



CONCLUSION GÉNÉRALE

« C'est-à-dire qu'il y aura toujours une certaine marge d'incompatibilité quasi-irréductible et en tout cas insoluble d'après les procédés techniques du seul droit positif »⁵¹⁷. Voilà comment concluait Charles Rousseau en 1932 son étude relative aux compatibilités des normes juridiques contradictoires. Dans le même sens, Jean Salmon achevait son raisonnement en énonçant que « [l]e droit international s'applique sans heurt tous les jours, dans d'innombrables situations. Mais le jeu de ces critères juridiques, leur interprétation, leur interpénétration pure et simple relèvent dans certains cas de l'opportunité politique »⁵¹⁸.

Nous rejoignons ces auteurs lorsqu'ils estiment que la problématique de ce qu'on appelle aujourd'hui les traités successifs est liée à la structure du droit international. Il faut le reconnaître, parfois, la meilleure solution reste la résolution politique d'un différend par l'interprétation et la négociation. Mais en 2015, il semblerait que la balance penche désormais en faveur de la résolution normative des conflits de traités successifs. Et l'on ne peut que se réjouir d'une telle évolution. Abandonner la résolution des conflits de normes en droit international au seul domaine de la négociation et de l'opportunité politique aurait été doublement critiquable. Tout d'abord, l'inégalité avérée de poids et d'influence entre les différents sujets du droit international se serait nécessairement répercutée sur l'issue des négociations politiques. En effet, nous pouvons facilement imaginer qu'un État puissant, par la contrainte économique réussisse, en l'absence de règles de conflit, à tirer partie d'un conflit de normes au détriment d'États économiquement plus modestes et dépendants.

Aussi et surtout, le traité, à partir du milieu du xx^e siècle, constitua la source du droit privilégiée par les sujets du droit international parce qu'il offrait une prévisibilité et une sécurité juridique que ne permettait pas la coutume. Or, en laissant la résolution des conflits aux aléas des relations internationales et de la vie politique, ces mêmes avantages auraient largement été remis en cause.

Dans le même ordre d'idées, avec la multiplication des traités qu'a connu l'ordre juridique international durant les années qui ont suivi, l'absence de techniques permettant la résolution de conflits hypothétiques aurait eu des conséquences néfastes sur la cohérence de ce même ordre juridique.

C'est pourquoi, depuis le constat alarmant de Charles Rousseau en 1932, nous avons pu observer un net progrès dans la prise en compte par le droit international de la question des traités successifs et des problèmes qui en découlent.

Le droit international général dans un premier temps, *via* la consécration d'une hiérarchie des normes, a permis de résoudre une part non négligeable des conflits. Également, avec la reconnaissance de certains principes généraux, certaines incompatibilités ont été solutionnées.

La codification du droit des traités a, elle aussi, apporté sa pierre à l'édifice en clarifiant certaines questions que soulevait le droit international général tout en invitant les États à rédiger des clauses de conflits, lesquelles restent selon nous le meilleur atout à l'heure actuelle du droit international dans la résolution de conflits de traités successifs.

Nous avons démontré dans nos propos introductifs que l'augmentation de la normativité parallèle et les contradictions résultant de la collision entre traités successifs constituaient l'aspect négatif majeur du mouvement dans lequel s'est lancé le droit

⁵¹⁷ Ch. Rousseau, De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international, préc., p. 192.

⁵¹⁸ J. Salmon, Les antinomies en droit international public, préc, p. 319.

international, sa spécialisation.

Néanmoins, les outils dégagés tout au long de nos développements en relativisent l'ampleur. Aujourd'hui, la problématique des traités successifs est certes toujours présente mais n'est plus endémique.

Au demeurant, l'éradication du problème des traités successifs reste aléatoire pour la simple raison que celui-ci reste finalement endogène au droit international. En effet, tant que les procédés d'élaboration de ce droit resteront fragmentaires et désordonnés, il faudra se résoudre à l'existence de disharmonies.

Il ressort de notre étude que tous les outils que propose le droit international connaissent des limites qui leur sont propres et qu'il existe des conflits encore irréductibles. Certaines solutions proposées en doctrine pourraient éventuellement permettre de supprimer cette ombre au tableau que constituent les conflits entre traités successifs sans identité des Parties, mais le droit international ne semble pas encore prêt à accepter les modifications qu'elles nécessitent.

C'est pourquoi il a été facilement et rapidement admis que, face à ces situations, un renvoi à la responsabilité internationale devait être opéré. Or, là encore, la mise en jeu de cette responsabilité, poussée à son terme, met en lumière une antinomie entre droit des traités et droit de la responsabilité internationale.

Nous sommes donc dans l'obligation de convenir qu'aujourd'hui, le droit international n'a pas encore les armes pour éliminer la problématique des traités successifs, et cela n'a rien de surprenant, car ils constituent la conséquence logique d'un ordre juridique basé sur la souveraineté inaliénable de ses sujets principaux.

Éradiquer le phénomène des traités successifs reviendrait à imposer des solutions brutales, mécaniques à un ordre juridique dont le maître mot est, et a toujours été, le consensualisme et l'accord des volontés. Même lorsqu'on leur propose des armes pour se défendre, certains États semblent parfois préférer se résoudre au combat à mains nues. Une illustration peut être trouvée à l'occasion d'un conflit survenu entre les États-Unis et les États membres de l'Union européenne en 1993⁵¹⁹. Alors qu'il leur était possible de recourir aux solutions proposées par le droit international général et celles codifiées dans la Convention de Vienne, ces États ont préféré résoudre leur différend par la voie de la négociation politique.

Il serait vain d'espérer offrir, par le droit positif, une solution pleine, entière et définitive aux traités successifs. Outre que les États ne sont pas enclins à abandonner toute solution par la négociation politique, cela aurait pour conséquence de vouloir ordonner et hiérarchiser un ordre juridique qui ne semble pas prêt à de telles mutations.

S'il est vrai, comme l'énonçait déjà André Decencière-Ferrandière, que le rôle du théoricien est « bien moins de poser des normes que de résoudre des conflits entre les normes »⁵²⁰, alors il semble que le droit international ait pris la bonne voie. Un long chemin a été parcouru depuis que la question des conflits de normes en droit international anime la doctrine internationaliste et désormais, les conflits irréductibles constituent l'exception.

Nous avons ouvert nos propos sur une métaphore de Jorge Cardona Llorens comparant

⁵¹⁹ Voir, sur cette affaire, J. Grimes, Comment: Conflicts Between EC Law and International Treaty Obligations: A Case Study of the German Telecommunications Dispute, *Harvard international law journal*, 1994.

⁵²⁰ A. Decencière-Ferrandière, « Du principe "*pacta sunt servanda*" considéré comme la norme fondamentale du droit international », dans les *Miscelanea Patxot*, Barcelone, 1931 ; cité dans Ch. Rousseau, De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international, préc., p. 191.

l'ordre juridique international à une tapisserie. Il nous sera permis maintenant de nous questionner sur la différence entre une tapisserie considérée comme une œuvre d'art et une tapisserie élevée au rang de chef-d'œuvre ? Outre l'existence et la maîtrise de techniques, nous pensons que la réponse se trouve dans l'habileté et l'ingéniosité avec laquelle le concepteur en fait usage. Une conclusion semblable peut alors être tirée dans la cohérence du système juridique international. Nous pourrions multiplier les outils de résolution des conflits de traités successifs, il reste *qu'in fine* c'est aux États que reviendra la tâche d'en user à bon escient.

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages

A) Ouvrages généraux

- Anzilotti (D.), *Cours de droit international*, Paris, Panthéon-Assas, 1999, 534p.
- Bederman (D.), *International law framework (Concepts and insights)*, New York, Foundation Press, 3ème éd., 2010, 284p.
- Daillier (P.) Forteau (M.) et Pellet (A.), *Droit International Public*, Paris, L.G.D.J., 8ème éd., 2009, 1709p.
- Combacau (J.) et Sur (S.), *Droit International Public*, Paris, L.G.D.J., 11ème éd., 2014, 830p.
- Dupuy (PM.) et Kerbrat (Y.), *Droit international Public*, Paris, Dalloz, 12ème éd., 2014, 921p.
- Kelsen (H.), *Théorie générale des normes*, Paris, P.U.F., 616p.
- Oppenheim (L.F.L.) , *International law*, Oxford, Oxford University press, 7ème éd., 684p.
- Rousseau (C.), *Principes généraux du droit international public*, Paris, Pedone, 975p.
- Rivier (R.), *Droit international public*, Paris, P.U.F., 2ème éd., 2012, 701p.
- Scelle (G.), *Cours de droit international public : Manuel élémentaire*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, 764p.
- Scelle (G.), *Manuel de droit international public*, Paris, Montchrestien, 1948, 1008p.
- Shaw (M.), *International law*, Cambridge, Cambridge University Press, 6ème éd., 2008, 1066p.

B) Ouvrages spécialisés

- Aust (A.), *Modern treaty law and practice*, Cambridge, Cambridge university press, 2000, 610p.
- Bastid (S.), *Les traités dans la vie internationale*, Paris, Economica, 1985, 303p.
- Blix (H.) et Emerson (J.), *Treaty Maker's Handbook*, New York, Oceana publications, 1973, 355p.
- Cheng (B.), *General Principles of Law as applied by international courts and tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 544p.
- Combacau (J.), *Le pouvoir de sanction de l'ONU*, Paris, Pedone, 394p.
- Corten (O.) et Klein (P.), (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités, commentaire articles par articles*, Paris, Bruylant, 2007, 3ème éd., 3024p.
- Farnsworth (A.), *Contracts*, Boston, Brown & company, , 3ème éd., 1999, 1088p.
- Gaggioli (G.), *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, Paris, Pedone, 2013, 614p.
- Gentili (A.), *Les trois livres sur le droit de la guerre*, 1598, traduction de Dominique Gaurier, Limoges, Pulim, 2012, 659p.
- Goodrich (L.) et Hambro (E.), *Charter of the United Nations, Commentary and documents*, Londres, Stevens and Sons Limited, 1949, 386p.
- Grotius (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, 1625, traduit par Paul Pradier-Fodéré, Paris, Guillaumin et C., 1867, réédité par D. Alland et S. Goyard-Fabre, Paris, P.U.F., 1999, 888p.
- Hennebel (L.) et Tigroudja (H.) (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, 416p.
- Huesa Vinaixa (R.) et Wellens(K.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 304p.
- Klabbers (J.), *Treaty conflicts and the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 284p.

- Kolb (R.), *Ius contra bellum, le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2003, 324p.
- Kolb (R.), *Théorie du ius cogens international*, Paris, P.U.F., 2001, 401p.
- Majoros (F.), *Les conflits de conventions internationales en matière de droit privé*, Tome I, Paris, Pedone, 1976, 568p.
- Majoros (F.), *Les conflits de conventions internationales en matière de droit privé*, Tome II, Paris Pedone, 1980, 612p.
- Newman (R.A.) (dir.), *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Oxford, Oxford University Press, 1962, 670p.
- Pauwelyn (J.), *Conflict of norms in international law : how WTO law relates to other rules of international law*, Cambridge, Cambridge university press, 2003, 560p.
- Reuter (P.), *La convention de Vienne du 26 mai 1969 sur le droit des traités*, Paris, Armand Colin, 1970, 96p.
- Reuter (P.), *Introduction au droit des traités*, Paris, PUF, 3ème éd., 1995, 251p.
- Sadat-Akhavi (A.), *Method of resolving conflicts between treaties*, Leiden, Brill, 2003, 228p.
- Sarooshi (D.), *The United Nations and the development of collective security – The delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 334p.
- Seiderman (I. D.), *Hierarchy in international law, the human right dimension*, Oxford, Intersentia, 2001, 335p.
- Simma (B.) (dir.), *The Charter of the United Nations – A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2ème éd., 2608p.
- Sinclair (I.), *The Vienna convention of the law of treaty*, Manchester, Manchester university press, 2ème éd., 1984, 265p.
- Tams (C.), *Enforcing obligations erga omnes in international law*, Cambridge, Cambridge university press, 2010, 424p.
- de Vattel (E.), *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliquée à la conduite et aux affaires des Nations souveraines*, Londres, 1758, vol. I, 594p.

II – Cours de l'Académie de Droit International de La Haye

- Agó (R.), « Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne », *R.C.A.D.I.*, 1971, vol. 134, pp. 297-331.
- Bourquin (M.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1931, vol. 35, pp. 1-232.
- Do Nascimento e Silva (G. E.), « Le facteur temps et les traités », *R.C.A.D.I.*, 1977, vol. 154, pp. 215-298.
- Dupy (P.M.), « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 2000, vol. 297, pp. 9-496.
- Kelsen (H.), « Théorie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1953, pp. 117-352.
- Kolb (R.), « L'article 103 de la Charte des Nations Unies », *R.C.A.D.I.*, 2013, vol. 367, p. 9-252.
- Lachs (M.), « The development and general trend of international law in our time », *R.C.A.D.I.*, 1980, tome 169, pp. 9-377.
- Moncayo (G.R.), « La médiation pontificale dans l'affaire du Canal de Beagle », *R.C.A.D.I.*, 1993, vol. 242, pp. 1-434.
- Roucounas (E.), « Engagements parallèles et contradictoires », *RCADI*, 1987-IV, vol. 206, pp. 9-288.

III – Dictionnaires

- Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1197p.

IV – Articles

- Akehurst (M.), « The hierarchy of sources in international law », *B.Y.B.I.L.*, 1975, vol. 47, pp. 273-285.

- Aufricht (H.), « Supersession of treaties in international law », *Cornell law review*, 1952, vol. 37, pp. 655-700.
- Barberis (J. A.), « Le concept de 'traité international' et ses limites », *A.F.D.I.* 1984, pp. 239-270.
- Borgen (C.), « Resolving treaty conflicts », *George Washington International Law Review*, 2005, vol.35, pp. 573-648.
- Boucher (J.), Conclusions sur l'arrêt du 23 déc. 2011, Kandyrine de Brito Paiva, n°303678, *R.F.D.A.*, janv.-fév. 2012, n°1, pp. 1-14.
- Cardona Llorens (J.), « Le rôle des traités », in Huesa Vinaixa (R.) et Wellens (K.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 25-51.
- Crnic-Grotic (V.), « Object and purpose of treaties in the Vienna Convention », *As.Y.I.L.*, 1997, pp. 141-174.
- Cocatre-Zilgien (A.), « La compatibilité du pacte turco-iraquien et les obligations internationales antérieures des Etats membres », *A.F.D.I.*, 1955, pp. 158-165.
- Czaplinski (W.) et Danilenko (G.), « Conflicts of norms in international law », *N.Y.I.L.*, 1990, vol. 21, pp. 3-42.
- Decenière-Ferrandière (A.), « Du principe « *pacta sunt servanda* » considéré comme la norme fondamentale du droit international », dans les *Miscelanea Patxot*, Barcelone, 1931, pp. 236-252.
- Dederer (H.G.), « Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums », *ZaöRV*, vol. 66, 2006, pp. 605-606.
- Dupuy (P.M.), « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », in Huesa Vinaixa (R.) et Wellens (K.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. V-XXII.
- Dutheil de la Rochère (J.), « L'affaire du Canal de Beagle (sentence rendue par le reine d'Angleterre le 22 avril 1977) », *A.F.D.I.*, 1977, vol. 23, pp. 408-435.
- Economides (C. P.) et Kolliopoulos (A. G.), « La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable », *R.G.D.I.P.*, 2006, pp. 273-302.
- Eisemann (P. M.) « Le 'gentlemen's agreement' comme source du droit international », *J.D.I.*, 1979, pp. 326-348.
- Fassbender (B.), « The United Nations charter as constitution of the international community », *C.J.T.L.*, 1998, pp. 529-619.
- Gauthier (M.), « Le Conseil d'Etat et les conflits entre conventions internationales : du nouveau mais pas trop. A propos de l'arrêt d'Assemblée du 23 décembre 2011, M. Kandyrine de Brito Paiva », *Droit Administratif*, juin 2012, n°6, étude 11, pp. 5-12.
- Gautier (M.), « Les conflits entre conventions internationales devant le juge administratif français », *Droit administratif*, Mai 2002, n°5, chron. 9 (pages non communiquées en ligne).
- Glennon (M.J.), « De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*) », *R.G.D.I.P.*, 2006, pp. 529-536.
- Gowlland-Debbas (V.), « The limit of unilateral enforcement of community objectives in the framework of UN Peace Maintenance », *E.J.I.L.*, 2000, pp. 361-383.
- Grimes (J.), « Comment: Conflicts Between EC Law and International Treaty Obligations: A Case Study of the German Telecommunications Dispute », *Harvard international law journal*, 1994, pp. 535-595.
- de Hoogh (A.), « The relationship between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and international crime : peremptory norms in perspective », *A.J.P.I.L.*, 1991, pp. 183-192.
- Jenks (W.), « The conflict of law-making treaties », *B.Y.B.I.L.*, 1953, pp. 401-453.
- Kirchner (S.), « Relative normativity and the constitutional dimension of international law : a place for values in the international legal system ? », *German law journal*, 2004, vol. 5, n°1, pp. 47-64.
- Kolb (R.), « Does article 103 of the Charter of the United Nations apply only to decisions or also to authorizations adopted by the security council ? », *ZaöRV*, 2004, pp. 21-35.
- Kolb (R.), « La détermination du concept de *jus cogens* », *R.G.D.I.P.*, 2014, pp. 5-29.
- Kolb (R.), « Nullité, inapplicabilité ou inexistence d'une norme coutumière contraire au *jus cogens* universel ? », *R.G.D.I.P.*, 2013, pp. 281-298.
- Lauterpacht (E.), « Gentlemen's Agreements », *Mél. Mann*, 1977, pp. 381-398.

- Lauterpacht (H.), « The Covenant as the 'higher law' », *B.Y.B.I.L.*, 1936, pp. 54-65.
- Lauwaars (R. H.), « The interrelationship between United Nations Law and the Law of Other International Organizations », *Michigan Law Review*, pp. 1604-1619.
- Linderfalk (U.), « International legal hierarchy revisited – the status of obligations *erga omnes* », *N.J.I.L.*, 2011, pp. 1-23.
- Linderfalk (U.), « The principle of rational decision-making as applied to the identification of normative conflicts in international law », *ZaöRV*, 2013, pp. 591-613.
- Linderfalk (U.), « What's so special about *jus cogens* : on the difference between the ordinary and the peremptory international law », *I.C.L.R.*, 2014, pp. 3-18.
- Maia (C.), « Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la cour interaméricaine des droits de l'Homme », in Hennebel (L.) et Tigroudja (H.) (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 271-312.
- Majoros (F.) et Dutoit (B.), « Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles », *Revue Critique de Droit International Privé*, 1984, pp. 565-596.
- Rousseau (C.), « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *R.G.D.I.P.*, 1932, pp. 133-192.
- Reuter (P.), « Traités et transactions – Réflexions sur l'identification de certains engagements conventionnels », *Mél. Ago I*, pp. 399-415.
- Salmon (J.), « Les antinomies en droit international public », in Perelman (C.) (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, pp. 285-319.
- Sicilianos (L.A.), « The classification of obligations and the multilateral dimension of the relations of international responsibility », *E.J.I.L.*, 2002, pp. 1127-1145.
- Simon (D.), « Compatibilité avec le droit communautaire originaire des accords bilatéraux conclus par les Etats membres avant leur adhésion à l'Union », *Revue Europe*, mai 2009, étude n°177.
- Sorensen (M.), « Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1973, vol. 55, pp. 1-116.
- Verhoeven, « Traités ou contrats entre Etats ? », *J.D.I.*, 1984, pp. 5-36.
- Vierdag (E.W.), « The Time of 'Conclusion' of a multilateral treaty : article 30 of the Vienne Convention of the Law of Treaties and Related Provisions », *B.Y.B.I.L.*, 1988, vol. 59, pp. 75-110.
- Virally (M.), « Réflexions sur le *jus cogens* », *A.F.D.I.*, 1966, vol. 12, pp. 5-29.
- Vranes (E.), « The definition of 'norm conflict' in international law and legal theory », *The european journal of international law*, 2006, vol.17, pp. 395-418.
- de Wet (E.), « The emerging international constitutional order : the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making », *P.E.L.J.*, 2007, vol. 10, n°2, pp. 21-46.
- Wolfram (K.), « Conflicts between treaties », *Encyclopédie de droit international*, 1992, vol. IV.
- Wright (Q.), « Conflict between international law and treaties », *A.J.I.L.*, 1979, vol. 11, n°3, pp. 566-579.
- Zuleeg (M.), « Vertragskonkurrenz im Völkerrecht, teil 1: Verträge zwischen souveränen Staaten », *G.Y.B.I.L.*, 1977, vol.20, pp. 246-276.

V – Articles informatives

- Milanovic (M.), Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law (January 5, 2010). HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. XIX/1, Orna Ben-Naftali ed., Oxford University Press, 2010 . Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1531596>.
- Schultz (A.), « The relationship between the judgments project and other international instruments », *Hague Conference on Private International Law*, Prel. Doc. No. 24, http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd19e.pdf.
- Waincymer (J.), « Cartagena protocol of biosafety », <http://www.apec.org.au/docs/waincymer2001.pdf>

VI – Thèses et mémoires

RIVIER (R.), *Droit impératif et juridiction internationale*, thèse en droit, Université de Paris II, 2001, 575p.

Lagerwall (A.), *Le principe ex injuria jus non oritur en droit international contemporain*, thèse en droit, Université Libre de Bruxelles, 2008, 477p.

VII – Jurisprudence

A) Cour Permanente de Justice Internationale

1) Arrêts

CPJI, arrêt, 30 août 1924, Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, (Grèce c. Royaume-Uni), Recueil 1924, série A, n°2, pp. 6-37.

CPJI, arrêt, 04 avril 1939, Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie (Bulgarie c. Belgique), série A/B, n°77, pp. 64-85.

2) Avis consultatifs

CPJI, Avis consultatif, 21 fév. 1925, Echange des populations grecques et turques, série B, n°10, pp. 5-26.

CPJI, Avis consultatif, 05 sept. 1931, Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche (protocole du 19 mars 1931), série A/B, n°41, pp. 37-54.

B) Cour internationale de justice

1) Arrêts

CIJ, arrêt, 05 fév. 1970, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Recueil 1970, pp. 3-53.

CIJ, arrêt, 27 juin 1986, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis), Recueil 1986, pp. 14-150.

CIJ, 25 sept. 1997, Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie), Recueil 1997, pp. 7-84.

CIJ, Arrêt, 03 fév. 2006, Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda), Recueil 2006, pp. 168-283.

CIJ, arrêt, 03 fév. 2012, Immunités juridictionnelles de l'Etat, (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), Recueil 2012, pp. 99-156.

CIR, arrêt, 20 juil. 2012, Affaire des Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), Recueil 2012, pp. 422-463.

CIJ, arrêt, 27 janv. 2014, Différend maritime (Pérou c. Chili), Recueil 2014 (non encore relié).

2) Avis consultatifs

CIJ, Avis consultatif, 28 mai 1951, Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Recueil 1951, pp. 15-69.

CIJ, Avis consultatif, 08 juil. 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Recueil 1996, pp. 226-267.

C) Arbitrage

Affaire du Canal de Beagle, sentence arbitrale du 18 fév. 1977, *R.S.A.*, vol. XXI, pp. 53-264.

D) Cour Européenne des Droits de l'Homme

Cour EDH, arrêt, 07 mai 1974, Neumeister c. Autriche (article 50), requête n°1936/63, *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme*, série A n° 17.

Cour EDH, arrêt, 26 mai 1993, Brannigan Mc. Bride c. Royaume-Uni, requête n°14554/89, *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme*, série A n°258-B.

Cour EDH, arrêt, 21 nov. 2001, Al-Adsani c. Royaume-Uni, requête n° 35763/97, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XI, pp. 117-156.

Cour EDH, arrêt, 12 nov. 2008, Demir et Baykara c. Turquie, requête n° 34503/97, *Recueil des arrêts et décisions*, 2008-V, pp. 333-394.

Cour EDH, arrêt, 07 juil. 2011, Al-Jedda c. Royaume-Uni, requête n°27012/08, *Recueil des arrêts et décisions*, 2011-IV, pp. 383-464.

Cour EDH, arrêt 12 sept. 2012, affaire Nada c. Suisse, requête n° 10593/08, *Recueil des arrêts et décisions*, 2012-V, pp. 115-214.

Cour EDH, arrêt, 26 nov. 2013, Al-dulimi et Montana management Inc. c. Suisse, requête n° 5809/08, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-138563>.

E) Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme

CIADH, Avis consultatif, 17 sept. 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, OC-18/03, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf.

F) Cour de Justice de l'Union Européenne

CJCE, Arrêt, 27 fév. 1962, Commission c. Italie, C-10/61, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance*, pp. 7-24.

CJCE, Arrêt, 14 oct. 1980, Avocat général c. Juan C. Burgoa, C-812/79, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance*, pp. 2789-2809.

CJCE, Arrêt, 26 oct. 1982, Kupferberg, C-104/81, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance*, pp. 3644-3671.

CJCE, Arrêt, 25 juil. 1991, Alfred Stoeckel, C-345/89, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance*, pp. I-4062-I-4068.

CJCE, Arrêt, 28 mars 1995, Evan Medical Ltd et Macfarlan Smith Ltd, C-324/93, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance*, pp. I-596-I-614.

CJCE, Arrêt, 14 janv. 1997, Centro-Com Srl c. HM Treasury Bank of England, C-124/95, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance*, pp. I-114-I-133.

TPICE, arrêt, 12 oct. 2000, Jt's Corporation Ltd. contre Commission des Communautés européennes, T-123/99, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance*, pp. II-3272-II-3299.

CJCE, arrêt, 11 avril 2002, Rudolf Gabriel, C-96/00, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance*, pp. I-6384-I-6406.

CJCE, Arrêt, 19 oct. 2003, Budajovicky Budvar, C-216/01, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance*, pp. I-13657-I-13710.

CJCE, arrêt, 03 sept. 2008, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union Européenne et Commission des Communauté des Européennes, C-402/05. , *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance*, p. I-06351.

CJUE, Arrêt, 03 mars 2009, Commission c. Autriche, C-205/06, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance*, p. I-01301.

CJUE, Arrêt, 03 mars 2009, Commission c. Suède, C-249/06, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance*, p. I-01335.

G) Cour de justice centre-américaine

Cour de justice centre-américaine, sentence, 30 sept. 1916, Costa-Rica c. Nicaragua, *A.J.I.L.*, 1917, pp. 181-229.

Cour de justice centre-américaine, sentence, 09 mars 1917, République du Salvador c. Nicaragua, *A.J.I.L.*, 1917, pp. 674-730.

H) Tribunal international Pénal pour l'Ex-Yougoslavie

TPIY, chambre de première instance, Arrêt, 10 déc. 1998, Le procureur c/ Anto Furundzija, affaire n° IT-95-17/1-T, <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/fr/fur-tj981210f.pdf>.

TPIY, chambre d'appel; Arrêt, 15 juil. 1999, Duško Tadić, affaire n° IT-94-1-A, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-991507f.pdf>.

I) Centre international pour le règlement des différends relatifs à l'investissement

CIRDI, Sentence arbitrale, 31 janv. 2006, Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A c. Jordanie, aff. n°ARB/02/13.

J) Organe de Règlement des Différends de l'Organisation Mondiale du Commerce

ORD, rapport du groupe spécial, 06 avril 1999, Inde - Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels, WT/DS90/R, https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/90r.pdf.

K) Jurisprudence interne française

Conseil d'Etat, arrêt, 30 octobre 1998, M. Sarran, M. Levacher et autres, *Recueil Lebon*, 1998, pp. 369-372.

Conseil d'Etat, Arrêt, 21 avril 2000, Zaïdi, *Receuil Lebon*, 2000, pp. 159-160.

Conseil d'Etat, Arrêt, 23 déc. 2011, M. Kandyrine de Brito Paiva, *Recueil Lebon*, pp. 624-646.

L) Jurisprudence interne américaine

Cour Suprême, Arrêt, 17 avril 1984, Trans World Airlines c. Franklin Mind Corp, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/243/case.html>.

Cour d'appel du septième circuit, Arrêt, 17 nov. 1998, Menominee indian tribe of Wisconsin c. Tommy G. Thompson, <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/161/449/612345/>.

VIII – Textes internationaux

Pacte de la Société des Nations, Paris, 28 juin 1919, entrée en vigueur le 10 janv. 1920.

Convention relative à l'aviation civile internationale, Chicago, 07 déc. 1944, entrée en vigueur le 04 avr. 1947.

Charte des Nations Unies, San Francisco, 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 oct. 1945.

Traité de l'Atlantique Nord, Washington D.C., 4 avril 1949, entré en vigueur le 24 août 1949.

Convention de New York sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale, New York, 7 mars 1966, entrée en vigueur le 04 janv. 1969.

Convention de Vienne sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janv. 1980.

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 11 avril 1980, entrée en vigueur le 1er janv. 1988.

Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, Luxembourg, 20 mai 1980, entrée en vigueur le 1er sept. 1993.

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego-Bay, 10 déc. 1982, entrée en vigueur le 16 nov. 1994.

Convention européenne sur la télévision transfrontière, Strasbourg, 05 mai 1989, entrée en vigueur le 01 mai 1993.

Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, entrée en vigueur le 23 déc. 1993.

Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, Ottawa, 03 décembre 1997, entrée en vigueur le 01 mars 1999.

Convention concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, Genève, 17 juin 1999, entrée en vigueur le 19 nov. 2000.

Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la convention sur le diversité biologique, Montréal, 29 janv. 2000, entré en vigueur le 11 septembre 2003.

Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, Rome, 03 nov. 2001, entré en vigueur le 20 fév. 2005.

Protocole de Kiev relatif à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale, Kiev, 21 mai 2003, entré en vigueur le 11 juil. 2010.

Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, Varsovie, 16 mai 2005, entrée en vigueur le 01 déc. 2009.

Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, Varsovie, 16 mai 2005, entrée en vigueur le 01 déc. 2009.

Traité sur l'Union Européenne, Lisbonne, 13 déc. 2007, entré en vigueur le 01 janv. 2009.

Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, Lisbonne, 13 déc. 2007, entré en vigueur le 01 janv. 2009.

IX – Documents officiels

A) Assemblée Générale des Nations Unies

ONU, Assemblée générale, résolution 2625 (1980), 24 oct. 1980, Doc. A/RES/25/2625.

B) Commission du droit international

ONU, Commission du droit international, Report on the law of treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, *Y.I.L.C.*, 1953, vol. II, Doc. **A/CN.4/63**.

ONU, Commission du droit international, Lauterpacht (H.), deuxième rapport, du 08 juil. 1954, *A.C.D.I.*, 1954, vol. II, Doc. **A/CN.4/87**.

ONU, Commission du droit international, Fitzmaurice (G.), troisième Rapport, du 18 mars 1958, *A.C.D.I.*, 1958, vol. II, Doc. **A/CN.4/115**.

ONU, Commission du droit international, Waldock (H.), Deuxième rapport du 20 mars, 10 et 30 avril et 5 juin 1963, *A.C.D.I.*, 1963, vol. II, Doc. **A/CN.4/156 et Add.1-3**.

ONU, Commission du droit international, Waldock (H.), Troisième rapport du 3 mars, 12 juin et 7 juillet 1964, *A.C.D.I.*, 1964, vol. II, Doc. **A/CN.4/167**.

ONU, Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la 16ème session, *A.C.D.I.*, 1964, vol. II, Doc. **A/5809**.

ONU, Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la 18ème session, *A.C.D.I.*, 1966, vol. II, Doc. **A/6309/Rev.1**.

ONU, Commission du droit international, Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires, *A.C.D.I.*, 1966, vol. II, Doc. **A/CN.4/L.117 et Add.1**.

ONU, Commission du droit international, Riphagen (W.), troisième rapport du 12 et 13 mars et du 5 mai 1982, *A.C.D.I.*, 1982, vol. II, part. I, Doc. **A/CN.4/354 et Add.1 et 2**.

ONU, Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 34ème session, *A.C.D.I.*, 1982, vol. II, part. II, Doc. **A/37/10**.

ONU, Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international, 2000, Doc, **A/55/10**.

ONU, Commission du droit international, Projet d'article sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement

illicite, 12 décembre 2001.

ONU, Commission du droit international, Pellet (A.), Dixième rapport de 2005 sur les réserves aux traités du 1er, 14 et 30 juin 2005, Doc. **A/CN.4/558 et Add. 1 et 2.**

ONU, Commission du droit international, La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, 13 avr. 2006, Doc. **A/CN.4/L.682.**

C) Conférence de Vienne de 1969 sur le Droit des Traités

Doc. off., C.R.A., 1ère sess., Commission plénière, 31ème s.

Doc. off., C.R.A., 1ère sess., 37ème s.

Doc. off., C.R.A., 2ème sess., Commission plénière, 92ème s.

Doc. off., C.R.A., 2ème sess., 91ème s.

D) Société des Nations

Société des Nations, Journal officiel, Supplément spécial n°3, 1920.

E) Institut de Droit International

Institut de Droit International, 1981, Session de Dijon, 23ème Commission.

Institut de Droit International, Résolution, 20 août 2005, *Les obligations erga omnes en droit international.*

F) Bureau des affaires juridiques de 'ONU

ONU, Bureau des affaires juridiques, section des traités, Manuel des traités, Deuxième impression, 2005, <https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/French.pdf>.

G) Commission chargée des mesures collectives

ONU, Rapport de la Commission chargée des mesures collectives, document officiel, VI session, supplément n°13, 1951, (A/1881).

H) Union Européenne

Règlement du Conseil mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, Bruxelles, 20 décembre 2010, entré en vigueur 30 déc. 2010, n°1259/2010.

I) Pratique des Etats

Retranscription du mémorandum de l'U.R.S.S. et des réponses françaises et britanniques : Compatibilité ou harmonisation du Pacte Atlantique avec la Charte de l'ONU et les Traités d'alliance antérieurs, *R.G.D.I.P.*, 1950, pp. 765-77

X – Sites internet

www.adm.unige.ch

www.apec.org

www.cairn.info

www.cort.eidh.or.cr

www.curia.eu
www.ejil.org
www.haguejusticeportal.net
www.hcch.net
www.hudoc.echr.cor.int
www.icj-cij.org
www.icty.org
www.justia.com
www.persee.org
www.referenceworks.brillonline.com
www.ssrn.com
www.un.org
www.wto.org

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	5
TABLE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES	7
PREMIÈRE PARTIE : LES SOLUTIONS CLASSIQUES PROPOSÉES PAR LE DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL.....	25
CHAPITRE 1 – LA HIÉRARCHIE RELATIVE ENVISAGÉE PAR CERTAINES RÈGLES DE CONFLIT.....	25
SECTION 1 – UNE TENUE SOUVENT IMPRÉCISE DE CES DIFFÉRENTS CONCEPTS.....	26
§ I – Les obligations erga omnes	26
§ II – L'article 103 de la Charte des Nations Unies.....	29
§ III – Le jus cogens.....	34
SECTION 2 – UNE DISPARITÉ DANS LES EFFETS DE CES DIFFÉRENTS CONCEPTS.....	39
§ I – L'absence de supériorité des obligations erga omnes.....	39
§ II – La priorité d'application des obligations découlant de l'article 103	43
§ III – La nullité des traités en concurrence avec une norme de jus cogens	48
CHAPITRE 2 – LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT COMME SOLUTION PONCTUELLE A LA RÉOLUTION DE CONFLITS NORMATIFS.....	53
SECTION 1 – LES SOLUTIONS OFFERTES PAR LE FACTEUR DE SPÉCIALITÉ	54
§ I – La reconnaissance de la <i>lex specialis</i> en droit international.....	54
A – L'expression de la <i>lex specialis</i> à l'épreuve de la doctrine	54
B – L'expression de la <i>lex specialis</i> à l'épreuve de la jurisprudence internationale.....	56
1 – La <i>lex specialis</i> face aux conflits d'obligations issues d'un même instrument.....	57
2 – La <i>lex specialis</i> face aux conflits d'obligations issus de textes différents.....	58
3 – La <i>lex specialis</i> face aux conflits entre normes conventionnelles et non-conventionnelles.....	59
§ II – Le secours limité de la <i>lex specialis</i> quant à la résolution des conflits de traités successifs	60
A – Les différentes interprétations possibles de la <i>lex specialis</i>	60
B – Les difficultés liées au critère de la spécialité	63
1 – Le rapport délicat droit spécial / droit général.....	63
2 – La difficulté quant au choix du critère à prendre en compte dans la détermination de la spécialité	64
3 – La limitation du principe de la <i>lex specialis</i> aux conflits de traités avec identité des parties.....	65
SECTION 2 – LES SOLUTIONS OFFERTES PAR LE FACTEUR TEMPS.....	65
§ I – La reconnaissance du facteur temps en droit international	66
A – Le facteur temps à l'épreuve de la doctrine.....	66
1 – La reconnaissance doctrinale du principe de la <i>lex prior</i>	66
2 – La reconnaissance doctrinale du principe de la <i>lex posterior</i>	68
B – Le facteur temps à l'épreuve de la pratique internationale	70
1 – La <i>lex prior</i> et la pratique internationale	70
a) Les pratiques diplomatiques	70
b) Les raisonnements jurisprudentiels.....	71
2 – La <i>lex posterior</i> et la pratique internationale	72
a) La pratique de certaines organisations internationales.....	72
b) Le raisonnement de la CPII.....	73
§ II – Le secours limité du facteur temps	73
A – Les difficultés liées à la difficile distinction entre traité antérieur et traité postérieur.....	73
1 – La date à prendre en compte dans la détermination de « l'âge » du traité	74
2 – La problématique inhérente de la collision entre deux traités multilatéraux	75
B – La concurrence entre principes généraux du droit	76
DEUXIÈME PARTIE – LES SOLUTIONS INSUFFISANTES PROPOSÉES PAR LA CODIFICATION DU DROIT DES TRAITÉS.....	79
CHAPITRE 1 – L'APPORT RELATIF DE LA CODIFICATION DU DROIT DES TRAITÉS.....	79
SECTION 1 – LES MAIGRES AVANCÉES OPÉRÉES PAR L'ARTICLE 30 DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS	80
§ I – La portée générale de l'article 30 de la Convention de Vienne.....	80
A – L'évolution chaotique du travail de codification de l'article 30	80
1 – La vision originelle de Sir Hersch Lauterpacht.....	80
2 – La vision hiérarchique de Sir Gerald Fitzmaurice	81
3 – La vision finale de Sir Humphrey Waldock	82
B – Le large champ d'application de l'article 30	83
1 – L'étendue d'application de l'article 30.....	83
2 – Les conditions d'application de l'article 30.....	84
a) Les traités successifs doivent être en vigueur.....	84

<i>b) Les traités successifs doivent régir la situation de façon différente</i>	85
<i>§ II – Les avancées nuancées de l'article 30 de la Convention de Vienne</i>	86
A – Le préambule hiérarchique (§ 1)	86
B – Présence d'une clause de conflit (§ 2)	87
C – Conflit sans clause avec identité des parties (§ 3)	89
D – Conflit sans clause et sans identité des parties (§ 4)	90
E – La question de la responsabilité d'un État en cas de conclusion de traité incompatible (§ 5)	91
SECTION 2 – L'AVANCÉE MITIGÉE OPÉRÉE PAR L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION DE VIENNE	93
<i>§ I – L'environnement normatif des accords inter se</i>	93
A – La nécessité d'une disposition spécifique aux accords <i>inter se</i>	93
1 – Une spécificité des accords <i>inter se</i> par rapport aux accords successifs	93
2 – Une spécificité des accords <i>inter se</i> par rapport au mécanisme classique de révision des traités	94
B – L'évolution du travail de codification partiel de l'article 41	96
1 – Les débats au sein de la Commission du droit international autour de l'article 41	96
2 – Les questions non abordées par la codification relative aux accords <i>inter se</i>	97
<i>§ II – Les conditions d'admissibilité des accords inter se</i>	99
A – Autorisation par le traité initial de conclure des accords <i>inter se</i>	99
B – L'absence d'interdiction des accords <i>inter se</i>	102
CHAPITRE 2 – LES SOLUTIONS SUPPLÉANT L'APPORT RELATIF DE LA CODIFICATION	105
SECTION 1 – LES SOLUTIONS ISSUES DE LA PRATIQUE ÉTATIQUE	105
<i>§ I – La pratique des clauses de conflits</i>	105
A – La typologie des clauses de conflits	105
1 – Les clauses de conflits dites de « compatibilité »	106
2 – Les clauses de conflit dites de « supériorité »	107
B – Les clauses inter-régimes	109
<i>§ II – L'exemple atypique proposé par l'Union européenne</i>	111
A – Les clauses de conflit des traités communautaires	111
1 – Cas d'un traité conclu entre États membres de l'Union européenne	111
2 – Cas d'un traité conclu entre États membres et États tiers à l'Union européenne	112
B – La pratique communautaire des clauses de déconnexion	114
1 – Les caractéristiques spécifiques des clauses de déconnexion	114
2 – Les débats doctrinaux autour de la pratique de la clause de déconnexion	116
SECTION 2 – LES SOLUTIONS ISSUES DES PROPOSITIONS DOCTRINALES	119
<i>§ I – Les solutions doctrinales préventives aux traités successifs</i>	119
A – La consultation	119
B – La pratique de l'assurance	121
C – Le rôle de la soft-law	122
<i>§ II – Les solutions doctrinales « résolutives » aux traités successifs</i>	123
A – L'emprunt de certaines techniques d'interprétation	124
1 – La règle de l'efficacité maximale proposée par Ferenc Majoros	124
2 – La technique du chapeau constitutionnel proposé par Julien Boucher	125
B – Les propositions tendant à l'harmonisation des traités en conflits	127
C – L'apport problématique du PARE	128
CONCLUSION GÉNÉRALE	135
BIBLIOGRAPHIE	139

Directrice de publication : Frédérique Ferrand, Professeur des universités, Agrégée de droit privé, Directrice de l'**Équipe de Droit International, Européen et Comparé**

Responsable d'édition : Véronique Gervasoni, Responsable administrative de l'EDIEC
Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit

Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185

15 quai Claude Bernard, BP 0638, 69239 Lyon Cedex 02

BP 0638 – 69239 Lyon Cedex 02 – **Tél.** : ++ 00 / 33 478 787 251

Courriel : ediec@univ-lyon3.fr – **Web** : <http://ediec.univ-lyon3.fr>

