

Strasbourg, 30/01/08

CAHDI (2008) 2
Bilingual/Bilingue

**COMMITTEE OF LEGAL ADVISERS ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW /
COMITE DES CONSEILLERS JURIDIQUES SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
(CAHDI)**

**REFERENCE DOCUMENTS CONCERNING THE DISCONNECTION CLAUSE/
DOCUMENTS DE REFERENCE CONCERNANT LA CLAUSE DITE « DE
DECONNEXION»**

Document prepared by the Secretariat of the CAHDI/
Document préparé par le Secrétariat du CAHDI

TABLE OF CONTENTS / TABLE DES MATIERES

Council of Europe / Conseil de l'Europe

1. Ad hoc terms of reference for the Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI) with a view to examining the consequences of the so-called "disconnection clause" in international law	4
2. <i>Mandat occasionnel du Comité des Conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) afin d'étudier les conséquences de la clause dite "de déconnexion" en droit international</i>	5
3. Synopsis of the Rapporteur Group on Legal Co-operation – 16 July 2007	6
4. <i>Carnet de bord du Groupe de Rapporteurs sur la coopération juridique – 16 juillet 2007</i> .	8
5. CDCJ (89) 66 – Meeting report of the European Committee on Legal Co-operation (CDCJ) (extract)	10
6. <i>CDCJ (89) 66 – Rapport de réunion du Comité Européen de Coopération Juridique (CDCJ) (extrait)</i>	13
7. CDCJ (89) 58 – Final activity report of the Committee of experts on Public International Law (CJ-DI) – Questions relating to public international law (extract)	16
8. <i>CDCJ (89) 58 – Rapport final d'activité du Comité d'experts sur le droit international public (CJ-DI) – Questions relatives au droit international public (extrait)</i>	23
9. CJ-DI(89)8 – The disconnection clause – Memorandum of the Secretariat General prepared by the Directorate of Legal Affairs	30
10. <i>CJ-DI(89)8 – La clause de "déconnexion" – Note du Secrétariat Général préparé par la Direction des Affaires Juridiques</i>	35
11. Council of Europe – European Union "A sole ambition for the European continent" - Report by Jean-Claude Juncker, 11 April 2006, pp. 15-16	41
12. <i>Conseil de l'Europe – Union européenne «Une même ambition pour le continent européen» – Rapport de Jean-Claude Juncker, 11 avril 2006, pp. 18 à 20</i>	44

United Nations / Nations-Unies

13. Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Report of the Study Group of the ILC, finalised by Martti Koskenniemi:	
- U.N.Doc. A/CN.4/L.682 of 13 April 2006, paras. 289-94	48
- Add. 1 of 2 May 2006	54
- A/CN.4L.702 of 18 July 2006	69
14. <i>Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international : Rapport du Groupe d'étude de la CDI, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi :</i>	
- U.N.Doc. A/CN.4/L.682 du 13 avril 2006, paras. 289-294	94
- Add. 1 du 2 mai 2006	101
- A/CN.4L.702 du 18 juillet 2006	116
15. Report of the International Law Commission 2006, Para. 251, conclusion (30)	141
16. <i>Rapport de la Commission du droit international 2006, paragraphe 251, conclusion (30)...</i>	166
17. Report of the International Law Commission 2005, paras. 463-5	192
18. <i>Rapport de la Commission du droit international 2005, paragraphes 463 à 465</i>	195

Other / Autres

19. Draft UNESCO Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions, Ensuring the capacity of the European Community to become party to the Convention - Illustrative draft amendments (*Anglais uniquement*) 198
20. Draft UNESCO Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions, Ensuring the capacity of the European Community to become party to the Convention – Argumentaire (*Anglais uniquement*) 200



Council of Europe
www.coe.int

**Committee
of Ministers**

1006th meeting – 10 October 2007

Appendix 15
(Item 10.3)

Decision No. CM/874/10102007

Ad hoc terms of reference for the Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI) with a view to examining the consequences of the so-called “disconnection clause” in international law

1. Name of Committee:

Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI)

2. Source:

Committee of Ministers

3. Completion date:

These terms of reference shall expire on 31 December 2008

4. Terms of reference:

To examine the consequences of the so-called “disconnection clause” as laid out in Article 43, paragraph 3 of the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse and equivalent provisions of the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism (CETS No. 196) (Article 26, paragraph 3), the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (CETS No. 197) (Article 40, paragraph 3) and the Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism (CETS No. 198) (Article 52, paragraph 4) in international law in general and for Council of Europe conventions, containing such a clause, in particular, and report back to the Committee of Ministers, including on consultations under paragraph 5.

5. Working methods and structures:

In carrying out its work, the Committee shall consult the European Union/European Community and its member states as well as the Council of Europe's relevant services.

Related Documents

Meetings

[1006th meeting of the Ministers' Deputies / 10 October 2007](#)

Other documents

[CM/Del/Dec\(2007\)1006/10.3E / 12 October 2007](#)



1006e réunion – 10 octobre 2007

Annexe 15
(Point 10.3)

Décision n° CM/874/10102007

Mandat occasionnel du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) afin d'étudier les conséquences de la clause dite « de déconnexion » en droit international

1. Nom du Comité :

Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI)

2. Source :

Comité des Ministres

3. Délai :

Le présent mandat expirera le 31 décembre 2008

4. Mandat :

Examiner les conséquences de la clause dite « de déconnexion », telle que prévue par l'article 43, paragraphe 3 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels et les dispositions équivalentes de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (STCE n° 196) (article 26, paragraphe 3), de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (STCE n° 197) (article 40, paragraphe 3) et de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (STCE n° 198) (article 52, paragraphe 4), en droit international en général et pour les conventions du Conseil de l'Europe, contenant une telle clause, en particulier, et d'en informer le Comité des Ministres, ainsi que des consultations prévues au paragraphe 5.

5. Structures et méthodes de travail :

Dans l'exercice de son mandat, le Comité consultera l'Union européenne/la Communauté européenne et ses Etats membres ainsi que les services pertinents du Conseil de l'Europe.

Documents liés

Réunions

[1006e réunion des Délégués des Ministres / 10 octobre 2007](#)

Documents connexes

[CM/Del/Dec\(2007\)1006/10.3F / 12 octobre 2007](#)



Ministers' Deputies / Rapporteur Groups

GR-J

Rapporteur Group on Legal Co-operation

GR-J(2007)CB5 16 July 2007¹

Synopsis

Meeting of 10 July 2007

1. The Rapporteur Group on Legal Co-operation (GR-J) met on 10 July 2007, with Mr Bruno GAIN, Permanent Representative of France, in the Chair. The revised agenda (GR-J(2007)OJ5) was adopted.

25/07 European Committee on Crime Problems (CDPC) – Draft Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse
(CM/Del/Dec(2007)989/10.4, Opinion No. 263, CM(2007)112 and CM(2007)112 Addendum)

2. Introducing this item, the Chair reiterated the importance of the draft Convention under discussion, which demonstrated the value added by the Council of Europe's standard-setting work and was consistent with one of its priorities: "Building a Europe for and with children". He retraced the history of the draft convention and welcomed its rapid preparation, since the draft was a step forward in the protection of children and part of an effort carried on by the Council of Europe for fifteen years to help the member states combat this destructive phenomenon. The Chair invited the Group to examine the draft convention and the explanatory report thereto. He stressed that if agreement was reached within the Group, the item would be placed on the agenda of the Deputies' 1002nd meeting (11 July 2007) so that the appropriate decisions could be adopted for opening the Convention for signature on the occasion of the 28th Conference of European Ministers of Justice in Lanzarote on 25 and 26 October 2007. The Chair asked the representatives of the Presidency of the European Union and the European Commission about the feasibility of removing the square brackets around the references in the draft convention to the European Community's possible participation.

3. The Portuguese delegation, on behalf of the Presidency of the European Union and the representative of the European Commission, expressed great satisfaction with the draft convention and gave their consent to the deletion of the square brackets. They made a declaration concerning the disconnection clause set out in Article 43, paragraph 3 of the draft convention. The text of the declaration, appearing in paragraph 279 of the explanatory report, is identical to the one in the explanatory report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (paragraphs 375 and 376).

4. The Chair reminded the Group of the request by the delegation of the Russian Federation that the disconnection clause be examined within the Council of Europe as a general issue (see document DD(2007)382).

5. The delegation of the Russian Federation welcomed the draft convention and requested that the Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI) be instructed to examine the consequences of the so-called "disconnection clause" in international law.

¹ This document has been classified restricted at the date of issue. Unless the Committee of Ministers decides otherwise, it will be declassified according to the rules set out in Resolution Res(2001)6 on access to Council of Europe documents.

6 At the end of the discussion, the Chair noted that the Group agreed to transmit to the Deputies the draft convention and the explanatory report, as they appeared in documents CM(2007)112 et CM(2007)112 Addendum respectively, with a view to adoption of the relevant decisions as set out in document CM/Notes/1002/10.1. The Chair also noted the Group's agreement to draft ad hoc terms of reference for the CAHDI to examine the question of the disconnection clauses, in the light of draft terms of reference that the Secretariat would present prior to the next meeting of the GR-J, in September. The Secretariat was instructed to inform the CAHDI that this question would be referred to it as early as September. The Portuguese delegation requested on behalf of the Presidency of the European Union that the draft terms of reference should mention the need for the CAHDI to consult the European Commission's legal services having regard to the work in progress in Brussels concerning this question. This was agreed.

6. The Deputy Secretary General expressed her satisfaction over the positive and encouraging attitude taken by the delegations throughout the process. She welcomed the finalisation of this draft by the GR-J.

Any other business

Date of the next meeting

8 The next meeting would take place on Tuesday, 18 September 2007 at 10 am.



Délégués des Ministres / Groupes de rapporteurs

GR-J

Groupe de Rapporteurs sur la coopération juridique

GR-J(2007)CB5

16 juillet 2007¹

Carnet de bord

Réunion du 10 juillet 2007

1. Le Groupe de rapporteurs sur la coopération juridique (GR-J) s'est réuni le 10 juillet 2007 sous la présidence de M. Bruno GAIN, Représentant permanent de la France. L'ordre du jour (GR-J(2007)OJ5) est adopté.

25/07 Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) – Projet de Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels
(CM/Del/Dec(2007)989/10.4, Avis n° 263, CM(2007)112 et CM(2007)112 Addendum)

2. En introduisant ce point, le Président rappelle l'importance de ce projet de Convention qui montre la valeur ajoutée des travaux normatifs du Conseil de l'Europe et qui s'inscrit dans une des priorités de l'Organisation: « construire une Europe pour et avec les enfants ». Il rappelle l'historique du projet de Convention et se félicite de son élaboration rapide, car ce projet constitue un pas en avant dans la protection des enfants et s'inscrit dans le cadre d'un travail que le Conseil de l'Europe mène depuis quinze ans afin d'aider les Etats membres à combattre ce phénomène destructeur. Le Président invite le Groupe à examiner le projet de Convention ainsi que son Rapport explicatif. Il souligne que, si un accord est trouvé au sein du Groupe, le point sera inscrit à l'ordre du jour de la 1002e réunion des Délégués (11 juillet 2007) pour adoption des décisions pertinentes en vue d'ouvrir la Convention à la signature à l'occasion de la 28e Conférence des Ministres européens de la Justice à Lanzarote, les 25 et 26 octobre 2007. Le Président demande aux représentants de la Présidence de l'Union Européenne et de la Commission Européenne s'il est possible d'enlever les crochets figurant dans le projet de Convention relatifs à l'éventuelle participation de la Communauté européenne.

3. La délégation du Portugal au nom de la Présidence de l'Union Européenne et le représentant de la Commission Européenne se disent très satisfaits du projet de Convention et donnent leur accord pour enlever les crochets. Ils formulent une déclaration portant sur la clause de déconnexion prévue à l'article 43, paragraphe 3 du projet de Convention. Le texte de cette déclaration, qui est reproduit au paragraphe 279 du rapport explicatif, est identique à celui figurant dans le rapport explicatif afférant à la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (paragraphe 375 et 376).

4. Le Président rappelle au Groupe que la délégation de la Fédération de la Russie a demandé à ce que la question de la clause de déconnexion soit examinée d'une manière générale au Conseil de l'Europe (voir document DD(2007)382).

5. La délégation de la Fédération de la Russie se félicite de ce projet de Convention et demande que le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) soit chargé d'étudier la question de la clause dite « de déconnexion » en droit international.

¹ Ce document a été classé en diffusion restreinte le jour de la diffusion. Sauf si le Comité des Ministres en décidait autrement, il sera déclassifié en application des règles établies dans la Résolution Res(2001)6 sur l'accès aux documents du Conseil de l'Europe.

6. A l'issue de la discussion, le Président note que le Groupe est d'accord pour transmettre aux Délégués le projet de Convention ainsi que son Rapport Explicatif, tels qu'ils figurent, respectivement, aux documents CM(2007)112 et CM(2007)112 Addendum, en vue de l'adoption des décisions pertinentes qui figurent au document CM/Notes/1002/10. Le Président constate de surcroît l'accord du Groupe pour élaborer un mandat occasionnel pour le CAHDI d'examiner la question des clauses de déconnexion, à la lumière d'un projet de mandat que présentera le Secrétariat avant la prochaine réunion du GR-J en septembre. Le Secrétariat est chargé d'informer le CAHDI qu'il sera saisi de cette question dès le mois de septembre. La délégation portugaise au nom de la Présidence de l'Union Européenne demande que le projet de mandat fasse mention de la nécessité pour le CAHDI de consulter les services juridiques de la Commission Européenne compte tenu des travaux en cours à Bruxelles sur cette question. Il en est ainsi décidé.

7. La Secrétaire Générale adjointe exprime sa satisfaction pour l'attitude positive et encourageante des délégations tout au long du processus d'élaboration de la Convention dont la valeur ajoutée est indiscutable. Elle félicite le GR-J pour la finalisation de ce projet de texte.

Autre(s) question(s)

Date de la prochaine réunion

8. La prochaine réunion aura lieu le mardi 18 septembre 2007 à 10 heures.



Strasbourg, 15 December 1989
[acdcj8966.]

Restricted
CDCJ (89) 66

EUROPEAN COMMITTEE ON LEGAL CO-OPERATION (CDCJ)

52nd Meeting

(Strasbourg, 13 - 17 November 1989)

MEETING REPORT

Brief foreword

The CDCJ approved and submitted to the Committee of Ministers for adoption the draft European Convention on certain international aspects of bankruptcy and recommended the Committee of Ministers to authorise publication of the Explanatory Report thereto.

It asked the Committee of experts on compensation for damage to the environment (CJ-EN) to prepare a Convention on that subject.

It fixed as one of the themes for the 17th Conference of European Ministers of Justice (Turkey, 1990): "The legal heritage of the Council of Europe: its role in reinforcing links with countries in Eastern Europe".

The CDCJ held an exchange of views on its working methods and agreed to resume its discussion in the spring of 1990.



Forty years
Council of Europe
Quarante ans
Conseil de l'Europe

ITEM 7 OF THE AGENDA: Choice of a Resolution or a Recommendation of the Committee of Ministers for examination by the CDCJ in 1990

33. After taking note of document CDCJ (89) 59 containing the list of recommendations in the legal field addressed to the governments of member States the CDCJ decided to examine the following texts at its next meeting:

- Recommendation No R (81) 7 on measures facilitating access to justice;
- Recommendation No R (84) 5 on the principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice.

The CDCJ invited delegations to submit to the Secretariat not later than 31 March 1990, reports on the action taken on these texts.

ITEM 8 OF THE AGENDA: Public international law

a. Report of the 12th meeting of the Committee of experts on public international law (CJ-DI)

34. Mr C. ECONOMIDES (Greece), a former Chairman of the Committee of experts on public international law (CJ-DI), presented the report of the 12th meeting of the CJ-DI which was held in Paris on 18 and 19 September 1989 [document CDCJ (89) 58].

35. Mr S. NICK (Yugoslavia) noted that paragraph 39 of this document referred to the growing interest in international law in Third World countries. He stated that on behalf of Yugoslavia, which had provided the current chairman of the Movement of Non-Aligned Countries, he would like to confirm the validity of the words in this paragraph. The following two conferences demonstrated this growing interest very clearly:

- the Conference of Ministers of Non-Aligned Countries on Peace and International Law (The Hague, June 1989) which initiated a proposal declaring a Decade of International Law;
- the 9th Summit Conference of the Non-Aligned Movement (Belgrade, September 1989) which paid great and unprecedented importance to the development of international law (in respect of certain general areas or specific areas such as narcotic drugs control, protection of the environment, etc).

b. "Disconnection" clauses

36. Mr ECONOMIDES (Greece), presented the conclusions of this Committee on this subject as contained in document CJ-DI (89) 58 (paragraph 36).

He underlined the fact that in particular the so-called disconnection clause - an expression which corresponds neither to its real nature nor to its finality - was valid and effective in

international law and could be included in a multilateral treaty providing that it does not affect the rights and obligations of the other Parties and that it is compatible with the object and purpose of the treaty.

37. Speaking now for the Greek delegation, he indicated in addition that, as the inclusion of such a clause raised questions which were mainly political rather than legal, it was not advisable to institutionalise the clause. It was important to examine the necessity of its introduction in relation to each given treaty and adapt its wording in a precise and limited manner according to the needs of the case. The possibility of introducing the clause should be raised by the group of States concerned at an early stage in the preparation of the treaty in order to ensure that the negotiations did not delay the conclusion of the treaty.

38. The large majority of delegations shared the conclusions of the CJ-DI.

39. Some delegations, however, preferred the "disconnection" clause to be considered to be a usual clause, just like the federal clause. In their view it would in future be necessary to include it in most Conventions prepared by the Council of Europe. Its wording should be neutral and not aim at any given group of States (EEC). In fact, the possibility of retaining the application of rules prepared within more integrated areas could happen not only as regards the Community but also the Nordic countries or East European States.

40. After having heard a declaration from the observer from the International Law Commission of the United Nations who underlined the importance of the problem and the necessity to carry out a detailed study, the Chairman concluded that the CDCJ shared the views of the CJ-DI on the "disconnection" clause and that this question should remain on the agenda of the Committee.

c. Future work

41. The CDCJ decided to include the following items on the agenda of the next meeting of the CJ-DI (27 and 28 March 1990, Strasbourg):

- i. developments in international law in particular in the East European countries;
- ii. peaceful settlement of disputes (in particular with a view to the CSCE meeting of experts on the peaceful settlement of disputes to be held in Valletta from 15 January to 8 February 1991);
- iii. operation of the Vienna Conventions on diplomatic and consular relations - recovery of children;
- iv. opting-out clauses;
- v. progress made during the meeting of the United Nations General Assembly;
- vi. exchange of views on the future work of the CJ-DI;
- vii. any other business.

COUNCIL
OF EUROPE



CONSEIL
DE L'EUROPE

[FCDCJ8966.]
Strasbourg, le 15 décembre 1989

Restricted
CDCJ (89) 66

COMITE EUROPEEN DE COOPERATION JURIDIQUE (CDCJ)

52ème Réunion

(Strasbourg, 13 - 17 novembre 1989)

RAPPORT DE REUNION

AVANT-PROPOS

Le CDCJ a approuvé et a soumis au Comité des Ministres pour adoption le projet de Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite et a recommandé au Comité des Ministres d'autoriser la publication du Rapport explicatif y relatif.

Il a demandé au Comité d'experts sur la réparation des dommages causés à l'environnement (CJ-EN) de préparer une Convention sur ce sujet.

Il a fixé comme l'un des thèmes pour la 17ème Conférence des Ministres européens de la Justice (Turquie, 1990) "Le patrimoine juridique du Conseil de l'Europe : son rôle dans le rapprochement avec les pays de l'Europe de l'Est".

Le CDCJ a tenu un échange de vues sur ses méthodes de travail et est convenu de reprendre cette discussion au printemps 1990.



Forty years
Council of Europe
Quarante ans
Conseil de l'Europe

POINT 7 DE L'ORDRE DU JOUR : Sélection d'une Résolution ou d'une Recommandation du Comité des Ministres pour examen par le CDCJ en 1990

33. Après avoir pris note du document CDCJ (89) 59 contenant la liste des recommandations dans le domaine juridique adressées aux gouvernements des Etats membres, le CDCJ décide d'examiner les textes suivants lors de sa prochaine réunion:

- Recommandation n° R (81) 7 sur les moyens de faciliter l'accès à la justice,
- Recommandation n° R (84) 5 sur les principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice.

Le CDCJ invite les délégations à présenter au Secrétariat, le 31 mars 1990 au plus tard, des rapports concernant les suites réservées à ces textes.

POINT 8 DE L'ORDRE DU JOUR : Droit international public

a. Rapport de la 12e réunion du Comité d'experts sur le droit international public (CJ-DI)

34. M. C. ECONOMIDES (Grèce), ancien président du Comité d'experts sur le droit international public (CJ-DI), présente le rapport de la 12ème réunion du CJ-DI qui s'est déroulée à Paris les 18 et 19 septembre 1989 [document CDCJ (89) 58].

35. M. S. NICK (Yougoslavie) constate que le paragraphe 39 de ce document évoque l'intérêt croissant pour le droit international dans les pays du Tiers Monde. Il déclare qu'au nom de la Yougoslavie, pays de l'actuel président du Mouvement des Pays non alignés, il aimerait confirmer la pertinence des questions traitées dans ce paragraphe. Les deux conférences suivantes témoignent très clairement de cet intérêt croissant:

- la Conférence des Ministres des Pays non alignés sur la paix et le droit international (La Haye, juin 1989) qui est à l'origine d'une proposition décrétant une Décennie du droit international;
- la 9ème Conférence au Sommet du Mouvement des non alignés (Belgrade, septembre 1989) a accordé une importance sans précédent à l'évolution du droit international (en ce qui concerne certains domaines généraux ou des domaines spécifiques tels que le contrôle des stupéfiants, la protection de l'environnement, etc.).

b. Les clauses de "déconnexion"

36. M. ECONOMIDES (Grèce), présente les conclusions de ce Comité sur le sujet en question telles qu'elles figurent dans le document CJ-DI (89) 58 (par. 36).

Il souligne notamment que la clause dite de "déconnexion" - expression qui ne correspond ni à sa nature réelle, ni à sa finalité - est valable et effective en droit international et peut être insérée dans

un traité multilatéral qu'à condition qu'elle ne porte pas atteinte aux droits et obligations des autres Parties et qu'elle soit compatible avec l'objet et le but du traité.

37. Parlant maintenant au nom de la délégation de la Grèce, il indique en outre que l'insertion d'une telle clause soulève des questions essentiellement politiques plutôt que juridiques, il n'est pas opportun d'envisager son institutionnalisation. Il faudrait examiner la nécessité de son introduction par rapport à chaque traité déterminé et adapter son libellé de manière précise et restrictive aux besoins du cas d'espèce. L'éventualité de l'introduction de la clause doit être soulevée par le groupe d'Etats intéressés à un stade préliminaire de l'élaboration du traité afin que sa négociation ne ralentisse pas la conclusion du traité.

38. La grande majorité des délégations déclare partager les conclusions du CJ-DI.

39. Quelques délégations ont cependant exprimé leur préférence pour que la clause de "déconnexion" soit considérée comme une clause de style, à l'instar de la clause fédérale. A leur avis la nécessité de son introduction se présentera dorénavant pour la plupart des conventions élaborées au Conseil de l'Europe. Son libellé devrait être neutre et non pas axé sur un groupe d'Etats déterminé (CEE). En effet, l'opportunité de préserver l'application de règles élaborées dans des enceintes plus intégrées pourrait se manifester non seulement par rapport à la Communauté, mais aussi aux pays nordiques ou de l'Europe orientale.

Après avoir entendu une déclaration de l'observateur de la Commission du droit international des Nations Unies qui a souligné l'importance du problème et la nécessité qu'il fasse l'objet d'une étude approfondie, le Président a conclu que le CDCJ partage l'avis du CJ-DI sur la clause de déconnexion et que cette question restera à l'ordre du jour du Comité.

c. Travaux futurs

41. Le CDCJ décide d'inscrire les points suivants à l'ordre du jour de prochaine réunion du CJ-DI (les 27 et 28 mars 1990, à Strasbourg):

- i. l'évolution du droit international, notamment dans les pays d'Europe de l'Est;
- ii. le règlement pacifique des différends (notamment en vue de la réunion d'experts de la CSCE sur le règlement pacifique des différends qui se tiendra à La Valette, du 15 janvier au 8 février 1991);
- iii. le fonctionnement des Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires - recherche d'enfants;
- iv. les clauses de notification négative;
- v. les progrès réalisés au cours de la réunion de l'Assemblée générale des Nations Unies;
- vi. un échange de vues sur les activités futures du CJ-DI;
- vii. d'autres questions éventuelles.



Strasbourg, 22 September 1989
[ACDCJ8958.]

Restricted
CDCJ (89) 58

EUROPEAN COMMITTEE ON LEGAL CO-OPERATION (CDCJ)

**FINAL ACTIVITY REPORT OF THE COMMITTEE OF EXPERTS
ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW (CJ-DI)***

Questions relating to public international law

Adopted by: The Committee of experts on public international law (CJ-DI)
at its 12th meeting, Paris, 18 to 19 September 1989

For the
attention of: The European Committee on legal co-operation (CDCJ)
at its 52nd meeting, Strasbourg, 13 to 17 November 1989

Activity IX.II of the 1989 Annual Programme of Intergovernmental Activities

SUMMARY

Questions relating to public international law - in particular the work of the United Nations; "disconnection" clauses; opting-out clauses; developments in international law; privileges and immunities of intergovernmental organisations.

- * This report also serves as the meeting report of the 12th meeting of the CJ-DI



Forty years
Council of Europe
Quarante ans
Conseil de l'Europe

TABLE OF CONTENTS

	<u>Page</u>
I. TERMS OF REFERENCE	3
II. ITEMS SUBMITTED TO THE CDCJ FOR DECISION	3
III. REPORT	4
A. The work of the United Nations	4
B. "Disconnection" clauses	8
C. Developments in the thinking of the Soviet Union concerning international law	11
D. Privileges and immunities of intergovernmental organisations	11
E. Opting-out clauses	12
F. The future work of the CJ-DI	13
G. Any other business (taxation of diplomatic and consular staff at the overall rate)	13
H. Next meeting of the CJ-DI	13
APPENDIX - List of participants	14

I. TERMS OF REFERENCE

The specific terms of reference of the Committee of experts on public international law (CJ-DI), as adopted at the 47th meeting of the European Committee on Legal Co-operation (CDCJ) and approved by the Committee of Ministers at the 410th meeting of the Ministers' Deputies (September 1987) were as follows:

"to exchange views and to examine questions of public international law which are specifically indicated by the CDCJ".

At its 51st meeting (5 to 9 June 1989), the CDCJ gave the CJ-DI the following terms of reference for its 12th meeting:

- a. exchange of views on the work of the United Nations:
 - i. - the International Law Commission;
 - procedures in the Sixth Committee for considering the work of the Commission;
 - substantive topics discussed by the Commission (eg the draft articles on the diplomatic courier and bag);
 - ii. other topics being considered by the Sixth Committee (eg mercenaries);
 - iii. paragraph 2 of Article 38 of the draft United Nations Convention on the rights of the child;
- b. "disconnection" and other clauses which enable certain States to exclude the application of Conventions in their mutual relations with certain other States;
- c. exchange of views on the developments in the thinking of the Soviet Union concerning international law;

and, if there is sufficient time,
- d. examination of the preliminary draft Recommendation and explanatory memorandum on privileges and immunities of new intergovernmental organisations;
- e. follow-up to the question of opting out clauses.

II. ITEMS SUBMITTED TO THE CDCJ FOR DECISION

The European Committee on Legal Co-operation (CDCJ) is requested:

- i. to take note of the exchange of views of the CJ-DI on:
 - the work of the United Nations (see part III A below);
 - "disconnection" clauses (see part III B below)
 - developments in the thinking of the Soviet Union concerning international law (see part III C below);
 - opting-out clauses (see part III E below);

22. A group of delegations proposed that, if Article 38 could be so amended, the following text could replace paragraph 2 of Article 38:

"(2) States Parties shall take all feasible measures to ensure that no child takes a direct part in hostilities. A State Party may, at the time of ratification or accession, declare, notwithstanding article 1, the age at which this provision shall apply with respect to its own armed forces. No person below the age of 17 years, however, may be exempted from the protection provided for in this paragraph or by international humanitarian law even if he or she has attained majority."

If this amendment could not be accepted by other delegations many participants considered that paragraphs 2, 3 and 4 of Article 38 should be deleted as they weaken the existing provisions of international humanitarian law.

B. "DISCONNECTION" CLAUSES

23. On the basis of document CJ-DI (89) 8, the CJ-DI examined the need to preserve, within the framework of a Council of Europe Convention, a special legal regime applying only between certain States parties to the Convention. The CJ-DI noted that this question had recently arisen in respect of the European Communities but that such clauses could also be used by other groups of States.

24. The Secretariat referred to two recent cases (Conventions on Transfrontier Television and on Insider Trading) where a "disconnection" clause giving pre-eminence in their mutual relations to the applicable rules of the European Communities over the treaty rules, had been inserted in the Treaty itself or in a Protocol at the request of the European Communities.

25. A further request to insert such a clause in the draft Convention on certain international aspects of bankruptcy had given rise to concern among certain delegations within the Committee of Ministers and the CDCJ. They considered that this might split the member States into two separate legal systems instead of their being united in one single European legal space.

26. The Secretariat suggested that the following issues be considered with regard to disconnection clauses:

- i. Acceptability of "disconnection clauses" relating to:
 - a. Provisions of substantive law (standard setting or harmonisation treaties).
 - b. Provisions dealing with co-operation between the parties or implementation of the treaty.
 - c. Final clauses.

ii. Description of the rules envisaged by a "disconnection" clause:

- a. Rules in force between certain Parties at the time of the treaty's conclusion, or also any future rules?
- b. Does the treaty identify the specific regime or instrument binding certain Parties?

iii. Are Parties required to notify the other Parties, through the intermediary of the Secretary General, of any application of a "disconnection" clause?

iv. Wording of the clause:

- a. Positive formulation - the Parties concerned shall apply between them the special rules resulting from a specific instrument, except insofar as there is no such rule.
- b. Negative formulation - the Parties concerned shall not apply the treaty with regard to matters governed by a specific instrument.

v. Name of the clause: "disconnection", "special relationship", other?

vi. What alternatives could be suggested to obtain the same result by other means?

27. Several participants pointed to the difference between the political and legal nature of the problem. Such clauses are clearly valid from the legal point of view since they are freely negotiated and accepted by the Parties. However, from the political point of view, a fair balance should be struck between the desire of the European Communities to evolve towards greater integration and the need for certainty in international legal relations.

28. It was emphasised in this connection that Conventions of the Council of Europe are a means to realise the purpose of the Statute. A disconnection clause posed problems both with regard to the uniformity of substantive law and with regard to decision-making by organs implementing Conventions. A situation where the member States of the European Communities would have an automatic majority in such bodies should be avoided.

29. Two participants stressed that such clauses should comply with the principles embodied in the Vienna Convention on the Law of Treaties. The clauses should not affect the rights and obligations of other parties and should be compatible with the object and purpose of the treaty.

30. A large number of participants stated that it was not possible to consider the admissibility and the implications of this clause in abstracto; a conclusion on these points could only be reached on a case by case basis after a very thorough consideration of a specific Convention.

31. One participant thought that different solutions might have to be found according to whether the Community was itself a Party to the treaty in question or not.

32. Certain participants considered that whenever use was made of such a clause, the Secretary General of the Council of Europe should be duly notified. Prior consultation procedures could also be envisaged.

33. The CJ-DI was of the opinion that the term "disconnection" clause was misleading. A more appropriate term should be found (eg "special relations", "special agreements", "inter se agreements").

34. Mr G. DROZ, Secretary General of the Hague Conference on Private International Law, explained that his Organisation had been confronted with similar problems on a number of occasions. While it was relatively easy to make use of such a clause when reciprocity was foreseen, it proved almost impossible to do so in the case of standard-setting treaties where States may find they have to apply the most restrictive rule. The automatic application of the clause might sometimes lead to absurd consequences (eg in matters of air pollution the legal regime would vary in accordance with the direction of the wind). Furthermore, the clause should be worded in a precise and detailed manner, avoiding general all-embracing language in order to be certain of the scope of application (eg whether the clause applies to residents or nationals of the State concerned).

35. Mr A. TOLEDANO-LAREDO, Principal Adviser in the Legal Service of the Commission of the European Communities stated that the policy of the Commission was to favour the ratification by its member States of Council of Europe treaties, but without prejudice to the development of Community law; for this purpose the clause in question had been prepared as a mechanism to be used on a case by case basis when the subject matter of the treaty so warranted. It was not intended that such a clause should be used as a matter of routine.

Since the clause in question covered only mutual relations among member States of the Communities there was no risk that third parties' rights and obligations be affected; on the other hand, a development within the Community might induce the other States to follow suit, if they so wished; to this end a system of notifications and consultations should be set up. The speaker shared the view of the CJ-DI that the term "disconnection clause" was misleading. The clause aimed on the contrary at connecting the EEC States to European conventions.

36. The Chairman summed up the main trends of the discussion and noted that:

- i. a clause such as that adopted in the precedents brought to the attention of the CJ-DI was in principle valid and effective in international law;
- ii. it was, however, a matter for consideration in relation to each particular treaty whether such a clause was necessary, or whether it would create practical or legal problems or be inconsistent with the basic objectives of the negotiations in question;

- iii. in relation to any particular treaty it might also be possible to envisage some other technique for resolving the problem; the possibility of doing so and the nature of the technique in question, was in the first place a matter for the negotiating States;
- iv. the general desirability and implications of including such a clause, or adopting any alternative technique, in any particular treaty raised questions primarily of policy rather than of law;
- v. it was clearly desirable that in relation to any particular treaty where the introduction of such a clause is a possibility, the matter should be raised at as early a stage as possible in the negotiations; it was the responsibility of the negotiating State and other interested parties to do so;
- vi. the term "disconnection clause" should be avoided, since it reflects neither the real nature nor the purpose of the clause.

C. DEVELOPMENTS IN THE THINKING OF THE SOVIET UNION CONCERNING INTERNATIONAL LAW

37. After examining this question briefly the CJ-DI noted that certain Eastern European States were now giving attention to the Rule of Law and more generally to the importance of international law.

38. The CJ-DI agreed that it should hold a more detailed examination at its next meeting of the question of the developments in international law, in particular in the Eastern European countries. The Secretariat was requested to prepare a document on this question especially concerning matters of practical significance within the Council of Europe. Delegations were also requested to send the Secretariat information outlining the main developments in this field (1).

39. One expert pointed to the growing interest in international law in Third World countries. This matter might be included under the general heading of developments in international law.

D. PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF INTERGOVERNMENTAL ORGANISATIONS

40. The CJ-DI took note of the draft Recommendation and explanatory memorandum on the grant of privileges and immunities to intergovernmental organisations and persons connected with them [CJ-DI (89) 7].

41. After holding a short exchange of views on this matter the CJ-DI agreed that the principles set out in Resolution (69) 29 on privileges and immunities of international organisations were still valid and should be applied. The CJ-DI considered that a further Recommendation on the same subject would not serve any useful purpose at the present time.

(1) The Secretariat will send a letter in January 1990 to experts requesting them send any information they may have on this subject to the Secretariat not later than 15 February 1990.



Strasbourg, le 22 septembre 1989
<FCDCJ8958.>

Restricted
CDCJ (89) 58

COMITE EUROPEEN DE COOPERATION JURIDIQUE (CDCJ)

**RAPPORT FINAL D'ACTIVITE DU COMITE D'EXPERTS
SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (CJ-DI)***

Questions relatives au droit international public

Adopté par Le Comité d'experts sur le droit international public (CJ-DI)
à sa 12^e réunion, Paris, du 18 au 19 septembre 1989

A l'attention du Comité européen de coopération juridique (CDCJ)
à sa 52^e réunion, Strasbourg, du 13 au 17 novembre 1989

Activité IX.II du programme annuel d'activités intergouvernementales pour 1989

SOMMAIRE

Questions relatives au droit international public - en particulier: les travaux des Nations Unies; les clauses de "déconnexion"; les clauses de notification négative; l'évolution du droit international; les privilèges et immunités des organisations intergouvernementales.

* Le présent rapport tient également lieu de rapport de la 12^e réunion du CJ-DI.



Forty years
Council of Europe
Quarante ans
Conseil de l'Europe

TABLE DES MATIERES

	<u>Page</u>
I. MANDAT.....	3
II. POINTS SOUMIS AU CDCJ POUR DECISION.....	3
III. RAPPORT.....	4
A. Les travaux des Nations Unies.....	4
B. Les clauses de "déconnexion".....	8
C. L'évolution de la philosophie de l'Union soviétique en matière de droit international.....	11
D. Les privilèges et immunités des organisations intergouvernementales.....	11
E. Les clauses de notification négative.....	12
F. Les activités futures du CJ-DI.....	13
G. Questions diverses (imposition du personnel diplomatique et consulaire au taux global).....	13
H. Prochaine réunion du CJ-DI.....	13
 ANNEXE - Liste des participants.....	 14

I. MANDAT

Le mandat spécifique du Comité d'experts sur le droit international public (CJ-DI), tel qu'adopté à la 47e réunion du Comité européen de coopération juridique (CDCJ) et approuvé par le Comité des Ministres à la 410e réunion des Délégués des Ministres (septembre 1987), est le suivant:

"procéder à des échanges de vues et examiner les questions de droit international public indiquées spécifiquement par le CDCJ".

A sa 51e réunion (du 5 au 9 juin 1989), le CDCJ a confié au CJ-DI le mandat suivant pour sa 12e réunion:

- a. échange de vues sur les travaux des Nations Unies:
 - i. - la Commission du droit international;
 - procédures à la sixième Commission pour examiner les travaux de la Commission du droit international;
 - thèmes particuliers examinés par la Commission du droit international (par exemple, les projets d'articles sur le courrier diplomatique et la valise diplomatique);
 - ii. d'autres thèmes en cours d'examen par la sixième Commission (par exemple, les mercenaires);
 - iii. le paragraphe 2 de l'article 38 du projet de Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant;
- b. clauses de "déconnexion" et autres clauses permettant à certains Etats d'exclure l'application des conventions dans leurs relations mutuelles avec d'autres Etats;
- c. échange de vues sur l'évolution de la philosophie de l'Union Soviétique en matière de droit international; et, s'il reste suffisamment de temps,
- d. examen de l'avant-projet de Recommandation et de l'exposé des motifs sur les privilèges et immunités des nouvelles organisations intergouvernementales;
- e. Suites données à la question des clauses de notification négative.

II. POINTS SOUMIS AU CDCJ POUR DECISION

Le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) est invité à:

1. prendre acte de l'échange de vues du CJ-DI sur:
 - les travaux des Nations Unies (voir partie III A ci-dessous);
 - les clauses de "déconnexion" (voir partie III B ci-dessous);
 - l'évolution de la philosophie de l'Union Soviétique en matière de droit international (voir partie III C ci-dessous);
 - les clauses de notification négative (voir partie III E ci-dessous);

21. D'autres participants expriment néanmoins des réserves quant aux nouvelles propositions et tous les participants reconnaissent qu'il faut veiller à ce que toute proposition de modification de cet article ne rouvre pas le débat sur d'autres articles du projet de Convention. L'une des solutions pourrait être celle d'entreprendre des négociations en marge de la Troisième Commission, en vue de parvenir à un accord sur un amendement qui serait présenté par le Président.

22. Pour le cas où l'article 38 pourrait être modifié de cette façon, un groupe de délégations propose le texte suivant pour remplacer son paragraphe 2:

"(2) Les Etats parties prendront toutes les mesures possibles pour veiller à ce qu'aucun enfant ne participe directement aux hostilités. Un Etat partie peut, au moment de la ratification ou de l'adhésion, déclarer, nonobstant les dispositions de l'article 1, à quel âge cette disposition s'appliquera relativement à ses propres forces armées. Néanmoins, aucune personne de moins de 17 ans ne pourra être dispensée de la protection prévue par le présent paragraphe ou par le droit international humanitaire même si elle a atteint sa majorité."

Si cet amendement ne peut pas être accepté par d'autres délégations, de nombreux participants estiment qu'il convient de supprimer les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 38 car ils affaiblissent les dispositions en vigueur du droit international humanitaire.

B. LES CLAUSES DE "DECONNEXION"

23. S'appuyant sur le document CJ-DI (89) 8, le CJ-DI examine la nécessité de préserver, dans le cadre d'une Convention du Conseil de l'Europe, un régime juridique spécial s'appliquant uniquement entre certains Etats parties à la Convention. Le CJ-DI constate que cette question a surgi récemment dans le cadre des Communautés européennes mais que de telles clauses pourraient aussi être employées par d'autres groupes d'Etats.

24. Le Secrétariat fait référence à deux cas récents (les Conventions sur la télévision transfrontières et sur les opérations financières des initiés) où une clause de "déconnexion" qui donne la prééminence, dans les relations mutuelles, aux règles applicables des Communautés européennes par rapport aux dispositions du traité a été insérée dans le traité lui-même ou dans un Protocole à la demande des Communautés Européennes.

25. Une autre demande d'insertion d'une telle clause dans le projet de Convention sur certains aspects internationaux de la faillite a fait naître des préoccupations chez certaines délégations au sein du Comité des Ministres et du CDCJ. Celles-ci estiment que cela pourrait diviser les Etats membres en deux systèmes juridiques distincts au lieu de les unifier dans un seul et unique espace juridique européen.

26. Le Secrétariat suggère que l'on étudie les questions suivantes relatives aux clauses de déconnexion:

i. la possibilité d'admettre des "clauses de déconnexion" en ce qui concerne:

a. les dispositions de fond (traités normatifs ou d'harmonisation).

- b. les dispositions concernant la coopération entre les parties ou la mise en oeuvre du traité.
- c. les clauses finales.
- ii. Description des règles envisagées par une clause de "déconnexion":
 - a. Règles en vigueur entre certaines Parties au moment de la conclusion du traité ou aussi toute règle future?
 - b. Le traité précise-t-il le régime ou l'instrument spécifique qui lie certaines Parties?
- iii. Les Parties sont-elles tenues de notifier aux autres Parties, par l'intermédiaire du Secrétaire Général, toute application d'une clause de "déconnexion"?
- iv. Libellé de la clause:
 - a. Formulation positive - Les parties concernées appliqueront entre elles les règles particulières découlant d'un instrument spécifique, sauf dans la mesure où il n'existe pas de telles règles.
 - b. Formulation négative - Les parties concernées n'appliqueront pas le traité en ce qui concerne les questions régies par un instrument spécifique.
- v. Appellation de la clause: "de déconnexion", "de liens particuliers", autre?
- vi. Quelles solutions de remplacement pourrait-on suggérer pour obtenir le même résultat par d'autres moyens?

27. Plusieurs participants mettent l'accent sur la différence entre les aspects politiques et juridiques du problème. De telles clauses sont manifestement valables du point de vue juridique car elles sont librement négociées et acceptées par les Parties. Néanmoins, du point de vue politique, il faudrait établir un juste équilibre entre le désir des Communautés européennes d'évoluer vers une plus grande intégration et la nécessité de certitudes dans les relations juridiques internationales.

28. Il est souligné à cet égard que les Conventions du Conseil de l'Europe sont un moyen de réaliser la finalité du Statut. Une clause de déconnexion pose des problèmes tant à l'égard de l'uniformité des règles de fond qu'à celui de la prise de décisions par les organes qui mettent en oeuvre les Conventions. Il faut éviter une situation dans laquelle les Etats membres des Communautés européennes disposeraient d'une majorité automatique dans de telles instances.

29. Deux participants insistent sur le fait que de telles clauses doivent respecter les principes consacrés par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Elles ne doivent pas porter atteinte aux droits et obligations des autres Parties et elles doivent être compatibles avec l'objet et le but du traité.

30. Un grand nombre de participants déclarent qu'il n'est pas possible de rechercher in abstracto si cette clause est acceptable et quelles en seraient les conséquences; il n'est possible de parvenir à une conclusion sur ces points que cas par cas après avoir procédé très attentivement à l'examen d'une Convention spécifique.

31. L'un des participants estime qu'il faudra peut-être trouver des solutions différentes selon que la Communauté est elle-même Partie ou non au traité en question.

32. Certains participants considèrent que, chaque fois qu'il sera fait usage d'une telle clause, le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe devra en être dûment avisé. On pourrait aussi envisager des procédures de consultation préalable.

33. Le CJ-DI estime que l'expression clause de "déconnexion" est trompeuse. Il faudrait en trouver une plus adéquate (par exemple, "liens particuliers", "accords spéciaux, "accords inter se").

34. M. G. DROZ, Secrétaire Général de la Conférence de La Haye de droit international privé, explique qu'à de nombreuses reprises son organisation s'est trouvée confrontée à des problèmes analogues. Certes, il est relativement aisé de recourir à une telle clause lorsque la réciprocité est envisagée, mais cela s'est révélé presque impossible dans le cas de traités normatifs lorsque les Etats peuvent considérer qu'ils doivent appliquer la règle la plus restrictive. L'application automatique de la clause pourrait parfois conduire à des conséquences absurdes (par exemple, en matière de pollution aérienne, le régime juridique changerait en fonction de la direction du vent). En outre, la clause doit être libellée de manière précise et détaillée, en évitant toute formulation universelle, afin que l'on puisse être certain de son champ d'application (par exemple, il convient de savoir si la clause s'applique aux résidents ou aux ressortissants de l'Etat concerné).

35. M. A. TOLEDANO-LAREDO, Conseiller principal au service juridique de la Commission des Communautés européennes, déclare que la Commission a pour politique de favoriser la ratification par ses Etats membres des traités du Conseil de l'Europe mais sans préjudice de l'évolution du droit communautaire. A cet effet, la clause en question a été conçue comme un mécanisme pouvant être utilisé cas par cas si l'objet du traité le justifie. Il n'est pas prévu de recourir systématiquement à une telle clause.

Etant donné que la clause en question s'applique uniquement aux relations mutuelles entre Etats membres des Communautés, il n'y a aucun risque d'atteinte aux droits et obligations de tiers; d'un autre côté, une évolution au sein de la Communauté pourrait conduire les autres Etats à en faire autant s'ils le souhaitent. A cet effet, il faudrait constituer un système de notifications et de consultations. L'intervenant partage le point de vue du CJ-DI selon lequel l'expression "clause de déconnexion" est trompeuse. La clause vise au contraire à relier ("connecter") les Etats de la CEE aux conventions européennes.

36. Le Président résume les principales tendances de la discussion et constate ce qui suit:

- i. Une clause telle que celle qui a été adoptée lors des précédents portés à l'attention du CJ-DI est en principe valable et effective en droit international;

- ii. Il faut néanmoins se demander à propos de chaque traité si une telle clause est nécessaire ou si elle créerait des problèmes pratiques ou juridiques ou si elle serait incompatible avec les objectifs fondamentaux des négociations en question;
- iii. En ce qui concerne tout traité, il serait peut-être possible aussi d'envisager une autre technique de résolution du problème; cette possibilité et la nature de la technique en question sont avant tout du ressort des Etats négociateurs;
- iv. L'opportunité et les conséquences générales de l'insertion d'une telle clause, ou de l'adoption d'une autre technique, dans tout traité, soulèvent des questions qui sont essentiellement politiques plutôt que juridiques;
- v. Il est manifestement souhaitable que, pour tout traité où l'introduction d'une telle clause est envisageable, la question soit soulevée le plus tôt possible au cours des négociations; c'est à l'Etat négociateur et aux autres intéressés qu'incombe cette responsabilité;
- vi. Il faut éviter l'expression "clause de déconnexion" car elle ne rend compte ni de la nature réelle ni de la finalité de la clause.

C. EVOLUTION DE LA PHILOSOPHIE DE L'UNION SOVIETIQUE EN MATIERE DE DROIT INTERNATIONAL

37. Après avoir brièvement examiné cette question, le CJ-DI observe que certains Etats d'Europe de l'Est prêtent maintenant attention à la prééminence du droit ("Rule of Law") et plus généralement à l'importance du droit international.

38. Le CJ-DI décide de procéder lors de sa prochaine réunion à un examen plus détaillé de la question de l'évolution du droit international, notamment dans les pays d'Europe de l'Est. Le Secrétariat est invité à élaborer à ce sujet un document, surtout en ce qui concerne les questions revêtant un intérêt pratique au sein du Conseil de l'Europe. Les délégations sont aussi invitées à envoyer au Secrétariat des informations décrivant les grandes lignes des principaux développements en la matière (1).

39. L'un des experts signale l'intérêt croissant pour le droit international dans les pays du Tiers Monde. Cette question pourrait figurer dans la rubrique générale de l'évolution du droit international.

D. PRIVILEGES ET IMMUNITES DES ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES

40. Le CJ-DI prend acte du projet de Recommandation et d'exposé des motifs sur l'octroi de privilèges et immunités aux organisations intergouvernementales et aux personnes ayant des liens avec elles [CJ-DI (89) 7].

(1) Le Secrétariat enverra en janvier 1990 une lettre aux experts pour leur demander d'adresser au Secrétariat, avant le 15 février 1990, toutes les informations dont ils pourront disposer à ce sujet.

COUNCIL
OF EUROPE



CONSEIL
DE L'EUROPE

Strasbourg, 13 July 1989
[ACJDI898]

Restricted
CJ-DI (89) 8

COMMITTEE OF EXPERTS ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW (CJ-DI)

The "disconnection" clause

Secretariat memorandum prepared by the
Directorate of Legal Affairs

FOREWORD

1. At its 51st meeting (5-9 June 1989) the CDCJ was informed that the Committee of Ministers, acting on a belated request from the European Economic Community, had instructed the Secretariat to draw up a draft Protocol to the Convention on Insider Trading, in order to introduce into the Convention a "disconnection" clause.

Such a clause would enable Parties, which are members of the EEC, to apply Community rules in their mutual relations and exclude the application of the provisions of the Convention except in so far as there is no Community rule governing the particular subject concerned.

2. The Secretariat drew up the draft Protocol as requested.

Article 1 of the Protocol is worded as follows :

"The following provision shall be inserted in the Convention :

"Article 16bis

In their mutual relations, Parties which are members of the European Economic Community shall apply Community rules and shall therefore not apply the rules arising from this Convention except in so far as there is no Community rule governing the particular subject concerned."



Forty years
Council of Europe
Quarante ans
Conseil de l'Europe

3. At the extraordinary meeting of the Ministers' Deputies held on 7 July 1989, the Committee of Ministers adopted this Protocol and decided to open it for signature on 11 September 1989.

On the same occasion, several delegations voiced concern that such a clause might tend to become for the European Economic Community a matter of routine. These delegations shared on this point the misgivings which the Secretary General had expressed at the informal meeting of European Ministers of Justice in The Hague on 20 June 1989, ie that the legal space of Europe might break up into two parts where different rules would apply, a situation which was contrary to the very principles of legal security and sovereign equality of States.

4. The Committee of Ministers took note with great interest of the fact that the CDCJ has decided to put on the agenda of the CJ-DI at its next meeting (Paris, 18 and 19 September 1989) the question of "disconnection" or other clauses which enable certain States to exclude the application of Conventions in their mutual relations with certain other States (see document CDCJ(89)47, item 13).

PRECEDENTS IN COUNCIL OF EUROPE TREATIES

5. The proposed Article 16bis reflects verbatim an analogous provision of the European Convention on Transfrontier Television (ETS 132), opened for signature on 5 May 1989 (1).

6. There are also other previous examples of mechanisms comparable to the "disconnection" clause to the benefit of rules of other sources (in particular Community law).

One such example can be found in the European Convention on Social Security (ETS 78), whose Article 6 reads :

"1. The provisions of this Convention shall not affect obligations under any convention adopted by the International Labour Conference.

(1) Paragraph 1 of Article 27 of ETS 132 provides:

"In their mutual relations, Parties which are members of the European Economic Community shall apply Community rules and shall not therefore apply the rules arising from this Convention except in so far as there is no Community rule governing the particular subject concerned."

Paragraph 279 of the Explanatory Report to this Convention states:

"Paragraph 1 is designed to cover the particular situation of those Parties which are members of the European Economic Community. It states that, in their mutual relations, those Parties shall apply Community rules and shall not therefore apply the rules arising from the Convention except insofar as there is no Community rule governing the particular subject concerned. Since it governs exclusively the internal relations between the Parties, members of the European Economic Community, this paragraph is without prejudice to the application of this Convention between those Parties and Parties which are not members of the European Economic Community."

2. This Convention shall not affect the provisions on social security in the Treaty of 25 March 1957 establishing the European Economic Community nor the association agreements envisaged under that Treaty nor the measures taken in application of those provisions.

3. Notwithstanding the provisions of Article 5, paragraph 1, two or more Contracting Parties may keep in force, by mutual agreement and in respect of themselves, the provisions of social security conventions by which they are bound by specifying them in Annex III or, in the case of provisions relating to the application of these conventions, by specifying them in an annex to the Supplementary Agreement for the application of this Convention.

4. However, this Convention shall apply in all cases requiring action on the part of an institution of a Contracting Party other than those which are bound by the provisions referred to in paragraph 2 or in paragraph 3 of this Article as well as in the case of persons who are entitled to benefits under this Convention and to whom the said provisions are not exclusively applicable.

..."

7. The European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (ETS 30) provides in its Article 26 that :

"3. The Contracting Parties may conclude between themselves bilateral or multilateral agreements on mutual assistance in criminal matters only in order to supplement the provisions of this Convention or to facilitate the application of the principles contained therein.

4. Where, as between two or more Contracting Parties, mutual assistance in criminal matters is practised on the basis of a uniform legislation or of a special system providing for the reciprocal application in their respective territories of measures of mutual assistance, these Parties shall, notwithstanding the provisions of this Convention, be free to regulate their mutual relations in this field exclusively in accordance with such legislation or system. Contracting Parties which, in accordance with this paragraph, exclude as between themselves the application of this Convention shall notify the Secretary General of the Council of Europe accordingly."

A provision worded very much along the same lines appears in Article 28 of the European Convention on Extradition (ETS 24).

8. Article 37 of the European Convention on the Supervision of Conditionally Sentenced or Conditionally Released Offenders (ETS 51), Article 64 of the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments (ETS 70) and Article 43 of the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters (ETS 73) contain practically identical provisions, corresponding to the provisions of ETS 30 quoted above, and reading :

"...

2. The Contracting States may not conclude bilateral or multilateral agreements with one another on the matters dealt with in this Convention, except in order to supplement its provisions or facilitate application of the principles embodied in it.

3. Should two or more Contracting States, however, have already established their relations in this matter on the basis of uniform legislation, or instituted a special system of their own, or should they in future do so, they shall be entitled to regulate those relations accordingly, notwithstanding the terms of this Convention.

4. Contracting States ceasing to apply the terms of this Convention to their mutual relations in this matter in accordance with the provisions of the preceding paragraph shall notify the Secretary General of the Council of Europe to that effect."

Provisions to the same effect, but with a different wording, are contained in Article 27 of the European Convention on the Punishment of Road Traffic Offences (ETS 52), Article 27 of the European Convention on the Repatriation of Minors (ETS 71), Article 14 of the European Convention on the International Effects of Deprivation of the Right to drive a Motor Vehicle (ETS 88), Article 22 of the Convention on the Transfer of Sentenced Persons (ETS 112) and Article 34 of the European Convention on Offences relating to Cultural Property (ETS 119).

The Secretariat recalls that the above-mentioned provisions of the various treaties in the penal field were adopted in order to take due account of the particular situation of the Nordic States.

9. Further examples of clauses allowing certain Parties to a treaty to derogate from the treaty between themselves can be found in Article 16 of the European Convention on the Service Abroad of Documents Relating to Administrative Matters (ETS 94) and in Article 12 of the European Convention on the Obtaining Abroad of Information and Evidence in Administrative Matters (ETS 100) which both read :

"Nothing in this Convention shall affect existing or future international agreements and practices or other arrangements between Contracting States which relate to matters dealt with in the present Convention."

SOME PROBLEMS

10. From the examination of the non-exhaustive list of precedents in the previous paragraphs it appears that over the years the principle, if not the wording, of a "disconnection" clause had been resorted to, although in a non-systematic way, in order to allow certain Parties to create rights and obligations between themselves even in derogation from the provisions of the treaty.

11. In certain treaties, (ETS 78, 132 specific sources are quoted, in particular Community rules, whilst in other treaties (ETS 94, 100) Parties enjoy the widest discretion and may take freely the initiative of derogating from the Convention.

12. It will be noted that some treaties provide that the Parties which take advantage of the "disconnection" must notify the Secretary General of the Council of Europe accordingly (ETS 78 and the treaties in the field of penal law), whilst other treaties do not.

13. There also seems to be a difference in the reference to the time of adoption of the alternative sources : in ETS 24 and 30 it is not spelled out whether the "uniform legislation or special system" may be

adopted after the entry into force of the Convention or if only pre-existing ones may be maintained, whilst in the other treaties it is made clear that the treaty may be derogated also by instruments adopted after its entry into force.

14. Another difference lies in what appears to the Secretariat to be the purpose of the treaty. Certain treaties (in particular ETS 94 and 100) merely provide for a procedure for co-operation; in these cases the purpose of the treaty could very well be fulfilled by other similar procedures. On the contrary, ETS 132 is primarily a standard-setting treaty, and the co-existence of two sets of standards might not fulfil the purpose of the treaty.

15. A peculiarity of the Convention on Insider Trading is found in its Article 12.2, which reads :

"Nothing in this Convention shall be construed as restricting or prejudicing the application of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters and the Additional Protocol thereto among States party to these instruments or of specific agreements or arrangements on mutual assistance in criminal matters in force between Parties."

In principle one might ask whether, by virtue of the "disconnection" clause in the Insider Trading Convention, EEC member States could restrict the application of the Mutual Assistance Convention in their mutual relations, and to what extent.

16. In conclusion, the issues that the CJ-DI could usefully take up include notably the following :

- a. admissibility of a "disconnection" clause in general, and in particular in the case of a standard-setting treaty or of a "residual" treaty;
- b. admissibility of a "disconnection" clause in respect of future or only of pre-existing instruments;
- c. impact of a "disconnection" clause on the substantive provisions of the treaty and on the procedural ones (communication of information, settlement of disputes, territorial application, etc.);
- d. impact of a "disconnection" clause on the application of another treaty referred to in the treaty containing the clause;
- e. degree of freedom of the Parties to "disconnect" from the treaty (specification of the alternative source of rules, or not);
- f. requirement to notify the other Parties, through the Secretary General, of any implementation of the "disconnection" clause, and, where appropriate, effect of a notification received from only one Party of, for example, an EEC rule binding also other Parties.

The CDCJ in its remit to the CJ-DI has also asked that the Committee reflect on the very name to be given to the clause in question. Some delegations to the CDCJ found the very term "disconnecting" clause to be provocative in nature.

COUNCIL
OF EUROPE



CONSEIL
DE L'EUROPE

[FCJDI898.]

Strasbourg, le 13 juillet 1989

Restricted
CJ-DI (89) 8

COMITE D'EXPERTS SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (CJ-DI)

Clause de "déconnexion"

Note du Secrétariat Général
préparée par la
Direction des Affaires juridiques

AVANT-PROPOS

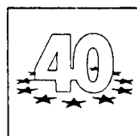
1. Lors de sa 51e réunion (5-9 juin 1989), le CDCJ a été informé qu'à la suite d'une requête tardive de la Communauté économique européenne, le Comité des Ministres a chargé le Secrétariat d'élaborer un projet de protocole à la Convention sur les opérations financières des initiés, en vue d'insérer dans cette Convention une clause de "déconnexion".

Une telle clause permettrait aux Parties qui sont membres de la Communauté économique européenne d'appliquer les règles de la Communauté et de ne pas appliquer celles découlant de la Convention sauf dans la mesure où il n'existe aucune règle communautaire régissant le sujet particulier concerné.

2. Le Secrétariat a élaboré le projet de protocole comme on le lui a demandé.

L'article 1er de ce Protocole est libellé comme suit:

"La disposition suivante est insérée dans la Convention:



Forty years
Council of Europe
Quarante ans
Conseil de l'Europe

"Article 16 bis

Dans leurs relations mutuelles, les Parties qui sont membres de la Communauté économique 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."

3. Lors de la réunion extraordinaire des Délégués des Ministres, tenue le 7 juillet 1989, le Comité des Ministres a adopté ce Protocole et décidé de l'ouvrir à la signature le 11 septembre 1989.

A la même occasion, plusieurs délégations ont exprimé la crainte qu'une telle clause n'ait tendance à devenir pour la Communauté économique européenne une affaire de routine. Ces délégations partageaient sur ce point les inquiétudes exprimées par le Secrétaire Général lors de la réunion informelle des Ministres européens de la Justice, à La Haye, le 20 juin 1989, à savoir que l'espace juridique européen n'éclate en deux parties, où s'appliqueraient des règles différentes, situation qui est contraire aux principes mêmes de la sécurité juridique et de l'égalité souveraine des Etats.

→ 4. Le Comité des Ministres a noté avec beaucoup d'intérêt que le CDCJ a décidé de faire figurer à l'ordre du jour de la prochaine réunion du CJ-DI (Paris, 18 et 19 septembre 1989) la question de la "déconnexion" ou d'autres clauses permettant à certains Etats d'exclure l'application de Conventions dans leurs relations mutuelles avec d'autres Etats (voir document CDCJ (89) 47, point 13).

PRECEDENTS DANS DES TRAITES DU CONSEIL DE L'EUROPE

5. L'article 16 bis proposé reprend textuellement une disposition analogue contenue dans la Convention européenne sur la télévision transfrontière (ETS 132), ouverte à la signature le 5 mai 1989 (1).

(1) Le paragraphe premier de l'article 27 du STE 132 prévoit que:

"Dans leurs relations mutuelles, les Parties qui sont membres de la Communauté économique 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."

Au paragraphe 279 du Rapport explicatif concernant cette Convention, on mentionne que:

"Le paragraphe 1er vise à couvrir la situation particulière des Parties qui sont membres de la Communauté européenne. Il précise que, dans leurs relations mutuelles, ces Parties 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. Régissant uniquement les relations internes entre les Parties, membres de la Communauté économique européenne, ce paragraphe ne préjuge en rien l'application de la présente Convention entre ces dernières et les Parties non-membre de la Communauté économique européenne."

6. Il existe encore d'autres exemples antérieurs de mécanismes comparables à la clause de "déconnection" au profit de règles issues d'autres sources (en particulier le droit Communautaire).

On peut trouver un exemple de ce genre dans la Convention européenne de sécurité sociale (STE 78), dont l'article 6 est libellé comme suit:

"1. Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte aux obligations découlant d'une convention quelconque adoptée par la Conférence Internationale du Travail.

2. La présente Convention ne porte pas atteinte aux dispositions relatives à la sécurité sociale du Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne ou des accords d'association prévus par ce Traité, ni aux mesures d'application de ces dispositions.

3. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1er de l'article 5, deux ou plusieurs Parties contractantes peuvent maintenir en vigueur d'un commun accord, pour ce qui les concerne, les dispositions de conventions de sécurité sociale par lesquelles elles sont liées, en les mentionnant à l'annexe III ou, s'il s'agit de dispositions relatives aux modalités d'application de ces conventions, en annexe à l'Accord complémentaire pour l'application de la présente convention.

4. Toutefois, la présente Convention est applicable dans tous les cas pour le règlement desquels est appelée à intervenir l'institution d'une Partie contractante autre que celles qui sont liées par les dispositions visées au paragraphe 2 ou au paragraphe 3 du présent article, ainsi que, en outre, lorsqu'il s'agit de personnes admises à bénéficier de la Convention et auxquelles ces dispositions ne sont pas exclusivement applicables.

..."

7. La Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (STE 30) prévoit dans son article 26 que:

"3. Les Parties contractantes ne pourront conclure entre elles des accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs à l'entraide judiciaire en matière pénale que pour compléter les dispositions de la présente Convention ou pour faciliter l'application des principes contenus dans celle-ci.

4. Lorsque, entre deux ou plusieurs Parties contractantes, l'entraide judiciaire en matière pénale se pratique sur la base d'une législation uniforme ou d'un régime particulier prévoyant l'application réciproque de mesures d'entraide judiciaire sur leurs territoires respectifs, ces Parties auront la faculté de régler leurs rapports mutuels en ce domaine en se fondant exclusivement sur ces systèmes, nonobstant les dispositions de la présente Convention. Les Parties contractantes qui excluent ou viendrait à exclure de leurs rapports mutuels l'application de la présente Convention, conformément aux dispositions du présent paragraphe, devront adresser une notification à cet effet au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe."

Une disposition en grande partie de même nature figure à l'article 28 de la Convention européenne d'extradition (STE 24).

8. L'article 37 de la Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous-condition (STE 51), l'article 64 de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs (STE 70) et l'article 43 de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives (STE 73) contiennent des dispositions pratiquement identiques, correspondant à celles contenues dans STE 30 précité, et libellées comme suit:

"...

2. Les Parties contractantes ne pourront conclure entre-elles des accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux questions réglées par la présente Convention que pour compléter les dispositions de celle-ci ou pour faciliter l'application des principes qui y sont contenus.

3. Toutefois, si deux ou plusieurs Parties contractantes ont établi ou viennent à établir leurs relations sur la base d'une législation uniforme ou d'un régime particulier, elles auront la faculté de régler leurs rapports mutuels en la matière en se basant exclusivement sur ces systèmes nonobstant les dispositions de la présente Convention.

4. Les Parties contractantes qui viendraient à exclure de leurs rapports mutuels l'application de la présente convention, conformément aux dispositions du présent paragraphe, adresseront à cet effet une notification au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe."

Des dispositions allant dans le même sens, mais libellées différemment, sont contenues dans l'article 27 de la Convention européenne pour la répression des infractions routières (STE 52), l'article 27 de la Convention européenne sur le rapatriement des mineurs (STE 71), l'article 14 de la Convention européenne sur les effets internationaux de la déchéance du droit de conduire un véhicule à moteur (STE 88), l'article 22 de la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (STE 112) et l'article 34 de la Convention européenne sur les infractions visant des biens culturels (STE 119).

Le Secrétariat rappelle que les dispositions sus-mentionnées contenues dans les différents traités dans le domaine pénal ont été adoptées afin de prendre en compte la situation particulière des pays scandinaves.

9. On peut trouver d'autres exemples de clauses autorisant certaines Parties à un traité à déroger au traité entre elles dans l'article 16 de la Convention européenne sur la notification à l'étranger de documents en matière administrative (STE 94) et l'article 12 de la Convention européenne sur l'obtention à l'étranger d'informations et de preuves en matière administrative (STE 100), qui sont tous les deux libellés comme suit:

"Aucune disposition de la présente Convention ne portera atteinte aux accords internationaux et aux autres arrangements et pratiques qui existent ou qui pourront exister entre des Etats contractants dans les matières faisant l'objet de la présente Convention."

QUELQUES PROBLEMES

10. Il ressort de l'examen de la liste non-exhaustive de précédents qu'au fil des ans, l'on a eu recours au principe, si ce n'est à la rédaction, d'une clause de "déconnexion" quoique pas de manière systématique, afin de permettre à certaines Parties de créer des droits et des obligations entre elles même en dérogation aux dispositions du traité.
11. Dans certains traités, (STE 78, 132) des sources spécifiques sont citées, notamment des règles communautaires, tandis que dans d'autres (STE 94, 100) les Parties jouissent d'un maximum de liberté et peuvent prendre librement l'initiative de déroger à la Convention.
12. On constate que certains traités prévoient que les Parties qui veulent se prévaloir de la "déconnexion" doivent adresser une notification à cet effet au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe (STE 78 et traités dans le domaine du droit pénal) tandis que d'autres ne le font pas.
13. On relève aussi des différences en ce qui concerne la mention de la période d'adoption des autres dispositions: dans les Conventions no 24 et 30, on ne précise pas si la "législation uniforme" ou le "régime particulier" peuvent avoir été adoptés après l'entrée en vigueur de la Convention ou si ce ne sont que des dispositions pré-existantes qui peuvent être maintenues, tandis que, dans d'autres traités, il est indiqué clairement que l'on peut aussi déroger au traité en appliquant des instruments adoptés après son entrée en vigueur.
14. Une autre différence réside dans ce qui apparaît au Secrétariat comme le but du traité. Certains traités (notamment STE 94 et 100) se bornent à prévoir une procédure pour la coopération; dans ces cas, le but du traité peut parfaitement être rempli au moyen d'autres procédures similaires. En revanche, STE 132 est un traité visant essentiellement à fixer des normes; or, la coexistence de deux séries de normes risque d'empêcher le traité de remplir son but.
15. Une particularité de la Convention sur les opérations financières des initiés réside dans son article 12.2, lequel est libellé comme suit:

"Rien dans la présente Convention ne saurait être interprété comme limitant ou empêchant l'application de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et de son Protocole additionnel entre les Etats parties à ces instruments et des accords et arrangements spécifiques d'entraide judiciaire en matière pénale en vigueur entre les Parties."

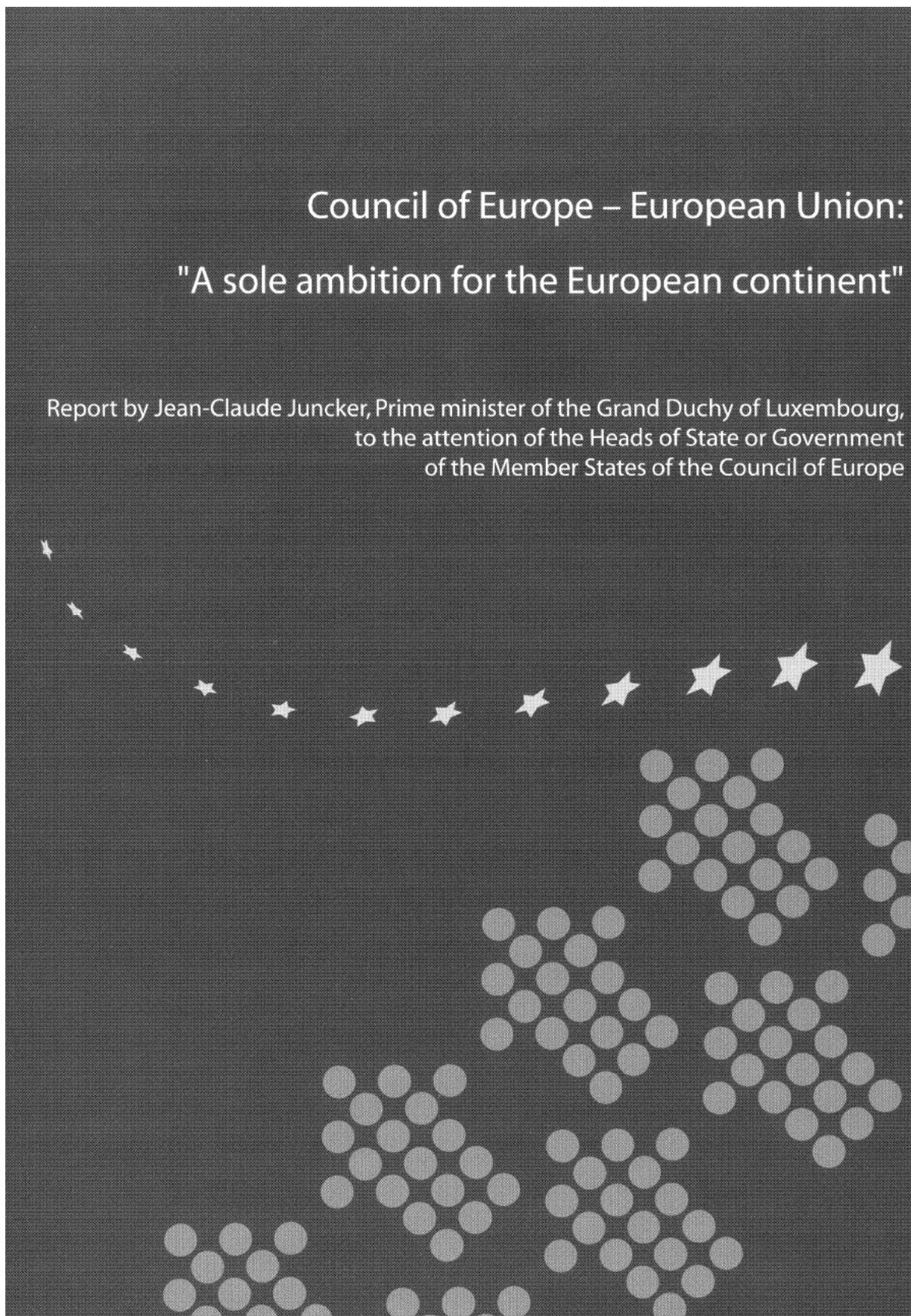
On pourrait, en principe, se demander si, en vertu de la clause de "déconnexion" dans la Convention sur les opérations financières des initiés, des Etats membres de la CEE pourraient restreindre l'application de la Convention d'entraide dans leurs relations mutuelles, et dans quelle mesure.
16. En conclusion, les points que le CJ-DI pourrait utilement aborder sont notamment les suivants:
 - a. admissibilité d'une clause de "déconnexion" en général et en particulier dans le cas d'un traité fixant des normes ou d'un traité "résiduel";

- b. admissibilité d'une clause de "déconnexion" pour des instruments futurs ou uniquement pour des instruments pré-existants;
- c. incidences d'une clause de "déconnexion" sur les dispositions de fonds du traité et sur celles ayant trait à la procédure (communication d'informations, règlement de différends, application territoriale, etc);
- d. incidences d'une clause de "déconnexion" sur l'application d'un autre traité mentionné dans le traité contenant la clause;
- e. limites de la liberté des Parties de se "déconnecter" du traité (indication de l'autre source de règles, ou non);
- f. exigence de notification aux autres Parties, par l'intermédiaire du Secrétaire Général, de toute application de la clause de "déconnexion" et, le cas échéant, effet d'une notification reçue d'une seule Partie de, par exemple, une règle de la CEE liant aussi d'autres Parties.

Dans le cadre de la mission qu'il a confiée au CJ-DI, le CDCJ a aussi chargé celui-ci de réfléchir au nom à donner à la clause en question. Un certain nombre de délégations au CDCJ considérant, en effet, que le terme "déconnexion" à quelques chose de provocant.

Council of Europe – European Union: "A sole ambition for the European continent"

Report by Jean-Claude Juncker, Prime minister of the Grand Duchy of Luxembourg,
to the attention of the Heads of State or Government
of the Member States of the Council of Europe



b. Disconnection clauses

The idea of promoting a pan-European legal and judicial area of this kind has encountered a few difficulties. A year ago, when three conventions were being negotiated, there were sometimes sharp exchanges concerning inter-institutional relations, and also the obligations of EU member states to one another, and to Council member states outside the EU. The conventions in question were the Convention against Trafficking in Human Beings, the Convention on the Prevention of Terrorism, and the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, and the financing of terrorism. The debate was also fuelled by the Council's fear that the EU might, in applying its conventions, fall short of the minimum standards accepted.

After lengthy discussion, the Luxembourg Presidency of the EU Council suggested that the need for, and scope of, a "disconnection clause" should be clarified. The Declaration made by the European Community and the EU states when the Council of Europe's Committee of Ministers adopted the three conventions, on 3 May 2005, explained how the disconnection clause would work, particularly in relations between EU states and other, non-EU members of the Council of Europe:

"The European Community/European Union and its member states reaffirm that their objective in requesting the inclusion of a 'disconnection clause' is to take account of the institutional structure of the Union when acceding to international conventions, in particular in case of transfer of sovereign powers from the Member states to the Community.

This clause is not aimed at reducing the rights or increasing the obligations of a non-European Union party vis-à-vis the European Community/European Union and its Member states, inasmuch as the latter are also parties to this convention.

The disconnection clause is necessary for those parts of the convention which fall within the competence of the Community/Union, in order to indicate that European Union Member states cannot invoke and apply the rights and obligations deriving from the Convention directly among themselves (or between themselves and the European Community/Union). This does not detract from the fact that the Convention applies fully between the European Community/European Union and its Member states on the one hand, and the other Parties to the convention, on the other; the Community and the European Union Member states will be bound by the convention and will apply it like any party to the convention, if necessary, through Community/Union legislation. They will thus guarantee the full respect of the convention's provisions vis-à-vis non-European Union parties."

The essential question here is how Community law, which transfers extensive powers, including many external powers, from member states to the EU, can be linked more effectively with international law, which is also evolving.

In our continent, we are seeing rapid, and to some extent unique, changes in Community law, and also less rapid, but substantial changes in international, convention-based law.

The EU, like the Council of Europe, also has Europe-wide responsibilities. In exercising them, it is often obliged to connect with laws which are alien to it.

The legal security of all the citizens of Council of Europe member states thus stands to gain if there is appropriate technical or political consultation between the EU and the Council before any legislative initiatives are taken in areas where their powers overlap.

This is not a case of the Community's EU dynamic being slowed down by contact with intergovernmental machinery, but of averting legal insecurity and major incompatibilities between Community and international law – particularly European law, whose standard-setting potential must remain a judiciously shared asset, and not become a cause of dissension.

Linking changes in Community law with changes in international law through consultation with the Council of Europe is essential. The EU should tackle this task in a co-operative spirit, seeing it as an opportunity to give the law its own distinctive impetus. On the Council side, member states outside the EU must not use this consultation machinery to slow down a Community dynamic which openly accepts its continental responsibilities.

This process of change has started. Since the negotiations on the three above conventions were concluded, the debate has grown calmer, and the impact of disconnection clauses has largely been played down.

Despite everything, the EU will probably be unable to dispense with disconnection clauses. In fact, these clauses are simply EU clauses – and I wonder whether it would not be better to call them that.

c. Towards a joint platform for evaluation of standards

To move forward on the path to this pan-European legal and judicial area, the EU and the Council of Europe should also set up a joint platform to assess the feasibility of the EU's taking over Council standards, and vice-versa, each in accordance with its own responsibilities.

I know that the European Commission is already prepared to examine certain Council of Europe conventions, with a view to accepting them. It goes without saying, however, that dialogue between legal experts on a platform of this kind would in no way prejudice policy decisions, or the right of either party to accept or reject a given text.

A platform of this kind, before texts were adopted, would complement prior consultation on legislative initiatives, and would be a further pledge of legal consistency in Europe.

d. Towards increased legal co-operation

Co-operation between the Council of Europe and the EU functions best in the legal field.

The Council's current priorities for legal co-operation are action to combat trafficking in human beings, corruption and organised crime (including cybercrime), and also bioethics. The "child welfare" segment is also becoming increasingly important.

To a large extent, the legislative work done in these areas by both coincides. It is important that the EU and the Council should determine shared priorities more systematically. For one

Conseil de l'Europe – Union européenne : « Une même ambition pour le continent européen »

Rapport de Jean-Claude Juncker, Premier ministre du Grand-Duché de Luxembourg,
à l'attention des chefs d'État et de gouvernement
des États membres du Conseil de l'Europe



- le Conseil de l'Europe et l'Union européenne coordonnent systématiquement leurs initiatives législatives dans les matières où les compétences des deux organisations se recoupent et se complètent ;
- ils recherchent à travers leur coopération en matière juridique une complémentarité accrue entre leurs textes ;
- ils veilleront à ce que le droit communautaire ne soit pas dilué par le jeu des adhésions des Etats membres de l'Union européenne aux conventions de type intergouvernemental du Conseil de l'Europe ;
- ils mettent en place – dans le cadre de leurs compétences respectives – une plateforme conjointe d'évaluation des normes qui appréciera, sans préjuger aucune décision politique, la possibilité d'une reprise des normes du Conseil de l'Europe par l'Union européenne d'une part et celles de l'Union européenne par le Conseil de l'Europe, d'autre part
- ils veillent à ce que les mécanismes de suivi en matière d'Etat de droit (par exemple la lutte contre le terrorisme, le blanchiment d'argent, la corruption et la traite des êtres humains, ou la coopération judiciaire en matière pénale) soient conçus de manière à éviter des doubles emplois au détriment de l'application des normes ;
- ils encouragent l'adhésion de tous leurs Etats membres aux instruments juridiques des deux organisations pour leur assurer la plus grande couverture géographique possible ;
- ils intensifient leurs activités de coopération pour le renforcement de l'Etat de droit dans les domaines et mécanismes où elle s'est révélée efficace, comme la Commission de Venise, la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), le Groupement des Etats contre la corruption (GRECO), pour ne citer que ces instances-là ;
- l'Union européenne s'appuie, pour l'orientation de ses politiques, sur les évaluations conduites par les différents systèmes de coopération judiciaire au sein du Conseil de l'Europe auxquels elle devrait participer de manière appropriée.

b. La clause de déconnexion

L'idée de la promotion d'un tel espace juridique et judiciaire paneuropéen n'est pas sans rencontrer des difficultés. Il y a un an, la négociation de trois conventions avait suscité un débat parfois acerbe, d'une part sur les relations interinstitutionnelles et, d'autre part, sur les obligations des Etats membres de l'Union européenne entre eux et avec les autres Etats membres du Conseil de l'Europe. Il s'agissait de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, de celle sur la prévention du terrorisme et finalement de celle relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme. Le débat était par ailleurs nourri par la crainte exprimée au sein du Conseil de l'Europe que l'Union européenne puisse appliquer les conventions du Conseil de l'Europe en deçà des standards minimaux souscrits.

Après de longues discussions, la présidence luxembourgeoise du Conseil de l'Union européenne avait jugé utile de clarifier la nécessité et la portée d'une « clause de déconnexion ». La Déclaration de la Communauté européenne et des Etats membres de

l'Union européenne, faite lors de l'adoption des trois conventions par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 3 mai 2005, précisait le mécanisme de la clause de déconnexion, notamment dans les relations entre les Etats membres de l'Union européenne et les autres membres du Conseil de l'Europe :

« En demandant l'inclusion de la 'clause de déconnexion', la Communauté européenne/Union européenne et ses Etats membres réaffirment que leur objectif est de prendre en compte la structure institutionnelle de l'Union lorsqu'elles adhèrent à des Conventions internationales, en particulier en cas de transfert de pouvoirs souverains des Etats membres à la Communauté.

Cette clause n'a pas pour objectif de réduire les droits ou d'accroître les obligations des Parties non membres de l'Union européenne vis-à-vis de la Communauté européenne/Union européenne et de ses Etats membres, dans la mesure où ces dernières sont également Parties à la présente Convention.

La clause de déconnexion est nécessaire pour les dispositions de la Convention qui relèvent de la compétence de la Communauté/Union, afin de souligner que les Etats membres ne peuvent invoquer et appliquer, directement entre eux (ou entre eux et la Communauté/Union), les droits et obligations découlant de la Convention. Ceci ne porte pas préjudice à l'application complète de la Convention entre la Communauté européenne/Union européenne et ses Etats membres, d'une part, et les autres Parties à la Convention, d'autre part ; la Communauté et les Etats membres de l'Union européenne seront liés par la Convention et l'appliqueront comme toute autre Partie à la Convention, le cas échéant, par le biais de la législation de la Communauté/Union. Ils garantiront dès lors le plein respect des dispositions de la Convention vis-à-vis des Parties non membres de l'Union européenne. »

La question essentielle qui se pose est de voir comment le droit communautaire, qui confère à l'Union européenne des compétences étendues transférées par ses Etats membres, y compris de nombreuses compétences externes, peut mieux s'articuler avec le droit international, qui évolue lui aussi.

Nous assistons d'un côté à un développement rapide et d'une certaine manière *sui generis* du droit communautaire, et de l'autre à une évolution moins rapide, mais néanmoins substantielle, du droit conventionnel international sur notre continent.

L'Union européenne porte tout comme le Conseil de l'Europe une responsabilité continentale. L'exercice de cette responsabilité la contraindra encore souvent à se lier à des droits qui lui sont hétérogènes.

Il est dès lors dans l'intérêt de la sécurité juridique de tous les citoyens des Etats membres du Conseil de l'Europe qu'il y ait, en amont de toute initiative législative où leurs compétences se croisent, des consultations appropriées, techniques ou politiques, entre l'Union européenne d'un côté et le Conseil de l'Europe de l'autre.

Il ne s'agit pas de freiner la dynamique communautaire de l'Union européenne au contact de mécanismes intergouvernementaux, mais de parer à l'insécurité juridique et à des incompatibilités majeures entre le droit communautaire et le droit international, notamment celui de notre continent européen, dont le potentiel normatif doit rester un élément de partage bien dosé et non un facteur de division.

L'instauration de ces liens entre l'évolution du droit communautaire et celle du droit international à travers des consultations avec le Conseil de l'Europe est une nécessité. Elle devrait être abordée par l'Union européenne dans un esprit de coopération et comme une opportunité pour donner des impulsions propres au droit. Du côté du Conseil de l'Europe, les Etats membres non membres de l'Union européenne ne devront pas utiliser un tel mécanisme de consultation pour freiner de quelque manière que ce soit une dynamique communautaire qui assume ouvertement ses responsabilités continentales.

Cette évolution est en cours. Depuis la clôture de la négociation sur les trois Conventions le débat est devenu plus serein et l'impact de ladite clause a été dans une large mesure dédramatisé.

Malgré tout, l'Union européenne ne pourra vraisemblablement pas se passer de clauses de déconnexion. Mais celles-ci ne sont en fait rien d'autre que des clauses relatives à l'Union européenne. Je me demande d'ailleurs s'il ne vaudrait pas mieux les nommer ainsi.

c. Pour une plate-forme conjointe d'évaluation des normes

Pour avancer sur le chemin de cet espace juridique et judiciaire paneuropéen, l'Union européenne et le Conseil de l'Europe devraient également mettre en place une plate-forme conjointe d'évaluation des normes qui appréciera la possibilité d'une reprise par l'Union européenne de normes du Conseil de l'Europe, et inversement, par le Conseil de l'Europe de normes de l'Union européenne, chaque fois dans le cadre de leurs compétences respectives.

Je sais que la Commission européenne est d'ores et déjà prête à scruter certaines conventions du Conseil de l'Europe en vue de leur reprise. Mais il va de soi que le dialogue entre juristes dans le cadre d'une telle plate-forme, ne préjugerait en rien la décision politique ou le droit d'initiative chez les deux parties de reprendre ou non un texte législatif.

Une telle plate-forme, en aval de l'adoption de textes, serait à la fois un complément à la consultation en amont en cas d'initiative législative et un gage supplémentaire de la cohérence juridique sur le continent.



General Assembly

Distr.
LIMITEDA/CN.4/L.682
13 April 2006

Original: ENGLISH

INTERNATIONAL LAW COMMISSION
Fifty-eighth session
Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006

**FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW: DIFFICULTIES
ARISING FROM THE DIVERSIFICATION AND EXPANSION OF
INTERNATIONAL LAW**

Report of the Study Group of the International Law Commission

Finalized by Martti Koskenniemi*

* The Chairman gratefully acknowledges the help of a number of colleagues who have commented on the topic and provided advice and assistance on particular questions. Special mention should, among them, be made of Professor Campbell McLachlan, Dr. Anders Fischer-Lescano, Professor Gunther Teubner, Professor Emmanuelle Jouannet, Professor Pierre Marie Dupuy and Ms. Isabelle Van Damme. Several NYU interns provided assistance during the Study Group meetings and collecting background materials on particular items. They include Gita Kothari, Cade Mosley, Peter Prows, and Olivia Maloney. Anna Huilaja, Ilona Nieminen and Varro Vooglaid at the Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights in Helsinki provided much appreciated help in research. Last but not least, the assistance throughout the years of Ms. Anja Lindroos from the University of Helsinki needs to be recognized. Without her careful notes of the Study Group meetings and her background research this Report would never have materialized. Nevertheless, the contents of this report - including any opinions therein - remain the sole responsibility of its author.

288. The position of the ECJ is that the requirement under article 307 “to eliminate any incompatibilities” is rather strict.³⁸³ The Court appears willing to accept that a Member State may face difficulties in bringing its external commitments in line with EC law. This may sometimes involve a duty to denounce such commitments. In other words, as pointed out by Eeckhout, “[f]oreign-policy interests of the Member States cannot override that obligation, and a Member State cannot in principle argue that denunciation would be to harmful to those interests”.³⁸⁴ He also remarks that “there is no suggestion that there may ever be cases where the Community itself is required to act so as to remove incompatibilities, e.g., modify Community law”.³⁸⁵

(d) Disconnection clauses

289. One practice that may be appropriate to discuss here is the expansion of the so-called “disconnection clause” in multilateral agreements to which the European Community is a party. There are presently at least 17 multilateral treaties, having as parties members and non-members of the European Community (and in some cases, also the European Community), that contain this clause.³⁸⁶ The purpose of the clause is, according to the European Commission, to ensure

³⁸³ Klabbers, “Moribund on the Fourth of July?”, *supra* note 368, pp. 195-196.

³⁸⁴ Eeckhout, *External Relations of the European Union ...* *supra* note 368, p. 342.

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and the Financing of Terrorism, 16 May 2005 Warsaw, Article 52 (4); Council of Europe Convention on Action Against Trafficking of Human Beings 16 May 2005 Warsaw, Article 40 (3); Council of Europe Convention on the Prevention on Terrorism 16 May 2005 Warsaw, Article 26 (3); Council of Europe Convention on Contracts Concerning Children 15 May 2003 Strasbourg, Article 20 (3); European Convention for the Protection of Audiovisual Heritage 8 November 2001 Strasbourg, Article 21; European Convention on the Legal Protection of Services Based on, or Consisting of, Conditional Access 24 January 2001 Strasbourg, Article 11 (4); European Convention on the Promotion of a Transnational Long-Term Voluntary Service for Young People 11 May 2000 Strasbourg, Article 19 (2); Agreement on Illicit Traffic by Sea, implementing Article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 31.1.1995 Strasbourg, Article 30 (3); European Convention Relating to Questions on Copyright Law and Neighbouring Rights in the Framework of - Transfrontier Broadcasting by Satellite 11 May 1994 Strasbourg, Article 9 (1); Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment 21 June 1993 Lugano, Article 25 (2); European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy 5 June 1990 Istanbul, Article 38 (2); Protocol to the Convention on Insider Trading 11 September 1989 Strasbourg, Article 1; European Convention on Transfrontier Television 5 May 1989 Strasbourg, Article 27 (1); European Convention on Insider Trading 20 April 1989 Strasbourg, Article 16 bis; The Council of Europe/OECD Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters 25 January 1988 Strasbourg, Article 27 (2); Protocol on Civil Liability

A/CN.4/L.682
page 148

the continuing application of Community rules between EC member States without any intent to affect the obligations between member States and other parties to treaties.³⁸⁷ The exact formulation of these clauses differs from one convention to another but the core substance is captured in article 27 of the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters of 1988:

Notwithstanding the rules of the present Convention, those Parties which are members of the European Economic Community shall apply in their mutual relations the common rules in force in that Community.

290. Some disconnection clauses are general and cover the whole of a treaty. Other clauses are only partial or qualified.³⁸⁸ The clause in the article 20 (2) of the Protocol on Civil Liability and Compensation for Damage Caused by the Transboundary Effects of Industrial Accidents on Transboundary Waters is an example of a partial disconnection clause, aiming to replace only

and Compensation for Damage Caused by the Transboundary Effects of Industrial Accidents on Transboundary Waters 21 May 2003 Kiev, Article 20(2); UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects 24 June 1995 Rome, Article 13 (3).

³⁸⁷ The European Community/European Union and its Member States have also included the following declaration in the Explanatory Report of the 2005 Council of Europe Convention on Terrorism : “The European Community/European Union and its Member States reaffirm that their objective in requesting the inclusion of a ‘disconnection clause’ is to take account of the institutional structure of the Union when acceding to international conventions, in particular in case of transfer of sovereign powers from the Member States to the Community. This clause is not aimed at reducing the rights or increasing the obligations of a non-European Union Party vis-à-vis the European Community/European Union and its Member States, inasmuch as the latter are also parties to this Convention. The disconnection clause is necessary for those parts of the Convention which fall within the competence of the Community/Union, in order to indicate that European Union Member States cannot invoke and apply the rights and obligations deriving from the Convention directly among themselves (or between themselves and the European Community/Union). This does not detract from the fact that the Convention applies fully between the European Community/European Union and its Member States on the one hand, and the other Parties to the Convention, on the other; the Community and the European Union Member States will be bound by the Convention and will apply it like any Party to the Convention, if necessary, through Community/Union legislation. They will thus guarantee the full respect of the Convention’s provisions vis-à-vis non-European Union Parties.” As an instrument made in connection with the conclusion of a treaty, within the meaning of article 31, para. 2 (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, this declaration forms part of the “context” of the Convention. *European Treaty Series*, No. 196, para. 272. See also Loïc Azoulai, “The Acquis of the European Union and International Organizations”, *European Law Journal*, vol. 11, (2005) especially p. 211; and Andrea Schulz, “The Relationship between the judgments project and other international instruments”, Preliminary document No. 24 of December 2003, Hague Conference on Private International Law, http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd19e.pdf (last visited 31 March 2006).

³⁸⁸ For a typology, see Constantin P. Economidès & Alexandros G. Kolliopoulos, “La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire: une pratique critiquable”, *RGDIP* (2006, forthcoming).

certain articles of the original treaty.³⁸⁹ As an example of a conditional disconnection clause mention could be made of article 26 (3) of the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism that refers to EC rules “without prejudice to the object and purpose of the present Convention and without prejudice to its full application with other Parties”. Another, perhaps equally ambiguous condition, is written into article 30 of the Agreement on Illicit Traffic by Sea, implementing article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances which stipulates that “If two or more Parties have already concluded an agreement or treaty in respect of a subject dealt with in this Agreement or have otherwise established their relations in respect of that subject, they may agree to apply that agreement or treaty or to regulate those relations accordingly, in lieu of the present Agreement, if it facilitates international cooperation”.³⁹⁰

291. In all cases the rules of the treaty are replaced in whole or in part in the relations between EC members, by EC rules. The obligations between EC members and other treaty parties remain, however, fully governed by the treaty. The inclusion of such clauses to multilateral treaties has given some cause to concern. It has seemed difficult to classify them by reference to provisions in the Vienna Convention and the effect of the proliferation of such clauses to the coherence of the original treaty has seemed problematic.³⁹¹

292. Article 30 (2) of the VCLT provides that “when a treaty specifies that it is subject to, or that it is not be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provision of that other treaty will prevail”.³⁹² This formulation covers also disconnection clauses. They are thus best analyzed as conflict clauses added to treaties with the view to regulating potential conflicts between Community law and the treaty. What may seem disturbing about such clauses is that they are open to only some parties to the original treaty and the content of the Community law

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Ibid.

³⁹¹ Ibid.

³⁹² Article 30 (2) of the VCLT.

A/CN.4/L.682
page 150

to which they refer may be both uncertain and subject to change. Nevertheless, this is scarcely different from regular *inter se* amendments that also apply between some parties only and that may be subject to future modification.

293. Under what conditions is this type of clause be permissible? The starting-point is, of course, that the clause is agreed to by all the parties, so that no question of validity will rise. Nevertheless, it cannot be excluded that the other parties might not know of the real import of the disconnection clause because the rules referred to therein (the relevant EC rules) have been obscure, or modified or interpreted in a new way. In this case, the EC rules begin to resemble a new, successive treaty, covered by article 30 (4) VCLT. According to article 30 (5) VCLT “paragraph 4 [of article 30] is without prejudice to article 41”.³⁹³ Through this means, an open-ended disconnection clause would become *also* conditioned by the requirements of article 41. During the preparatory work for the VCLT, the Chairman of the ILC confirmed that a right to an *inter se* modification should not be unlimited but that any modification would need to respect the object and purpose of the treaty.³⁹⁴ A similar position was taken by Pellet in context of reservations as he explained that an expressly authorized unspecified reservation must also fulfil the object and purpose test.³⁹⁵ Thus, while the scope and content of the disconnection clause is normally covered by the original consent, in case the regulation referred to in that clause will be modified, such modification may only be allowed to the extent that it does not “affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations [or] relate to a provision derogation of which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole” as stipulated by article 41 (1) of the VCLT.

294. Like *inter se* modification, a disconnection clause makes it possible for a limited group of parties to enhance the objectives of the treaty by taking measures that correspond to their special circumstances. But just like *inter se* agreements, this practice creates the possibility of

³⁹³ The drafting process of the two articles overlapped considerably. See sections D.2.(b) and D.4.

³⁹⁴ The 876th ILC Meeting of 22 June 1966, *Yearbook ... 1966* vol. I, Part Two, p. 219.

³⁹⁵ Alain Pellet, Tenth Report on Reservations to Treaties, document A/CN.4/558/Add.1 (2005) pp. 3-4.

undermining the original treaty regime. The actual effect of a disconnection clause depends on its specific wording. Their common point, however, is that they seek to replace a treaty in whole or in part with a different regime that should be applicable between certain parties only. The real substance of clause is not apparent on its surface, but lies in the regime referred to in the clause. It is the conformity of the substance of that regime with the treaty itself where the real point of concern lies. From the perspective of other treaty parties, the use of disconnection clause might create double standards, be politically incorrect or just confusing.³⁹⁶ To alleviate such concerns, some disconnection clauses are worded so as to be “without prejudice to the object and purpose of the present Convention”. Nevertheless, even if they did not contain such a reference, the condition of conformity with object and purpose may, as pointed out above, derive from those laid down for the *inter se* modification. In assessing such conformity, two concerns seem relevant. First, a disconnection clause is agreed to by all the parties of the treaty. From this perspective, the practice seems unproblematic. The validity of a disconnection clause flows from party consent. On the other hand, it is not obvious that parties are always well-informed of the content of the regime to which the clause refers and that regime may change independently of the will or even knowledge of the other parties. In such cases, the criterion concerning conformity with object and purpose will provide the relevant standard for assessing the practice of the treaty parties. Like elsewhere, the consideration of whether the provisions to which the treaty refers are what Fitzmaurice called “integral” or “interdependent” provisions that cannot be separated from the treaty, seems relevant.

³⁹⁶ See, for example, the speech of Serhiy Holotavy, Chairperson of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 7 April 2005 at the 26th Conference of European Ministers of Justice in Helsinki, http://www.coe.int/T/E/Com/Files/Ministerial-Conferences/2005-Helsinki/disc_holovaty.asp (last visited 31 March 2006); Report for debate in the Standing Committee under urgent procedure by Rapporteuse Mrs. Ruth-Gaby Vermot-Mangold concerning Draft Council of Europe Convention on action against trafficking of human beings 15 March 2005, <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc05/EDOC10474.htm> (last visited 31 March 2006); Peter J. Kuijper: “The Conclusion and Implementation of the Uruguay Rounds results by the European Community”, EJIL, vol. 6, (1995) pp. 223-224.; Interim Health Protection Agency operational statement on the International Health Regulations, 12 May 2004, http://www.hpa.org.uk/hpa/international/IHR_statement.htm (last visited 31 March 2006).

UNITED
NATIONS

A



General Assembly

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.682/Add.1
2 May 2006

Original: ENGLISH

INTERNATIONAL LAW COMMISSION
Fifty-eighth session
Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006

FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW: DIFFICULTIES ARISING FROM THE DIVERSIFICATION AND EXPANSION OF INTERNATIONAL LAW

Report of the Study Group of the International Law Commission

Addendum

Appendix

Draft conclusions of the work of the Study Group

Finalized by Martti Koskenniemi

A. INTRODUCTION

1. At its fifty-fourth session (2002), the International Law Commission established a Study Group to examine the topic “Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law”.¹ At its fifty-fifth session (2003), the Commission adopted a tentative schedule for work to be carried out during the remaining part of the present quinquennium (2003-2006) and allocated to five of its members the task of preparing outlines on the following topics:

- (a) “The function and scope of the *lex specialis* rule and the question of self-contained regimes” (Mr. Koskenniemi);
- (b) The interpretation of treaties in the light of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” (article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties), in the context of general developments in international law and concerns of the international community (Mr. Mansfield);
- (c) The application of successive treaties relating to the same subject matter (article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties) (Mr. Melescanu);
- (d) The modification of multilateral treaties between certain of the parties only (article 41 of the Vienna Convention on the Law of Treaties) (Mr. Daoudi); and
- (e) Hierarchy in international law: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 of the Charter of the United Nations, as conflict rules (Mr. Galicki).

2. During its fifty-sixth (2004) and fifty-seventh session (2005), the Study Group received a number of outlines and studies on these topics. It affirmed that it was its intention to prepare, as the substantive outcome of its work, a single collective document consisting of two parts. One would be a “relatively large analytical study” that would summarize the content of the various individual reports and the discussions of the Study Group. This is the bulk of the Report

¹ *Report of the International Law Commission of its Fifty-fourth Session, Supplement No. 10 (A/57/10)*, chap. IX.A, paras. 492-494.

prepared by the Chairman in 2006. The other part would be “a condensed set of conclusions, guidelines or principles emerging from the studies and discussions in the Study Group”.² As the Study Group itself held, and the Commission endorsed, these should be “a concrete, practice-oriented set of brief statements that would work, on the one hand, as the summary and conclusions of the Study Group’s work and, on the other hand, as a set of practical guidelines to help thinking about and dealing with the issue of fragmentation in legal practice”.³

3. This Appendix sets out a draft for those “conclusions, guidelines, or principles”. The draft reproduces the result of the extensive deliberations the Study Group had undertaken in 2004 and 2005. They are a collective product by the members of the Study Group.

4. It should be noted, however, that:

(a) Only the formulation of conclusions 1-23, based on the studies referred to in paragraphs (a)-(c) above, have been so far provisionally agreed to by the Study Group;

(b) Draft conclusions 24-32, dealing with the topic (d) above under the general title of “Conflicts between successive norms” have been neither presented to nor discussed in the Study Group. They have been formulated by the Chairman as a proposal to be discussed during the fifty-eighth session (2006);

(c) Draft conclusions 33-43 are based on the report referred to in paragraph (e) above. They were distributed to the Study Group in 2005 but have not been subjected to in-depth discussion. It is proposed that they be discussed and adopted in the course of the finalization of the Study Group’s work during the Commission’s fifty-eighth session in 2006.

5. The Chairman of the Study Group wishes to reproduce all the draft conclusions below. The suggestion is that the conclusions would be adopted by the Study Group and submitted to the Commission for appropriate action.

² Ibid., *Official Records, Sixtieth Session, Supplement No. 10* (A/60/10), p. 207 (para. 448).

³ Ibid.

**B. DRAFT CONCLUSIONS OF THE WORK OF THE STUDY GROUP ON
“FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW: DIFFICULTIES
ARISING FROM THE DIVERSIFICATION AND EXPANSION OF
INTERNATIONAL LAW**

1. General

1. *International law as a legal system.* International law is a legal system. Its rules and principles (i.e. its norms) act in relation to and should be interpreted against the background of other rules and principles. As a legal system, international law is not a random collection of such norms. There are meaningful relationships between them. Norms may thus exist at higher and lower hierarchical levels, their formulation may involve greater or lesser generality and specificity and their validity may date back to earlier or later moments in time.

2. In applying international law, it is often necessary to determine the precise relationship between two or more rules and principles that are both valid and applicable in respect of a situation.⁴ For that purpose the relevant relationships fall into two general types:

- *Relationships of interpretation.* This is the case where one norm assists in the interpretation of another. A norm may assist in the interpretation of another norm for example as an application, clarification, updating, or modification of the latter. In such situation, both norms are applied in conjunction.
- *Relationships of conflict.* This is the case where two norms that are both valid and applicable point to incompatible decisions so that a choice must be made between them. The basic rules concerning the resolution of normative conflicts are to be found in the Vienna Convention on the Law of Treaties.

3. *The Vienna Convention on the Law of Treaties.* When seeking to determine the relationship of two or more norms to each other, the norms should be interpreted in accordance with or analogously to the Vienna Convention on the Law of Treaties and especially the provisions in its articles 31-33 having to do with the interpretation of treaties.

⁴ That two norms are *valid* in regard to a situation means that they each cover the facts of which the situation consists. That two norms are *applicable* in a situation means that they have binding force in respect to the legal subjects finding themselves in the relevant situation.

4. *The principle of harmonization.* It is a generally accepted principle that when several norms bear on a single issue they should, to the extent possible, be interpreted so as giving rise to a single set of compatible obligations.

2. The maxim *lex specialis derogat lege generali*

5. *General principle.* The maxim *lex specialis derogat lege generali* is a generally accepted technique of interpretation and conflict resolution in international law. It suggests that whenever two or more norms deal with the same subject matter, priority should be given to the norm that is more specific. The principle may be applicable in several contexts: between provisions within a single treaty, between provisions within two or more treaties, between a treaty and a non-treaty standard, as well as between two non-treaty standards. The source of the norm (whether treaty, custom or general principle of law) is not decisive for the determination of the more specific standard. However, in practice treaties often act as *lex specialis* by reference to the relevant customary law and general principles.

6. *Contextual appreciation.* The relationship between the *lex specialis* maxim and other norms of interpretation or conflict solution cannot be determined in a general way. Which consideration should be predominant - i.e. whether it is the speciality or the time of emergence of the norm - should be decided contextually.

7. *Rationale of the principle.* That special law has priority to general law is justified by the fact that such special law, being more concrete, often takes better account of the particular features of the context in which it is to be applied than any applicable general law. Its application may also often create a more equitable result and it may often better reflect the intent of the legal subjects.

8. *Dispositive nature of most international law.* Most of international law is dispositive. This means both that it may be applied, clarified, updated or modified as well as be set aside by special law.

9. *The effect of *lex specialis* on general law.* The application of the special law does not normally extinguish the relevant general law. That general law will remain valid and

applicable and will, in accordance with the principle of harmonization under paragraph 4 above, continue to give direction for the interpretation and application of the relevant special law and will become fully applicable in situations not provided for by the latter.

10. *Non-derogability.* Certain types of general law⁵ may not, however, be derogated from by special law. *Jus cogens* is expressly non-derogable. Other considerations that may provide a reason for concluding that a general law is non-derogable include the following:

- Whether the general law was intended to be non-derogable;
- Whether non-derogability may be inferred from the form or the nature of the general law;
- Whether derogation might frustrate the *purpose* of the general law;
- Whether third party beneficiaries may be negatively affected by derogation; and
- Whether the balance of rights and obligations, established in the general law would be negatively affected by derogation.

A norm that purports to set aside or derogate from a norm that is non-derogable will be invalid.

3. Special (self-contained) regimes

11. *Special ("self-contained") regimes as lex specialis.* A group of rules and principles concerned with a particular subject matter may form a special regime ("Self-contained regime") and be applicable as *lex specialis*. Such special regimes often have their own institutions to administer the relevant rules.

⁵ [The notion of "general law" may need to be yet clarified.]

12. Three types of special regime may be distinguished:

- Sometimes violation of a particular group of (primary) rules is accompanied by a special set of (secondary) rules concerning breach and reactions to breach. This is the main case provided for under article 55 of the ILC's Draft Articles on State Responsibility.
- Sometimes, however, a special regime is formed by a set of special rules, including rights and obligations, relating to a special subject matter. Such rules may concern a geographical area (e.g. a treaty on the protection of a particular river) or some substantive matter (e.g. a treaty on the regulation of the uses of a particular weapon). Such a special regime may emerge on the basis of a single treaty, several treaties, or treaty and treaties plus non-treaty developments (subsequent practice or customary law).
- Finally, sometimes all the rules and principles that regulate a certain problem area are collected together so as to express a "special regime". Expressions such as "law of the sea", "humanitarian law", "human rights law", "environmental law" and "trade law", etc. give expression to some such regimes. For interpretative purposes, such regimes may often be considered as wholes.

13. *Effect of the "speciality" of a regime.* The significance of a special regime lies in the way its norms express a unified object and purpose. Thus, their interpretation and application should, to the extent possible, reflect that object and purpose.

14. *The relationship between special regimes and general international law.* A special regime may derogate from general law under the same conditions as *lex specialis* generally (see paragraphs 6 and 8 above).

15. *The role of general law in Special regimes I: Gap-filling.* The scope of special laws is by definition narrower than that of general laws. It will thus frequently be the case that a matter not regulated by special law will arise in the institutions charged to administer it. In such cases, the relevant general law will be applicable.

16. *The role of general law in Special regimes II: Failure of Special regimes.* Special regimes or the institutions set up by them may fail to operate as intended. In such case, the relevant general law becomes applicable. Failure should be inferred when the special laws have no reasonable prospect of appropriately addressing the objectives for which they were enacted. It could be manifested, for example, by the failure of the regime's institutions to fulfil the purposes allotted to them, endemic non-compliance by one or several of the parties, desuetude, withdrawal by parties instrumental for the regime, among other causes. Whether a regime has "failed" in this sense, however, needs to be decided above all by an interpretation of its constitutional instruments.

4. Article 31 (3) (c) VCLT

17. *Systemic integration.* Article 31 (3) (c) VCLT provides one means within the framework of the Vienna Convention, through which relationships of interpretation (referred to in paragraph 2 above) may be applied. It requires the interpreter of a treaty to take into account "any relevant rules of international law applicable in relations between the parties". The article gives expression to the objective of "systemic integration" according to which, whatever their subject matter, treaties are a creation of the international legal system and their operation is predicated upon that fact.

18. *Interpretation as integration in the system.* Systemic integration governs all treaty interpretation, the other relevant aspects of which are set out in the other paragraphs of articles 31-32 VCLT. These paragraphs describe a process of legal reasoning, in which particular elements will have greater or less relevance depending upon the nature of the treaty provisions in the context of interpretation. In many cases, the issue of interpretation will be capable of resolution with the framework of the treaty itself. Article 31 (3) (c) deals with the case where material sources external to the treaty are relevant in its interpretation. These may include other treaties, customary rules or general principles of law.

19. *Application of systemic integration.* Where a treaty functions in the context of other agreements, the objective of systemic integration will apply as a presumption with both positive and negative aspects:

(a) *Positive presumption:* The parties are taken to refer to customary international law and general principles of law for all questions which the treaty does not itself resolve in express terms;

(b) *Negative presumption:* In entering into treaty obligations, the parties do not intend to act inconsistently with [generally recognized] principles of international law.

Of course, if any other result is indicated by ordinary methods of treaty interpretation that should be given effect, unless the relevant principle were part of *jus cogens*.

20. *Application of custom and general principles of law.* Customary international law and general principles of law are of particular relevance to the interpretation of a treaty under article 31 (3) (c) especially where:

- (a) The treaty rule is unclear or open-textured;
- (b) The terms used in the treaty have a recognized meaning in customary international law or under general principles of law;
- (c) The treaty is silent on the applicable law and it is necessary for the interpreter, applying the positive presumption in paragraph 19 (b) above, to look for rules developed in another part of international law to resolve the point.

21. *Application of other treaty rules.* Article 31 (3) (c) also requires the interpreter to consider other treaty-based rules so as to arrive at a consistent meaning. Such other rules are of particular relevance where parties to the treaty under interpretation are also parties to the other treaty, where the treaty rule has passed into or expresses customary international law or where they provide evidence of the common understanding of the parties as to the object and purpose of the treaty under interpretation or as to the meaning of a particular term.

22. *Inter-temporality.* International law is a dynamic legal system. Whether in applying article 31 (3) (c) the interpreter should refer to rules of international law in force at the time of the conclusion of the treaty or may also take into account subsequent changes in the law depends generally on the meaning of the treaty, as ascertained on the basis of articles 31 and 32 VCLT.

A/CN.4/L.682/Add.1
page 10

However, the meaning of a treaty provision may also be affected by subsequent developments irrespective of the original will of the parties, especially where these subsequent developments are reflected in customary law and general principles of law.

23. *Open or evolving concepts.* Rules of international law subsequent to the treaty to be interpreted may be taken into account particularly where the concepts used in the treaty are open or evolving. This is the case, in particular, where (a) the concept is one which implies taking into account subsequent technical, economic or legal developments; (b) the concept sets up an obligation for further progressive development for the parties; or (c) the concept has a very general nature or is expressed in such general terms that it must take into account changing circumstances.

5. Conflicts between successive norms

24. *The basic rule.* The question of successive treaty norms covering the same subject matter is dealt with by article 30 VCLT.

25. *Lex posterior derogat lege priori.* According to article 30 (3) VCLT, when all the parties to the later treaty are also parties to the earlier treaty, and the earlier treaty is not suspended or terminated, then it applies only to the extent its provisions are compatible with those of the later treaty. This is an expression of the principle according to which “later law supersedes earlier law”. The same principle is also expressed in the way treaties generally speaking enjoy priority to earlier customary law.

26. *Limits of the “lex posterior” principle.* The applicability of the *lex posterior* principle is, however, limited. It cannot, for example, be automatically extended to the case where the parties to the subsequent treaty are not identical to the parties of the earlier treaty. In such cases, as provided in article 30 (4) VCLT, the State that is party to two incompatible treaties is bound vis-à-vis both of its treaty parties separately. In case it cannot fulfil its obligations under both treaties, it will remain responsible for its violation of one of them. In such case, also article 60 VCLT may become applicable. The question which of the incompatible treaties should be implemented and the breach of which should be sanctioned by State responsibility cannot be answered by a general rule.

27. *The distinction between treaty provisions that belong to the same “regime” and provisions in different “regimes”.* The *lex posterior* principle is at its strongest in regard to conflicting or overlapping provisions that are part of treaties that are institutionally linked or otherwise intended to advance similar objectives. This is typically the case of the relationship between “framework treaties” and “implementation treaties”. In case of conflicts or overlaps between treaties in different regimes, the question of which of them is later in time cannot be taken to express any intrinsic priority between them.

28. *Mutual accommodation and protection of rights.* In case of conflicting or overlapping treaties within different “regimes”, both of the treaties should be implemented as far as possible with the view of mutual accommodation and in accordance with the principle of harmonization. This applies above all to the procedural provisions in such treaties and to provisions set up in implementation programmes and schedules. However, this may not lead to undermining the substantive rights of treaty parties or third party beneficiaries. The violation of rights entails State responsibility.

29. *The case of special treaties.* Some treaty provisions enjoy a special normative character so that they shall prevail irrespective of whether they are earlier or later in time. These include:

- (a) Provisions of the United Nations Charter;
- (b) Provisions embodying *jus cogens*;
- (c) Provisions that otherwise might be understood as non-derogable because they were so intended, because non-derogability may be inferred from their nature or from the object and purpose of the treaty or for any other reason referred to in paragraph 10 above.

30. *Settlement of disputes within and across regimes.* Questions regarding priority between conflicting treaty provisions should be resolved by negotiation between parties to the relevant treaties. However, when no negotiated solution is available, recourse ought to be had to mechanisms of dispute settlement. When the conflict concerns provisions within a single regime (as defined in paragraph 4 above), then its resolution may be appropriate in the regime-specific

A/CN.4/L.682/Add.1
page 12

mechanism. However, when the conflict concerns provisions in treaties that are not part of the same regime, then care should be taken to guarantee that the dispute settlement body is independent from both of the regimes.

31. *Inter se agreements.* The case of agreements to modify multilateral treaties by certain of the parties only (*inter se* agreements) is covered by article 41 VCLT. Such agreements are an often used technique for the more effective implementation of the original treaty between a limited number of treaty parties that are willing to take more effective or more far-reaching measures for the realization of the object and purpose of the original treaty. *Inter se* agreements may be concluded if this is provided for by the original treaty or it is not specifically prohibited and it “(i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations; (ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole” (article 40 (1)).

32. *Conflict clauses.* It is advisable that when States enter into treaties that might conflict with other treaties, they settle the relationship between such treaties by adopting appropriate clauses in the treaties themselves. When adopting such clauses, it should be borne in mind that:

- (a) They may not affect the rights of third parties;
- (b) They should be as clear and specific as possible. In particular, they should be directed to specific provisions of the treaty and they should not undermine the object and purpose of the treaty;
- (c) For this purpose, they should not be open-ended or otherwise such that it is unclear what, in fact, the obligations parties have undertaken are;
- (d) They should be linked with appropriate dispute settlement mechanisms.

6. Hierarchy in international law: *Jus cogens*, Obligations *erga omnes*, Article 103 of the Charter of the United Nations, as conflict rules

33. *Hierarchical relations between norms of international law.* The sources of international law (treaties, custom, general principles of law) are not in a hierarchical relationship *inter se*.

Drawing analogies from the hierarchical nature of domestic legal system is not generally appropriate owing to the absence of a well-developed or authoritative hierarchy of values in international law. Nevertheless, some rules of international law are more important than other rules and for this reason enjoy a superior position or special status in the international legal system. This is sometimes expressed by the designation of some norms as “fundamental” or some breaches as “grave”. What effect such designations may have is usually determined by the relevant instrument in which that designation appears.

34. *Recognized hierarchical relations by the substance of the rules I: jus cogens.* A rule of international law may be superior to other rules on account of its content. This is the case of peremptory norms of international law (*jus cogens*, article 53 VCLT), that is, norms “accepted and recognized by the international community as a whole from which no derogation is permitted”.

35. *The content of jus cogens.* Accepted rules of *jus cogens* include rules prohibiting genocide and torture as well as rules protecting the basic rights of the human person. The right of self-determination as well as the prohibition of the use of force are likewise rules of *jus cogens*. Also other rules may have a *jus cogens* character inasmuch as they are “accepted and recognized by the international community as a whole”.

36. *Recognized hierarchical relations II: Article 103 of the Charter of the United Nations.* A rule of international law may also be superior to other rules by virtue of a treaty provision. This is the case of Article 103 of the United Nations Charter by virtue of which “In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the ... Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the ... Charter shall prevail.”

37. *Rules recognized by their scope of application: Obligations erga omnes and the United Nations Charter.* Some norms enjoy a special status owing to their scope of applicability. This is the case of obligations *erga omnes*, that is obligations of a State towards the international community as a whole. These rules concern all States and all States can be held to have a legal

A/CN.4/L.682/Add.1
page 14

interest in their protection. Every State may invoke the responsibility of the State violating such norms. It is also recognized that the United Nations Charter itself enjoys special status owing to its virtually universal acceptance.

38. *The content of obligations erga omnes.* Accepted *erga omnes* norms include rules concerning diplomatic relations ... [See State responsibility.] Likewise the right of peoples to self-determination and the rights and duties enshrined in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide ...

39. *The relationship between jus cogens norms and obligations erga omnes.* It is recognized that while all *jus cogens* norms also have the character of *erga omnes* obligations, the reverse is not necessarily true. Not all *erga omnes* obligations have the character of peremptory rules of international law.

40. *The scope of Article 103 of the Charter.* Article 103 of the United Nations Charter provides for the priority on the obligations under the Charter not only vis-à-vis “any other international agreement” but also customary international law. The scope of Article 103 reaches not only to the Articles of the Charter but also to binding decisions made by United Nations bodies such as the Security Council or the International Court of Justice.

41. *The relationship between hierarchy and fragmentation.* The purpose of normative hierarchies is to resolve conflicts between rules of international law by indicating which rule is to prevail in case of conflict. A hierarchy between two rules or norms operates in a relational and not fixed fashion. If there is a conflict between two hierarchically superior norms such as *jus cogens* and Article 103 of the Charter, their relationship can only be determined in a contextual fashion bearing in mind, inter alia, the principle of harmonization, that is, that in the event of a prima facie conflict, the two norms should be interpreted as compatible.

42. *The operation and effect of jus cogens norms and Article 103 of the Charter:*

- (a) A rule conflicting with a norm of *jus cogens* becomes thereby *ipso facto* invalid;
- (b) A rule conflicting with Article 103 of the United Nations Charter becomes inapplicable as a result of such conflict.

43. *The principle of harmonization.* Irrespective of the special status or the designation (“fundamental”) enjoyed by some norms, conflicts between rules of international law should be resolved in accordance with the principle of harmonization, that is, by bearing in mind that in the event of a conflict, the norms should be interpreted as compatible to the extent possible. Hierarchical relations appear often in the context of other conflict-resolution rules such as those in articles 30 (1), 31 (3) (c) and article 41 VCLT or in applying the *lex specialis* or *lex posterior* principles.



General Assembly

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.702

18 July 2006

Original: ENGLISH

INTERNATIONAL LAW COMMISSION
Fifty-eighth session
Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006

**FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW: DIFFICULTIES
ARISING FROM THE DIVERSIFICATION AND EXPANSION OF
INTERNATIONAL LAW**

Report of the Study Group of the International Law Commission

A. INTRODUCTION

1. At its fifty-fourth session (2002), the International Law Commission established a Study Group to examine the topic “Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law”.¹ At its fifty-fifth session (2003), the Study Group adopted a tentative schedule for work to be carried out during the remaining part of the present quinquennium (2003-2006) and allocated to five of its members the task of preparing outlines on the following topics:

(a) “The function and scope of the *lex specialis* rule and the question of self-contained regimes” (Mr. Koskenniemi);

¹ *Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 10 (A/57/10)*, paras. 492-494.

(b) The interpretation of treaties in the light of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” (article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties), in the context of general developments in international law and concerns of the international community (Mr. Mansfield);

(c) The application of successive treaties relating to the same subject matter (article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties) (Mr. Melescanu);

(d) The modification of multilateral treaties between certain of the parties only (article 41 of the Vienna Convention on the Law of Treaties) (Mr. Daoudi); and

(e) Hierarchy in international law: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 of the Charter of the United Nations, as conflict rules (Mr. Galicki).

2. During its fifty-sixth (2004) and fifty-seventh session (2005), the Study Group received a number of outlines and studies on these topics. It affirmed that it was its intention to prepare, as the substantive outcome of its work, a single collective document consisting of two parts. One would be a “relatively large analytical study” by the Chairman that would summarize and analyse the content of the various individual reports and the discussions of the Study Group. This bulk of the report prepared by the Chairman in 2006 is contained in document A/CN.4/L.682. The other part would be “a condensed set of conclusions, guidelines or principles emerging from the studies and discussions in the Study Group”.² As the Study Group itself held, and the Commission endorsed, this should consist of “a concrete, practice-oriented set of brief statements that would work, on the one hand, as the summary and conclusions of the Study Group’s work and, on the other hand, as a set of practical guidelines to help thinking about and dealing with the issue of fragmentation in legal practice”.³

3. During the current fifty-eighth session of the Commission, the Study Group was reconstituted; it held 10 meetings on 17 and 26 May, on 6 June, on 4, 11, 12, 13 and

² *Ibid.*, *Sixtieth Session, Supplement No. 10* (A/60/10), para. 448.

³ *Ibid.*

17 July 2006; and it completed its work. Section C sets out the conclusions of the Study Group.⁴ They are a result of the extensive deliberations the Study Group had undertaken between 2004 and 2006. They are a collective product by the members of the Study Group.

B. BACKGROUND

4. In the past half-century, the scope of international law has increased dramatically. From a tool dedicated to the regulation of formal diplomacy, it has expanded to deal with the most varied kinds of international activity, from trade to environmental protection, from human rights to scientific and technological cooperation. New multilateral institutions, regional and universal, have been set up in the fields of commerce, culture, security, development and so on. It is difficult to imagine today a sphere of social activity that would not be subject to some type of international legal regulation.

5. However, this expansion has taken place in an uncoordinated fashion, within specific regional or functional groups of States. Focus has been on solving specific problems rather than attaining general, law-like regulation. This reflects what sociologists have called “functional differentiation”, the increasing specialization of parts of society and the related autonomization of those parts. It is a well-known paradox of globalization that while it has led to increasing uniformization of social life around the world, it has also led to its increasing fragmentation - that is, to the emergence of specialized and relatively autonomous spheres of social action and structure.

6. The fragmentation of the international social world receives legal significance as it has been accompanied by the emergence of specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice. What once appeared to be governed by “general international law” has become the field of operation for such specialist

⁴ The following members participated in the work of the Study Group during the 2006 session: Mr. M. Koskenniemi (Chair), Mr. A. Al-Marri, Mr. C. Chee, Mr. P. Comissario Afonso, Mr. R. Daoudi, Mr. C.P. Economides, Ms. P. Escameia, Mr. G. Gaja, Mr. Z. Galicki, Mr. R.A. Kolodkin, Mr. W. Mansfield, Mr. M. Matheson, Mr. P.S. Rao, Ms. H. Xue.

systems as “trade law”, “human rights law”, “environmental law”, “law of the sea”, “European law” and even such highly specialized forms of knowledge as “investment law” or “international refugee law”, etc. - each possessing their own principles and institutions.

7. While the reality and importance of fragmentation cannot be doubted, assessments of the phenomenon have varied. Some commentators have been highly critical of what they have seen as the erosion of general international law, emergence of conflicting jurisprudence, forum-shopping and loss of legal security. Others have seen here a predominantly technical problem that has emerged naturally with the increase of international legal activity and may be controlled by the use of technical streamlining and coordination.⁵ It is in order to assess the significance of the problem of fragmentation and, possibly, to suggest ways and means of dealing with it, that the Commission in 2002 established the Study Group to deal with the matter.

8. At the outset, the Commission recognized that fragmentation raises both institutional and substantive problems. The former have to do with the jurisdiction and competence of various institutions applying international legal rules and their hierarchical relations *inter se*. The

⁵ “Fragmentation” is a very frequently treated topic of academic writings and conferences today. Out of the various collections that discuss the diversification of the sources of international regulation particularly useful are Eric Loquin & Catherine Kessedjian (eds.), *La mondialisation du droit* (Paris: Litec, 2000); and Paul Schiff Berman, *The Globalization of International Law* (Aldershot: Ashgate, 2005). The activity of traditional organizations is examined in José Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005). Different perspectives of non-treaty law-making today are also presented in Rüdiger Wolfrum & Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty-making* (Berlin: Springer, 2005) pp. 417-586 and Ronnie Lipschutz & Cathleen Vogel, “Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation”, in R.R. Hall & T.J. Bierstaker, *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) pp. 115-140. See also “Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle”, *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999) pp. 679-993; Andreas Zimmermann & Reiner Hoffmann, with assisting editor Hanna Goeters, *Unity and Diversity of International Law* (Berlin: Duncker & Humblot, 2006); Karel Wellens & Rosario Huesa Vinaixa (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Brussels: Bruylant, 2006 forthcoming). A strong plea for unity is contained in Pierre Marie Dupuy, “L'unité de l'ordre juridique internationale. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours* ..., vol. 297 (2002). For more references, see Martti Koskenniemi & Päivi Leino, “Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002) pp. 553-579.

Commission has decided to leave this question aside. The issue of institutional competencies is best dealt with by the institutions themselves. The Commission has instead wished to focus on the substantive question - the splitting up of the law into highly specialized “boxes” that claim relative autonomy from each other and from the general law. What are the substantive effects of specialization? How should the relationship between such “boxes” be conceived? More concretely, if the rules in two or more regimes conflict, what can be done about such conflicts?

9. Like the majority of academic commentators, the Commission has understood the subject to have both positive and negative sides, as attested to by its reformulation of the title of the topic: “Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law”. On the one hand, fragmentation does create the danger of conflicting and incompatible rules, principles, rule-systems and institutional practices. On the other hand, it reflects the expansion of international legal activity into new fields and the attendant diversification of its objects and techniques. Fragmentation and diversification account for the development and expansion of international law in response to the demands of a pluralistic world. At the same time, it may occasionally create conflicts between rules and regimes in a way that might undermine their effective implementation. Although fragmentation may create problems, they are neither altogether new nor of such nature that they could not be dealt with through techniques international lawyers have used to deal with the normative conflicts that may have arisen in the past.

10. The rationale for the Commission’s treatment of fragmentation is that the emergence of new and special types of law, so-called “self-contained regimes” and geographically or functionally limited treaty-systems, creates problems of coherence in international law. New types of specialized law do not emerge accidentally but seek to respond to new technical and functional requirements. The emergence of “environmental law”, for example, is a response to growing concern over the state of the international environment. “Trade law” develops as an instrument to respond to opportunities created by comparative advantage in international economic relations. “Human rights law” aims to protect the interests of individuals and “international criminal law” gives legal expression to the “fight against impunity”. Each rule-complex or “regime” comes with its own principles, its own form of expertise and its own “ethos”, not necessarily identical to the ethos of neighbouring specialization. “Trade law” and “environmental law”, for example, have highly specific objectives and rely on principles that

A/CN.4/L.702
page 6

may often point in different directions. In order for the new law to be efficient, it often includes new types of treaty clauses or practices that may not be compatible with old general law or the law of some other specialized branch. Very often new rules or regimes develop precisely in order to deviate from what was earlier provided by the general law. When such deviations become general and frequent, the unity of the law suffers.

11. It is quite important to note that such deviations do not emerge as legal-technical “mistakes”. They reflect the differing pursuits and preferences of actors in a pluralistic (global) society. A law that would fail to articulate the experienced differences between the interests or values that appear relevant in particular situations or problem areas would seem altogether unacceptable. But if fragmentation is a “natural” development (indeed, international law was always relatively “fragmented” due to the diversity of national legal systems that participated in it), there have likewise always been countervailing, equally natural processes leading in the opposite direction. For example, general international law has continued to develop through the application of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (VCLT), customary law and “general principles of law recognized by civilized nations”. The fact that a number of treaties reflect rules of general international law, and in turn, certain provisions of treaties enter into the corpus of general international law, is a reflection of the vitality and synergy of the system and the pull for coherence in the law itself.

12. The justification for the Commission’s work on fragmentation has been in the fact that although fragmentation is inevitable, it is desirable to have a framework through which it may be assessed and managed in a legal-professional way. That framework is provided by the VCLT. One aspect that unites practically all of the new regimes (and certainly all of the most important ones) is that they claim binding force from and are understood by the relevant actors to be covered by the law of treaties. This means that the VCLT already provides a unifying frame for these developments. As the organ that once prepared the VCLT, the Commission is in a privileged position to analyse international law’s fragmentation from that perspective.

13. In order to do that, the Commission’s Study Group held it useful to have regard to the wealth of techniques in the traditional law for dealing with tensions or conflicts between legal rules and principles. What is common to these techniques is that they seek to establish

meaningful relationships between such rules and principles so as to determine how they should be used in any particular dispute or conflict. The following conclusions lay out some of the principles that should be taken account of when dealing with actual or potential conflicts between legal rules and principles.

C. CONCLUSIONS OF THE WORK OF THE STUDY GROUP

14. The conclusions reached in the work of the Study Group are as follows:

1. General

(1) *International law as a legal system.* International law is a legal system. Its rules and principles (i.e. its norms) act in relation to and should be interpreted against the background of other rules and principles. As a legal system, international law is not a random collection of such norms. There are meaningful relationships between them. Norms may thus exist at higher and lower hierarchical levels, their formulation may involve greater or lesser generality and specificity and their validity may date back to earlier or later moments in time.

(2) In applying international law, it is often necessary to determine the precise relationship between two or more rules and principles that are both valid and applicable in respect of a situation.⁶ For that purpose the relevant relationships fall into two general types:

- *Relationships of interpretation.* This is the case where one norm assists in the interpretation of another. A norm may assist in the interpretation of another norm for example as an application, clarification, updating, or modification of the latter. In such situation, both norms are applied in conjunction.

⁶ That two norms are *valid* in regard to a situation means that they each cover the facts of which the situation consists. That two norms are *applicable* in a situation means that they have binding force in respect to the legal subjects finding themselves in the relevant situation.

- *Relationships of conflict.* This is the case where two norms that are both valid and applicable point to incompatible decisions so that a choice must be made between them. The basic rules concerning the resolution of normative conflicts are to be found in the VCLT.

(3) *The VCLT.* When seeking to determine the relationship of two or more norms to each other, the norms should be interpreted in accordance with or analogously to the VCLT and especially the provisions in its articles 31-33 having to do with the interpretation of treaties.

(4) *The principle of harmonization.* It is a generally accepted principle that when several norms bear on a single issue they should, to the extent possible, be interpreted so as to give rise to a single set of compatible obligations.

2. The maxim *lex specialis derogat legi generali*

(5) *General principle.* The maxim *lex specialis derogat legi generali* is a generally accepted technique of interpretation and conflict resolution in international law. It suggests that whenever two or more norms deal with the same subject matter, priority should be given to the norm that is more specific. The principle may be applicable in several contexts: between provisions within a single treaty, between provisions within two or more treaties, between a treaty and a non-treaty standard, as well as between two non-treaty standards.⁷ The source of the norm (whether treaty, custom or general

⁷ For application in relation to provisions within a single treaty, see *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)* ILR vol. 52 (1979) p. 141, paras. 36, 38 and 39; Case C-96/00, *Rudolf Gabriel*, Judgment of 11 July 2002, ECR (2002) I-06367, pp. 6398-6399, paras. 35-36 and p. 6404, para. 59; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, Judgment of 28 May 1993, ECHR Series A (1993) No. 258, p. 57, para. 76; *De Jong, Baljet and van den Brink v. the Netherlands*, Judgment of 22 May 1984, ECHR Series A (1984) No. 77, p. 27, para. 60; *Murray v. the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1994, ECHR Series A (1994) No. 300, p. 37, para. 98 and *Nikolova v. Bulgaria*, Judgment of 25 March 1999, ECHR 1999-II, p. 25, para. 69. For application between different instruments, see *Mavrommatis Palestine Concessions case*, P.C.I.J. Series A, No. 2 (1924) p. 31. For application between a treaty and non-treaty standards, *INA Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-US C.T.R. vol. 8, 1985-I, p. 378. For application between particular and general custom, see *Case concerning the Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Merits)*

principle of law) is not decisive for the determination of the more specific standard. However, in practice treaties often act as *lex specialis* by reference to the relevant customary law and general principles.⁸

(6) *Contextual appreciation.* The relationship between the *lex specialis* maxim and other norms of interpretation or conflict solution cannot be determined in a general way. Which consideration should be predominant - i.e. whether it is the speciality or the time of emergence of the norm - should be decided contextually.

(7) *Rationale of the principle.* That special law has priority over general law is justified by the fact that such special law, being more concrete, often takes better account of the particular features of the context in which it is to be applied than any applicable general law. Its application may also often create a more equitable result and it may often better reflect the intent of the legal subjects.

(8) *Functions of lex specialis.* Most of international law is dispositive. This means that special law may be used to apply, clarify, update or modify as well as set aside general law.

(9) *The effect of lex specialis on general law.* The application of the special law does not normally extinguish the relevant general law.⁹ That general law will remain valid and

I.C.J. Reports 1960, p. 6 at p. 44. The Court said: "Where therefore the Court finds a practice clearly established between two States which was accepted by the Parties as governing the relations between them, the Court must attribute decisive effect to that practice for the purpose of determining their specific rights and obligations. Such a particular practice must prevail over any general rules."

⁸ In *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits)* *I.C.J. Reports 1986*, p. 14 at p. 137, para. 274, the Court said: "In general, treaty rules being *lex specialis*, it would not be appropriate that a State should bring a claim based on a customary-law rule if it has by treaty already provided means for settlement of a such a claim."

⁹ Thus, in the Nicaragua case, *ibid.* p. 14 at p. 95 para. 179 the Court noted: "It will ... be clear that customary international law continues to exist and to apply, separately from international treaty law, even where the two categories of law have an identical content."

applicable and will, in accordance with the principle of harmonization under conclusion (4) above, continue to give direction for the interpretation and application of the relevant special law and will become fully applicable in situations not provided for by the latter.¹⁰

(10) *Particular types of general law.* Certain types of general law¹¹ may not, however, be derogated from by special law. *Jus cogens* is expressly non-derogable as set out in conclusions (32), (33), (40) and (41), below.¹² Moreover, there are other considerations that may provide a reason for concluding that a general law would prevail in which case the *lex specialis* presumption may not apply. These include the following:

- Whether such prevalence may be inferred from the form or the nature of the general law or intent of the parties, wherever applicable;
- Whether the application of the special law might frustrate the *purpose* of the general law;

¹⁰ In the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 240, para. 25, the Court described the relationship between human rights law and the laws of armed conflict in the following way: "... the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant ... The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself".

¹¹ There is no accepted definition of "general international law". For the purposes of these conclusions, however, it is sufficient to define what is "general" by reference to its logical counterpart, namely what is "special". In practice, lawyers are usually able to operate this distinction by reference to the context in which it appears.

¹² In the *Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention*, (*Ireland v. United Kingdom*) (Final Award, 2 July 2003) ILR vol. 126 (2005) p. 364, para. 84, the tribunal observed: "[e]ven then, [the OSPAR Convention] must defer to the relevant *jus cogens* with which the parties' *lex specialis* may be inconsistent."

- Whether third party beneficiaries may be negatively affected by the special law; and
- Whether the balance of rights and obligations, established in the general law would be negatively affected by the special law.

3. Special (self-contained) regimes

(11) *Special (“self-contained”) regimes as lex specialis.* A group of rules and principles concerned with a particular subject matter may form a special regime (“Self-contained regime”) and be applicable as *lex specialis*. Such special regimes often have their own institutions to administer the relevant rules.

(12) Three types of special regime may be distinguished:

- Sometimes violation of a particular group of (primary) rules is accompanied by a special set of (secondary) rules concerning breach and reactions to breach. This is the main case provided for under article 55 of the ILC’s Draft Articles on State Responsibility.¹³
- Sometimes, however, a special regime is formed by a set of special rules, including rights and obligations, relating to a special subject matter. Such rules may concern a geographical area (e.g. a treaty on the protection of a particular river) or some substantive matter (e.g. a treaty on the regulation of

¹³ *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, para. 76. In the *Case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)* I.C.J. Reports 1980 at p. 40, para. 86, the Court said: “The rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained regime which, on the one hand, lays down the receiving State’s obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving States to counter any such abuse.”

the uses of a particular weapon). Such a special regime may emerge on the basis of a single treaty, several treaties, or treaty and treaties plus non-treaty developments (subsequent practice or customary law).¹⁴

- Finally, sometimes all the rules and principles that regulate a certain problem area are collected together so as to express a “special regime”. Expressions such as “law of the sea”, “humanitarian law”, “human rights law”, “environmental law” and “trade law”, etc. give expression to some such regimes. For interpretative purposes, such regimes may often be considered in their entirety.

(13) *Effect of the “speciality” of a regime.* The significance of a special regime often lies in the way its norms express a unified object and purpose. Thus, their interpretation and application should, to the extent possible, reflect that object and purpose.

(14) *The relationship between special regimes and general international law.* A special regime may prevail over general law under the same conditions as *lex specialis* generally (see conclusions (8) and (10) above).

(15) *The role of general law in special regimes: Gap-filling.* The scope of special laws is by definition narrower than that of general laws. It will thus frequently be the case that a matter not regulated by special law will arise in the institutions charged to administer it. In such cases, the relevant general law will apply.¹⁵

¹⁴ See *Case of the S.S. “Wimbledon”*, P.C.I.J. Series A, No. 1 (1923) pp. 23-4, noting that the provisions on the Kiel Canal in the Treaty of Versailles of 1919: “... differ on more than one point from those to which other internal navigable waterways of the [German] Empire are subjected ... the Kiel Canal is open to the war vessels and transit traffic of all nations at peace with Germany, whereas free access to the other German navigable waterways ... is limited to the Allied and Associated Powers alone ... The provisions of the Kiel Canal are therefore self-contained”.

¹⁵ Thus, in *Bankovic v. Belgium and others*, Decision of 12 December 2001, Admissibility, ECHR 2001-XII, p. 351, para. 57, the European Court of Human Rights canvassed the relationship between the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and general international law as follows: “the Court recalls that the principles underlying the Convention cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Court must also take into

(16) *The role of general law in special regimes: Failure of special regimes.* Special regimes or the institutions set up by them may fail. Failure might be inferred when the special laws have no reasonable prospect of appropriately addressing the objectives for which they were enacted. It could be manifested, for example, by the failure of the regime's institutions to fulfil the purposes allotted to them, persistent non-compliance by one or several of the parties, desuetude, withdrawal by parties instrumental for the regime, among other causes. Whether a regime has "failed" in this sense, however, would have to be assessed above all by an interpretation of its constitutional instruments. In the event of failure, the relevant general law becomes applicable.

4. Article 31 (3) (c) VCLT

(17) *Systemic integration.* Article 31 (3) (c) VCLT provides one means within the framework of the VCLT, through which relationships of interpretation (referred to in conclusion (2) above) may be applied. It requires the interpreter of a treaty to take into account "any relevant rules of international law applicable in relations between the

account any relevant rules of international law when examining questions concerning its jurisdiction and, consequently, determine State responsibility in conformity with the governing principles of international law, although it must remain mindful of the Convention's special character as a human rights treaty. The Convention should be interpreted as far as possible in harmony with other principles of international law of which it forms part".

Similarly in *Korea - Measures Affecting Government Procurement* (19 January 2000) WT/DS163/R, para. 7.96, the Appellate Body of the WTO noted the relationship between the WTO Covered agreements and general international law as follows: "We take note that Article 3 (2) of the DSU requires that we seek within the context of a particular dispute to clarify the existing provisions of the WTO agreements in accordance with customary international law rules of interpretation of public international law. However, the relationship of the WTO agreements to customary international law is broader than this. Customary international law applies generally to the economic relations between WTO members. Such international law applies to the extent that the WTO treaty agreements do not 'contract out' from it. To put it another way, to the extent that there is no conflict or inconsistency, or an expression in a covered WTO agreement that applies differently, we are of the view that the customary rules of international law apply to the WTO treaties and to the process of treaty formation under the WTO."

parties". The article gives expression to the objective of "systemic integration" according to which, whatever their subject matter, treaties are a creation of the international legal system and their operation is predicated upon that fact.

(18) *Interpretation as integration in the system.* Systemic integration governs all treaty interpretation, the other relevant aspects of which are set out in the other paragraphs of articles 31-32 VCLT. These paragraphs describe a process of legal reasoning, in which particular elements will have greater or less relevance depending upon the nature of the treaty provisions in the context of interpretation. In many cases, the issue of interpretation will be capable of resolution with the framework of the treaty itself. Article 31 (3) (c) deals with the case where material sources external to the treaty are relevant in its interpretation. These may include other treaties, customary rules or general principles of law.¹⁶

(19) *Application of systemic integration.* Where a treaty functions in the context of other agreements, the objective of systemic integration will apply as a presumption with both positive and negative aspects:

(a) The parties are taken to refer to customary international law and general principles of law for all questions which the treaty does not itself resolve in express terms;¹⁷

¹⁶ In the *Oil Platforms* case (*Iran v. United States of America*) (*Merits*) *I.C.J. Reports* 2003, at para. 41, the Court spoke of the relations between a bilateral treaty and general international law by reference to article 31 (3) (c) as follows: "Moreover, under the general rules of treaty interpretation, as reflected in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, interpretation must take into account 'any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties' (Article 31, paragraph 3 (c)). The Court cannot accept that Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law ... The application of the relevant rules of international law relating to this question thus forms an integral part of the task of interpretation entrusted to the Court by ... the 1955 Treaty."

¹⁷ *Georges Pinson* case (France/United Mexican States) Award of 13 April 1928, UNRIAA, vol. V, p. 422. It was noted that parties are taken to refer to general principles of international law for questions which the treaty does not itself resolve in express terms or in a different way.

(b) In entering into treaty obligations, the parties do not intend to act inconsistently with generally recognized principles of international law.¹⁸

Of course, if any other result is indicated by ordinary methods of treaty interpretation that should be given effect, unless the relevant principle were part of *jus cogens*.

(20) *Application of custom and general principles of law.* Customary international law and general principles of law are of particular relevance to the interpretation of a treaty under article 31 (3) (c) especially where:

(a) The treaty rule is unclear or open-textured;

(b) The terms used in the treaty have a recognized meaning in customary international law or under general principles of law;

(c) The treaty is silent on the applicable law and it is necessary for the interpreter, applying the presumption in conclusion (19) (a) above, to look for rules developed in another part of international law to resolve the point.

(21) *Application of other treaty rules.* Article 31 (3) (c) also requires the interpreter to consider other treaty-based rules so as to arrive at a consistent meaning. Such other rules are of particular relevance where parties to the treaty under interpretation are also parties to the other treaty, where the treaty rule has passed into or expresses customary international law or where they provide evidence of the common understanding of the parties as to the object and purpose of the treaty under interpretation or as to the meaning of a particular term.

(22) *Inter-temporality.* International law is a dynamic legal system. A treaty may convey whether in applying article 31 (3) (c) the interpreter should refer only to rules of

¹⁸ In the *Case concerning the Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Preliminary Objections)* I.C.J. Reports 1957, p. 125 at p. 142, the Court stated: "It is a rule of interpretation that a text emanating from a government must, in principle, be interpreted as producing and as intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it."

international law in force at the time of the conclusion of the treaty or may also take into account subsequent changes in the law. Moreover, the meaning of a treaty provision may also be affected by subsequent developments, especially where there are subsequent developments in customary law and general principles of law.¹⁹

(23) *Open or evolving concepts.* Rules of international law subsequent to the treaty to be interpreted may be taken into account especially where the concepts used in the treaty are open or evolving. This is the case, in particular, where: (a) the concept is one which implies taking into account subsequent technical, economic or legal developments;²⁰

¹⁹ The traditional rule was stated by Judge Huber in the *Island of Palmas* case (*the Netherlands/United States of America*) Award of 4 April 1928, UNRIIAA, vol. II, p. 829, at p. 845, in the context of territorial claims: "... a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or fails to be settled ... The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words, its continued manifestations, shall follow the conditions required by the evolution of law".

²⁰ In the *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* I.C.J. Reports 1997, p. 7 at pp. 67-68, para. 112, the Court observed: "By inserting these evolving provisions in the Treaty, the parties recognized the potential necessity to adapt the Project. Consequently, the Treaty is not static, and is open to adapt to emerging norms of international law. By means of Articles 15 and 19, new environmental norms can be incorporated in the Joint Contractual Plan."

In the *Arbitration regarding the Iron Rhine (IJZEREN RIJN) Railway (Belgium v. Netherlands)* of 24 May 2005, a conceptual or generic term was not in issue but a new technical development relating to the operation and capacity of a railway. Evolutive interpretation was used to ensure the effective application of the treaty in terms of its object and purpose. The Tribunal observed in paragraphs 82 and 83: "The object and purpose of the 1839 Treaty of Separation was to resolve the many difficult problems complicating a stable separation of Belgium and the Netherlands: that of Article XII was to provide for transport links from Belgium to Germany, across a route designated by the 1842 Boundary Treaty. This object was not for a fixed duration and its purpose was 'commercial communication'. It necessarily follows, even in the absence of specific wording, that such works, going beyond restoration to previous functionality, as might from time to time be necessary or desirable for contemporary commerciality, would remain a concomitant of the right of transit that Belgium would be able to request. That being so, the entirety of Article XII, with its careful balance of the rights and obligations of the Parties, remains in principle applicable to the adaptation and modernisation requested by Belgium", Text of award available on ><http://www.pca-cpa.org>>. (last visited on 14 July 2006).

(b) the concept sets up an obligation for further progressive development for the parties; or (c) the concept has a very general nature or is expressed in such general terms that it must take into account changing circumstances.²¹

5. Conflicts between successive norms

(24) *Lex posterior derogat legi priori*. According to article 30 VCLT, when all the parties to a treaty are also parties to an earlier treaty on the same subject, and the earlier treaty is not suspended or terminated, then it applies only to the extent its provisions are compatible with those of the later treaty. This is an expression of the principle according to which “later law supersedes earlier law”.

(25) *Limits of the “lex posterior” principle*. The applicability of the *lex posterior* principle is, however, limited. It cannot, for example, be automatically extended to the case where the parties to the subsequent treaty are not identical to the parties of the earlier treaty. In such cases, as provided in article 30 (4) VCLT, the State that is party to two incompatible treaties is bound *vis-à-vis* both of its treaty parties separately. In case it cannot fulfil its obligations under both treaties, it risks being responsible for the

²¹ See *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16 at p. 31, para. 53. The Court said that the concept of “sacred trust” was by definition evolutionary. “The parties to the Covenant must consequently be deemed to have accepted [it] as such. That it is why, viewing the institutions of 1919, the Court must take into consideration the changes which have occurred in the supervening half a century, and its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law, through the Charter of the United Nations and by way of customary international law. Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of interpretation.”

In the *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* I.C.J. Reports 1997, pp. 76-80, paras. 132-147, the ICJ noted that: “[T]he Court wishes to point out that newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the Treaty and that the parties could, by agreement, incorporate them ... [in] ... the Treaty. These articles do not contain specific obligations of performance but require the parties, in carrying out their obligations to ensure that the quality of water in the Danube is not impaired and that nature is protected, to take new environmental norms into consideration when agreeing upon the means to be specified in the Joint Contractual Plan ...”.

breach of one of them unless the concerned parties agree otherwise. In such case, also article 60 VCLT may become applicable. The question which of the incompatible treaties should be implemented and the breach of which should attract State responsibility cannot be answered by a general rule.²² Conclusions (26)-(27) below lay out considerations that might then be taken into account.

(26) *The distinction between treaty provisions that belong to the same “regime” and provisions in different “regimes”.* The *lex posterior* principle is at its strongest in regard to conflicting or overlapping provisions that are part of treaties that are institutionally linked or otherwise intended to advance similar objectives (i.e. form part of the same regime). In case of conflicts or overlaps between treaties in different regimes, the question of which of them is later in time would not necessarily express any presumption of priority between them. Instead, States bound by the treaty obligations should try to implement them as far as possible with the view of mutual accommodation and in accordance with the principle of harmonization. However, the substantive rights of treaty parties or third party beneficiaries should not be undermined.

(27) *Particular types of treaties or treaty provisions.* The *lex posterior* presumption may not apply where the parties have intended otherwise, which may be inferred from the nature of the provisions or the relevant instruments, or from their object and purpose. The limitations that apply in respect of the *lex specialis* presumption in conclusion (10) may also be relevant with respect to the *lex posterior*.

²² There is not much case-law on conflicts between successive norms. However, the situation of a treaty conflict arose in *Slivenko and others v. Latvia* (Decision as to the admissibility of 23 January 2002) ECHR 2002-II, pp. 482-483, paras. 60-61, in which the European Court of Human Rights held that a prior bilateral treaty between Latvia and Russia could not be invoked to limit the application of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms: “It follows from the text of Article 57 (1) of the [European Convention on Human Rights], read in conjunction with Article 1, that ratification of the Convention by a State presupposes that any law then in force in its territory should be in conformity with the Convention ... In the Court’s opinion, the same principles must apply as regards any provisions of international treaties which a Contracting State has concluded prior to the ratification of the Convention and which might be at variance with certain of its provisions.”

(28) *Settlement of disputes within and across regimes.* Disputes between States involving conflicting treaty provisions should be normally resolved by negotiation between parties to the relevant treaties. However, when no negotiated solution is available, recourse ought to be had, where appropriate, to other available means of dispute settlement. When the conflict concerns provisions within a single regime (as defined in conclusion (26) above), then its resolution may be appropriate in the regime-specific mechanism. However, when the conflict concerns provisions in treaties that are not part of the same regime, special attention should be given to the independence of the means of settlement chosen.

(29) *Inter se agreements.* The case of agreements to modify multilateral treaties by certain of the parties only (*inter se* agreements) is covered by article 41 VCLT. Such agreements are an often used technique for the more effective implementation of the original treaty between a limited number of treaty parties that are willing to take more effective or more far-reaching measures for the realization of the object and purpose of the original treaty. *Inter se* agreements may be concluded if this is provided for by the original treaty or it is not specifically prohibited and the agreement: “(i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations; (ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole” (art. 41 (1) (b) VCLT).

(30) *Conflict clauses.* When States enter into a treaty that might conflict with other treaties, they should aim to settle the relationship between such treaties by adopting appropriate conflict clauses. When adopting such clauses, it should be borne in mind that:

- (a) They may not affect the rights of third parties;
- (b) They should be as clear and specific as possible. In particular, they should be directed to specific provisions of the treaty and they should not undermine the object and purpose of the treaty;
- (c) They should, as appropriate, be linked with means of dispute settlement.

6. Hierarchy in international law: *Jus cogens*, Obligations *erga omnes*, Article 103 of the Charter of the United Nations

(31) *Hierarchical relations between norms of international law.* The main sources of international law (treaties, custom, general principles of law as laid out in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice) are not in a hierarchical relationship *inter se*.²³ Drawing analogies from the hierarchical nature of domestic legal system is not generally appropriate owing to the differences between the two systems. Nevertheless, some rules of international law are more important than other rules and for this reason enjoy a superior position or special status in the international legal system. This is sometimes expressed by the designation of some norms as “fundamental” or as expressive of “elementary considerations of humanity”²⁴ or “intransgressible principles of international law”.²⁵ What effect such designations may have is usually determined by the relevant context or instrument in which that designation appears.

(32) *Recognized hierarchical relations by the substance of the rules: *Jus cogens*.* A rule of international law may be superior to other rules on account of the importance of its content as well as the universal acceptance of its superiority. This is the case of peremptory norms of international law (*jus cogens*, Article 53 VCLT), that is, norms “accepted and recognized by the international community of States as a whole from which no derogation is permitted”.²⁶

²³ In addition, Article 38 (d) mentions “judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law”.

²⁴ *Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania) I.C.J. Reports 1949*, p. 22.

²⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons case*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1996*, para. 79.

²⁶ Article 53 VCLT: A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

(33) *The content of jus cogens.* The most frequently cited examples of *jus cogens* norms are the prohibition of aggression, slavery and the slave trade, genocide, racial discrimination apartheid and torture, as well as basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict, and the right to self-determination.²⁷ Also other rules may have a *jus cogens* character inasmuch as they are accepted and recognized by the international community of States as a whole as norms from which no derogation is permitted.

(34) *Recognized hierarchical relations by virtue of a treaty provision: Article 103 of the Charter of the United Nations.* A rule of international law may also be superior to other rules by virtue of a treaty provision. This is the case of Article 103 of the United Nations Charter by virtue of which “In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the ... Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the ... Charter shall prevail.”

(35) *The scope of Article 103 of the Charter.* The scope of Article 103 extends not only to the Articles of the Charter but also to binding decisions made by United Nations organs such as the Security Council.²⁸ Given the character of some Charter provisions, the constitutional character of the Charter and the established practice of States and United Nations organs, Charter obligations may also prevail over inconsistent customary international law.

²⁷ *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement 10 (A/56/10)*, commentary to article 40 of the draft articles on State Responsibility, paras. (4)-(6). See also commentary to article 26, para. (5). See also *Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo/Rwanda) I.C.J. Reports 2006*, para. 64.

²⁸ *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America) (Provisional Measures) I.C.J. Reports 1998*, para. 42 and *Case concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. the United Kingdom) (Provisional Measures) I.C.J. Reports 1992*, paras. 39-40.

(36) *The status of the United Nations Charter.* It is also recognized that the United Nations Charter itself enjoys special character owing to the fundamental nature of some of its norms, particularly its principles and purposes and its universal acceptance.²⁹

(37) *Rules specifying obligations owed to the international community as a whole: Obligations erga omnes.* Some obligations enjoy a special status owing to the universal scope of their applicability. This is the case of obligations *erga omnes*, that is obligations of a State towards the international community as a whole. These rules concern all States and all States can be held to have a legal interest in the protection of the rights involved.³⁰ Every State may invoke the responsibility of the State violating such obligations.³¹

(38) *The relationship between jus cogens norms and obligations erga omnes.* It is recognized that while all obligations established by *jus cogens* norms, as referred to in conclusion (33) above, also have the character of *erga omnes* obligations, the reverse is

²⁹ See Article 2 (6) of the Charter of the United Nations.

³⁰ In the words of the International Court of Justice: "... an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising *vis-à-vis* another State in the field of diplomatic protection. By their very nature, the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*. *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970*, p. 3 at p. 32, para. 33. Or, in accordance with the definition, by the Institut de droit international, an obligation *erga omnes* is "[a]n obligation under general international law that a State owes in any given case to the international community, in view of its common values and its concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all States to take action". Institut de droit international, "Obligations and Rights *Erga Omnes* in International Law", Krakow Session, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), article 1.

³¹ *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement 10 (A/56/10)*, Draft Articles on State Responsibility, Article 48 (1) (b).

not necessarily true.³² Not all *erga omnes* obligations are established by peremptory norms of general international law. This is the case, for example, of certain obligations under “the principles and rules concerning the basic rights of the human person”,³³ as well as of some obligations relating to the global commons.³⁴

(39) *Different approaches to the concept of obligations erga omnes.* The concept of *erga omnes* obligations has also been used to refer to treaty obligations that a State owes to all other States parties (obligations *erga omnes partes*)³⁵ or to non-party States as third

³² According to the International Court of Justice “Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law ... others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.” *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase)* I.C.J. Reports 1970, p. 3 at p. 32, para. 34. See also *Case concerning East Timor (Portugal v. Australia)* I.C.J. Reports 1995, p. 90 at p. 102, para. 29. See also *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004, paras 155 and 159 (including as *erga omnes* obligations “certain ... obligations under international humanitarian law” as well as the right of self-determination). For the prohibition of torture as an *erga omnes* obligation, see *Prosecuto v. Anto Furundzija*, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1, Trial Chamber II, ILR, vol. 121 (2002), p. 260, para. 151 and for genocide, see *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 1996, p. 595 at para. 31, and *Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo/Rwanda)* I.C.J. Reports 2006, at para. 64.

³³ *Barcelona Traction case, ibid.* This would include common article 1 of the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea; the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, and the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, all of 12 August 1949.

³⁴ The obligations are illustrated by article 1 of the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, United Nations, *Treaty Series*, vol. 610, p. 205 and article 136 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1834, p. 396.

³⁵ Institut de droit international, “Obligations *Erga Omnes* in International Law”, Krakow Session, *Annuaire de l’Institut de droit international* (2005), article 1 (b).

party beneficiaries. In addition, issues of territorial status have frequently been addressed in *erga omnes* terms, referring to their opposability to all States.³⁶ Thus, boundary and territorial treaties have been stated to “represent[] a legal reality which necessarily impinges upon third States, because they have effect *erga omnes*”.³⁷

(40) *The relationship between jus cogens and the obligations under the United Nations Charter.* The United Nations Charter has been universally accepted by States and thus a conflict between *jus cogens* norms and Charter obligations is difficult to contemplate. In any case, according to Article 24 (2) of the Charter, the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations which include norms that have been subsequently treated as *jus cogens*.

(41) *The operation and effect of jus cogens norms and Article 103 of the Charter:*

(a) A rule conflicting with a norm of *jus cogens* becomes thereby *ipso facto* void;

(b) A rule conflicting with Article 103 of the United Nations Charter becomes inapplicable as a result of such conflict and to the extent of such conflict.

³⁶ “In my view, when a title to an area of maritime jurisdiction exists - be it to a continental shelf or (*arguendo*) to a fishery zone - it exists *erga omnes*, i.e. is opposable to all States under international law”, Separate Opinion of Judge Oda, *Case concerning maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway) Judgment*, *I.C.J. Reports 1993*, p. 38 at p. 100, para. 40. See likewise, Separate Opinion by Judge De Castro, in *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 16 at p. 165: “... a legal status - like the *iura in re* with which it is sometimes confused - is effective *inter omnes* and *erga omnes*”. See also Dissenting Opinion by Judge Skubiszewski, in *Case concerning East Timor (Portugal v. Australia)* *I.C.J. Reports 1995*, p. 90 at p. 248, paras. 78-79.

³⁷ *Government of the State of Eritrea v. the Government of the Republic of Yemen (Phase one: Territorial sovereignty and scope of the dispute)*, Arbitration Tribunal, 9 October 1998, *ILR*, vol. 114 (1999), p. 1 at p. 48, para. 153.

(42) *Hierarchy and the principle of harmonization.* Conflicts between rules of international law should be resolved in accordance with the principle of harmonization, as laid out in conclusion (4) above. In the case of conflict between one of the hierarchically superior norms referred to in this section and another norm of international law, the latter should, to the extent possible, be interpreted in a manner consistent with the former. In case this is not possible, the superior norm will prevail.



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉEA/CN.4/L.682
13 avril 2006FRANÇAIS
Original: ANGLAISCOMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Cinquante-huitième session
Genève, 1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006**FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL: DIFFICULTÉS DÉCOULANT
DE LA DIVERSIFICATION ET DE L'EXPANSION
DU DROIT INTERNATIONAL****Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international****Établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi^{*}**

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

d) Clauses de déconnexion

289. Peut-être serait-il bon de s'intéresser ici à l'expansion de la clause dite de déconnexion qui figure dans les accords multilatéraux auxquels la Communauté européenne est partie. Il existe actuellement pas moins de 17 traités multilatéraux qui ont pour parties à la fois des membres et des non-membres de la Communauté européenne (et dans certains cas, la Communauté européenne elle-même), qui contiennent une clause en ce sens³⁸⁶. Cette clause a pour but, selon la Commission européenne, de veiller à l'application continue des règles communautaires entre États membres de la CE sans chercher à affecter les obligations qui lient les États membres et d'autres parties aux traités³⁸⁷. La formulation exacte de ces clauses diffère d'une convention

³⁸⁶ Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, 16 mai 2005, Varsovie, art. 52, par. 4; Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, 16 mai 2005, Varsovie, art. 40, par. 3; Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, 16 mai 2005, Varsovie, art. 26, par. 3; Convention du Conseil de l'Europe sur les relations personnelles concernant les enfants, 15 mai 2003, Strasbourg, art. 20, par. 3; Convention européenne relative à la protection du patrimoine audiovisuel, 8 novembre 2001, Strasbourg, art. 21; Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, 24 janvier 2001, Strasbourg, art. 11, par. 4; Convention européenne sur la promotion d'un service volontaire transnational à long terme pour les jeunes, 11 mai 2000, Strasbourg, art. 19, par. 2; Accord relatif au trafic illicite par mer, mettant en œuvre l'article 17 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, 31 janvier 1995, Strasbourg, art. 30, par. 3; Convention européenne concernant des questions de droit d'auteur et de droits voisins dans le cadre de la radiodiffusion transfrontière par satellite, 11 mai 1994, Strasbourg, art. 9, par. 1; Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, 21 juin 1993, Lugano, art. 25, par. 2; Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite, 5 juin 1990, Istanbul, art. 38, par. 2; Protocole à la Convention sur les opérations financières des «initiés», 11 septembre 1989, Strasbourg, art. 1; Convention européenne sur la télévision transfrontière, 5 mai 1989, Strasbourg, art. 27, par. 1; Convention européenne sur les opérations financières des «initiés», 20 avril 1989, Strasbourg, art. 16 *bis*; Convention conjointe Conseil de l'Europe/OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, 25 janvier 1988, Strasbourg, art. 27, par. 2; Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, 21 mai 2003, Kiev, art. 20, par. 2; Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, 24 juin 2005, Rome, art. 13, par. 3.

³⁸⁷ La Communauté européenne/Union européenne et ses États membres ont aussi inséré la déclaration suivante dans le rapport explicatif sur la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme:

à l'autre mais l'article 27 de la Convention conjointe Conseil de l'Europe/OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale de 1988 rend bien compte de l'essentiel:

Par dérogation aux dispositions de la présente Convention, les Parties, membres de la Communauté économique européenne, appliquent, dans leurs relations mutuelles, les règles communes en vigueur dans cette Communauté.

290. Certaines clauses de déconnexion, d'ordre général, intéressent l'ensemble d'un traité. D'autres ne sont que partielles ou restreintes³⁸⁸. La clause du paragraphe 2 de l'article 20 du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières est un bon exemple d'une

«En demandant l'inclusion de la "clause de déconnexion", la Communauté européenne/Union européenne et ses États membres réaffirment que leur objectif est de prendre en compte la structure institutionnelle de l'Union lorsqu'elles adhèrent à des conventions internationales, en particulier en cas de transfert de pouvoirs souverains des États membres à la Communauté. Cette clause n'a pas pour objectif de réduire les droits ou d'accroître les obligations des Parties non membres de l'Union européenne vis-à-vis de la Communauté européenne/Union européenne et de ses États membres, dans la mesure où ces dernières sont également parties à la présente Convention. La clause de déconnexion est nécessaire pour les dispositions de la Convention qui relèvent de la compétence de la Communauté/Union, afin de souligner que les États membres ne peuvent invoquer et appliquer, directement entre eux (ou entre eux et la Communauté/Union), les droits et obligations découlant de la Convention. Ceci ne porte pas préjudice à l'application complète de la Convention entre la Communauté européenne/Union européenne et ses États membres, d'une part, et les autres Parties à la Convention, d'autre part; la Communauté et les États membres de l'Union européenne seront liés par la Convention et l'appliqueront comme toute autre Partie à la Convention, le cas échéant, par le biais de la législation de la Communauté/Union. Ils garantiront dès lors le plein respect des dispositions de la Convention vis-à-vis des Parties non membres de l'Union européenne.».

En tant qu'instrument établi à l'occasion de la conclusion d'un traité au sens de l'article 31, par. 2 b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, cette déclaration fait partie du «contexte» de la présente Convention, *Série des Traités européens* n° 196, par. 272; voir également Loïc Azoulai, «The Acquis of the European Union and International Organizations», *European Law Journal*, vol. 11 (2005), en particulier p. 211, et Andrea Schulz, «The Relationship between the judgments project and other international instruments», Document préliminaire n° 24 de décembre 2003, Conférence de La Haye de droit international privé, http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pdl9e.pdf (dernière consultation le 31 mars 2006).

³⁸⁸ Pour une typologie, voir Constantin P. Economidès et Alexandros G. Kolliopoulos, «La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire: une pratique critiquable», *RGDIP* (2006, à paraître).

A/CN.4/L.682
page 162

clause de déconnexion partielle, visant à remplacer certains articles uniquement du traité initial³⁸⁹. À titre d'exemple d'une clause de déconnexion conditionnelle, on pourrait mentionner le paragraphe 3 de l'article 26 de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme qui renvoie aux règles de la CE «sans préjudice de l'objet et du but de la présente Convention et sans préjudice de son entière application à l'égard des autres Parties». L'article 30 de l'Accord relatif au trafic illicite par mer, mettant en œuvre l'article 17 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes renferme une autre clause peut-être tout aussi ambiguë, selon laquelle «[l]orsque deux ou plusieurs Parties ont déjà conclu un accord ou un traité sur un sujet visé par le présent Accord, ou lorsqu'elles ont établi d'une autre manière leurs relations quant à ce sujet, elles pourront appliquer ledit accord ou traité ou arrangement en lieu et place du présent Accord, s'il facilite la coopération internationale»³⁹⁰.

291. Dans chaque cas, les règles du traité sont remplacées en totalité ou en partie, dans les relations entre membres de la CE, par des règles communautaires. Les obligations entre membres de la CE et autres parties au traité demeurent toutefois pleinement régies par le traité. L'inclusion de telles clauses dans les traités multilatéraux a été une source de préoccupation. Il a paru difficile de les classer par référence aux dispositions de la Convention de Vienne et l'effet exercé par la prolifération de ces clauses sur la cohérence du traité initial a suscité quelques problèmes³⁹¹.

292. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 30 de la Convention de Vienne, «Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent»³⁹². Cette formule couvre aussi les clauses de déconnexion. Aussi mieux vaut-il les analyser comme des clauses de conflit dont les traités sont assortis pour régir les conflits éventuels entre le droit communautaire et le traité. Ce qui est quelque peu préoccupant, c'est que ces clauses ne sont

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Ibid.

³⁹¹ Ibid.

³⁹² Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 30, par. 2.

ouvertes qu'à certaines parties au traité initial et que la teneur du droit communautaire auquel elles se réfèrent peut être à la fois incertaine et sujette à changement. Néanmoins, la différence avec les amendements *inter se* ordinaires qui s'appliquent aussi entre certaines parties seulement et peuvent être sujets à des modifications ultérieures, est ténue.

293. Dans quelles conditions ce type de clause est-il autorisé? Le premier critère réside bien évidemment dans son acceptation par toutes les parties de sorte que la question de sa validité ne se pose pas. Pourtant, on ne peut exclure que les autres parties puissent ne pas être au courant de l'importance réelle de la clause de déconnexion parce que les règles qui y sont énoncées (les règles pertinentes de la CE) sont obscures ou ont été modifiées ou interprétées d'une nouvelle façon, d'où la tentation d'assimiler les règles de la CE à un traité successif nouveau, relevant du paragraphe 4 de l'article 30 de la Convention de Vienne. Selon le paragraphe 5 de ce même article, «Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41»³⁹³. De cette façon, une clause de déconnexion ouverte serait *aussi* conditionnée par les exigences de l'article 41. Au cours des travaux préparatoires de la Convention de Vienne, le Président de la Commission a confirmé que les États qui faisaient usage de la possibilité de modifications *inter se* ne sauraient avoir une liberté absolue et que toute modification devait tenir compte de l'objet et du but du traité³⁹⁴. Dans le cadre du sujet sur les réserves, Pellet a pris le même parti en expliquant qu'une réserve expressément autorisée sans être déterminée doit aussi être compatible avec l'objet et le but du traité³⁹⁵. Si le consentement initial des parties porte normalement sur la portée et la teneur de la clause de déconnexion, dans l'hypothèse où le règlement visé dans cette clause doit être modifié, la modification ne peut être autorisée que dans la mesure où, selon le paragraphe 1 de l'article 41 de la Convention de Vienne, elle «ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations [ou] ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble».

³⁹³ Il y a eu chevauchement dans le processus de rédaction des deux articles. Voir les sections D.2 b) et D.4.

³⁹⁴ Commission du droit international, 876^e séance, tenue le 22 juin 1966, *Annuaire... 1966*, vol. I, deuxième partie, p. 242.

³⁹⁵ Alain Pellet, Dixième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/558/Add.1 (2005), p. 3 et 4.

294. De même que la modification *inter se*, une clause de déconnexion permet à un groupe limité de parties de promouvoir les objectifs du traité en prenant des mesures qui correspondent à leur situation particulière. Mais à l'instar des accords *inter se*, cette pratique risque de miner le régime conventionnel initial. L'effet réel d'une clause de déconnexion dépend de son libellé. Ces clauses ont malgré tout pour point commun de chercher à remplacer en totalité ou en partie un traité par un régime différent qui ne devrait devenir applicable qu'entre certaines parties. L'essentiel de la clause ne réside pas dans son libellé mais dans le régime auquel elle renvoie. C'est la conformité de ce régime quant au fond avec le traité lui-même qui est vraiment source de préoccupation. Du point de vue des autres parties au traité, l'emploi de la clause de déconnexion risque d'être discriminatoire, politiquement incorrect ou tout simplement de prêter à confusion³⁹⁶. Pour remédier à ces soucis, des clauses de déconnexion sont libellées de façon à être «sans préjudice de l'objet et du but de la présente Convention». Néanmoins, même en l'absence d'une telle référence, la condition de conformité avec l'objet et le but du traité peut, comme on l'a vu plus haut, découler des règles posées pour la modification *inter se*. Pour apprécier cette conformité, il semble que deux choses soient à prendre en considération. Premièrement, une clause de déconnexion est convenue entre toutes les parties au traité. De ce point de vue, la pratique ne semble pas poser de problèmes. La validité d'une clause de déconnexion tient au consentement des parties. En revanche, il n'est pas évident que les parties soient toujours bien informées de la teneur du régime auquel la clause renvoie et sachent que ce régime peut changer indépendamment de la volonté des autres parties, voire à leur insu. En pareil cas, le critère de la conformité avec l'objet et le but du traité contribuera à l'appréciation de la pratique des parties au traité. Comme ailleurs, la question de savoir si les dispositions auxquelles

³⁹⁶ Voir par exemple le discours de Serhiy Holovaty, Président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le 7 avril 2005 à la vingt-sixième Conférence des Ministres de la justice européens à Helsinki, http://www.coe.int/T/E/Com/Files/Ministerial-Conferences/2005-Helsinki/disc_holovaty.asp (dernière consultation le 31 mars 2006); Rapport soumis au Comité permanent en vertu de la procédure d'urgence par la Rapporteuse M^{me} Ruth-Gaby Vermot-Mangold concernant le projet de convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, 15 mars 2005, <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc05/EDOC10474.htm> (dernière consultation le 31 mars 2006); Peter J. Kuijper: «The Conclusion and Implementation of the Uruguay Rounds results by the European Community», *EJIL*, vol. 6 (1995), p. 223 et 224; Interim Health Protection Agency operational statement on the International Health Regulations, 12 mai 2004, http://www.hpa.org.uk/hpa/international/IHR_statement.htm (dernière consultation le 31 mars 2006).

renvoie le traité sont, pour reprendre les mots de Fitzmaurice, des dispositions de type «intégral» ou «interdépendant» qui ne sauraient être dissociées du traité, doit se poser.

NATIONS
UNIES

A



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉE

A/CN.4/L.682/Add.1
2 mai 2006

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

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

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

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

Additif

Appendice

Projet de conclusions des travaux du Groupe d'étude

Texte définitif établi par Martti Koskenniemi

A. INTRODUCTION

1. À sa cinquante-quatrième session (2002), la Commission du droit international a créé un groupe d'étude chargé d'examiner le sujet intitulé «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international»¹. À sa cinquante-cinquième session (2003), la Commission a adopté un calendrier provisoire des travaux à mener à bien jusqu'à la fin du présent quinquennat (2003-2006) et a chargé cinq de ses membres de faire des exposés sur les sujets suivants:

¹ *Rapport de la Commission du droit international sur sa cinquante-quatrième session. Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10), chap. IX.A, par. 492 à 494.*

A/CN.4/L.682/Add.1
page 2

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

2. Au cours de ses cinquante-sixième (2004) et cinquante-septième sessions (2005), le Groupe d'étude a reçu un certain nombre d'exposés et d'études sur ces sujets. Il a affirmé son intention d'établir à l'issue de ses travaux un document de synthèse collectif qui comprendrait deux parties: la première consisterait en une «étude analytique relativement longue» qui résumerait la teneur des divers rapports présentés par les membres et les discussions du Groupe d'étude. Cette étude occupe l'essentiel du rapport établi par le Président en 2006. La deuxième partie consisterait en un ensemble condensé de conclusions, directives ou principes formulés à partir des études et des débats tenus au sein du Groupe². Le Groupe d'étude a estimé, et la Commission l'a approuvé, qu'il devait s'agir «d'une suite d'énoncés succincts, concrets et pragmatiques, qui constitueraient, d'une part, le résumé et les conclusions des travaux du Groupe d'étude et, d'autre part, un jeu de directives pratiques qui aideraient à examiner et à gérer la question de la fragmentation dans la pratique juridique»³.

² *Rapport de la Commission du droit international sur sa cinquante-septième session. Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10), p. 203 (par. 448).*

³ Ibid.

3. On trouvera dans le présent appendice un projet de ces «conclusions, directives ou principes», qui récapitule les débats approfondis qu'a eus le Groupe d'étude en 2004 et 2005. Il est le produit collectif des membres du Groupe d'étude.

4. Il convient toutefois de noter que:

a) Seule la formulation des conclusions 1 à 23, fondées sur les études mentionnées aux alinéas *a* à *c* du paragraphe 1 *supra*, a fait jusqu'à présent l'objet d'un accord provisoire du Groupe d'étude;

b) Les projets de conclusion 24 à 32, qui traitent du sujet d) *supra* sous l'intitulé général «Conflits de normes successives» n'ont été ni présentés au Groupe d'étude ni examinés par celui-ci. Ils ont été formulés par le Président en tant que proposition à examiner au cours de la cinquante-huitième session (2006);

c) Les projets de conclusion 33 à 43 sont fondés sur le rapport mentionné à l'alinéa *e* du paragraphe 1 *supra*. Ils ont été distribués aux membres du Groupe d'étude en 2005 mais n'ont pas fait l'objet d'un examen approfondi. Il est proposé de les examiner et de les adopter lors de l'établissement de la version définitive des travaux du Groupe d'étude au cours de la cinquante-huitième session de la Commission, en 2006.

5. Le Président du Groupe d'étude tient à reproduire tous les projets de conclusion ci-après. Il propose au Groupe d'étude d'adopter ces conclusions puis de les présenter à la Commission pour suite à donner.

**B. PROJET DE CONCLUSIONS DES TRAVAUX DU GROUPE D'ÉTUDE SUR
«LA FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL: DIFFICULTÉS
DÉCOULANT DE LA DIVERSIFICATION ET DE L'EXPANSION
DU DROIT INTERNATIONAL»**

1. Généralités

1. *Le droit international en tant que système juridique.* Le droit international est un système juridique. Ses règles et principes (c'est-à-dire ses normes) opèrent en relation avec d'autres règles et principes et devraient être interprétés dans le contexte de ces derniers. En tant que

système juridique, le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de telles normes. Il existe des relations significatives entre ces normes. Celles-ci peuvent donc occuper un niveau hiérarchique plus ou moins élevé, leur formulation peut être plus ou moins générale ou spécifique et leur validité peut être récente ou de longue date.

2. Dans l'application du droit international, il est souvent nécessaire de déterminer la relation exacte entre deux règles et principes – ou plus – qui sont à la fois valables et applicables relativement à une situation⁴. À cette fin, les relations pertinentes se divisent en deux catégories générales:

- *Les relations d'interprétation.* Tel est le cas lorsqu'une norme aide à la l'interprétation d'une autre. Une norme peut aider à l'interprétation d'une autre norme si elle sert par exemple à appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier cette dernière. Dans une telle situation, les deux normes sont appliquées conjointement;
- *Les relations de conflit.* Tel est le cas lorsque deux normes à la fois valables et applicables mènent à des décisions incompatibles, si bien qu'il faut opérer un choix entre ces normes. Les principales règles concernant la résolution des conflits normatifs figurent dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

3. *La Convention de Vienne sur le droit des traités.* Lorsque l'on cherche à déterminer les relations mutuelles entre deux normes ou plus, il convient d'interpréter ces normes conformément à, ou par analogie avec, la Convention de Vienne sur le droit des traités, en particulier les dispositions de ses articles 31 à 33 relatives à l'interprétation des traités.

4. *Le principe de l'harmonisation.* On s'accorde généralement à considérer que lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de sorte à faire émerger un ensemble unique d'obligations compatibles.

⁴ Le fait que deux normes soient *valables* relativement à une situation signifie qu'elles couvrent chacune les faits constituant cette situation. Le fait que deux normes soient *applicables* dans une situation signifie qu'elles ont force obligatoire pour les sujets de droit qui se trouvent dans la situation considérée.

2. La maxime *lex specialis derogat lege generali*

5. *Principe général.* La maxime *lex specialis derogat lege generali* est une technique généralement acceptée d'interprétation et de résolution des conflits en vertu du droit international. Cette technique laisse entendre que toutes les fois que deux normes ou plus traitent de la même matière, la priorité devrait être donnée à la norme la plus spécifique. Ce principe peut s'appliquer dans plusieurs contextes: entre des dispositions figurant dans un seul traité; entre des dispositions figurant dans deux traités ou plus; entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle, de même qu'entre deux normes non conventionnelles. La source de la norme (qu'elle soit conventionnelle, coutumière ou qu'il s'agisse d'un principe général de droit) n'a pas d'importance décisive dans la détermination de la norme la plus spécifique. Dans la pratique, toutefois, les traités font souvent fonction de *lex specialis* au regard du droit coutumier et des principes généraux pertinents.

6. *Évaluation en fonction du contexte.* La relation entre la maxime de la *lex specialis* et les autres normes d'interprétation ou de résolution des conflits ne peut être déterminée de manière générale. On ne peut décider qu'en fonction du contexte si le critère de spécialité doit prendre le pas sur celui de temporalité ou inversement.

7. *Objet du principe.* Le fait que la loi spéciale prime la loi générale a pour justification que la loi spéciale, plus concrète, tient souvent mieux compte que toute loi générale applicable des particularités du contexte dans lequel elle doit être appliquée. Il arrive fréquemment aussi que son application puisse aboutir à un résultat plus équitable et mieux traduire l'intention des sujets de droit.

8. *Caractère dispositif de la majeure partie du droit international.* La majeure partie du droit international revêt un caractère dispositif. Cela signifie qu'il peut être soit appliqué, précisé, mis à jour ou modifié, soit annulé par une loi spéciale.

9. *L'effet de la *lex specialis* sur la loi générale.* L'application de la loi spéciale n'emporte pas normalement extinction de la loi générale pertinente. Cette loi générale demeurera valable et applicable; elle continuera, conformément au principe de l'harmonisation visé au paragraphe 4 *supra*, à orienter l'interprétation et l'application de la loi spéciale pertinente et deviendra pleinement applicable dans des situations non prévues par cette dernière.

10. *Intangibilité*. La loi spéciale ne peut cependant déroger à certains types de loi générale⁵. Le *jus cogens* est expressément non susceptible de dérogation. D'autres considérations peuvent amener à conclure qu'une loi générale est intangible, notamment:

- La loi générale était-elle ou non réputée ne souffrir aucune dérogation?
- L'intangibilité peut-elle ou non être déduite de la forme ou de la nature de loi générale?
- Une dérogation risquerait-elle ou non de vider de sa substance l'*objet* de la loi générale?
- Des tiers bénéficiaires risqueraient-ils ou non de pâtir d'une dérogation?
- Enfin, une dérogation risquerait-elle ou non de porter atteinte à l'équilibre des droits et obligations établi dans la loi générale?

Toute norme visant à annuler une norme intangible ou à y déroger sera frappée de nullité.

3. Régimes spéciaux (autonomes)

11. *Les régimes spéciaux («autonomes»)* en tant que *lex specialis*. Un groupe de règles et de principes intéressant une matière particulière peut former un régime spécial («régime autonome») et être applicable en tant que *lex specialis*. Ces régimes spéciaux sont souvent dotés d'institutions qui leur sont propres pour gouverner les règles pertinentes.

12. On peut distinguer trois types de régimes spéciaux:

- Parfois, la violation d'un groupe particulier de règles (primaires) déclenche la mise en œuvre d'un ensemble particulier de règles (secondaires) concernant la violation et les réactions à cette violation. Tel est le cas principal visé à l'article 55 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État;

⁵ [Peut-être faudra-t-il préciser encore la notion de «loi générale»].

- Parfois, cependant, un régime spécial est formé d'un ensemble de règles spéciales, y compris de droits et d'obligations, relatives à une matière particulière. Ces règles peuvent intéresser une région géographique (comme par exemple un traité relatif à la protection d'une certaine rivière) ou une question de fond (par exemple un traité régissant les utilisations d'une arme particulière). Un tel régime spécial peut découler d'un traité unique, de plusieurs traités, ou d'un ou de plusieurs traités suivis d'une évolution non conventionnelle (pratique ultérieure ou droit coutumier);
- Enfin, il peut arriver que toutes les règles et tous les principes qui régissent une certaine matière soient rassemblés pour former un «régime spécial». Des expressions telles que «droit de la mer», «droit humanitaire», «droit relatif aux droits de l'homme», «droit de l'environnement» et «droit commercial», etc., désignent certains de ces régimes. Aux fins d'interprétation, de tels régimes peuvent souvent être considérés comme un tout.

13. *Effet du «caractère spécial» d'un régime.* L'importance d'un régime spécial réside dans la façon dont ses normes expriment un objet et un but uniques. Ainsi, leur interprétation et leur application devraient, dans la mesure du possible, traduire cet objet et ce but.

14. *La relation entre les régimes spéciaux et le droit international général.* En règle générale, un régime spécial peut déroger au droit général dans les mêmes conditions que la *lex specialis* (voir les paragraphes 6 et 8 *supra*).

15. *Le rôle de la loi générale dans les régimes spéciaux I: combler les lacunes.* Le champ d'application des lois spéciales est par définition plus étroit que celui des lois générales. Il arrivera donc souvent qu'une question non régie par une loi spéciale se pose dans les institutions chargées de la gouverner. Dans de tels cas, la loi générale pertinente sera applicable.

16. *Le rôle de la loi générale dans les régimes spéciaux II: l'échec des régimes spéciaux.* Les régimes spéciaux ou les institutions qu'ils créent peuvent ne pas fonctionner comme prévu. En pareil cas, la loi générale pertinente devient applicable. On devrait conclure à un échec lorsque l'on ne peut compter raisonnablement que les lois spéciales remplissent convenablement les objectifs dans lesquels elles ont été adoptées. Cet échec pourrait être causé, entre autres, par le fait pour les institutions du régime de ne pas parvenir aux buts qui leur ont été fixés, le

A/CN.4/L.682/Add.1
page 8

non-respect endémique de ces objectifs par une ou plusieurs parties, la désuétude, le retrait des parties dont le rôle est déterminant pour le régime. Mais c'est avant tout par une interprétation de son acte organique que l'on doit décider si un régime a «échoué» en ce sens.

4. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

17. *L'intégration systémique.* Le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités offre dans le cadre de cette Convention un moyen d'appliquer les relations d'interprétation (visées au paragraphe 2 *supra*). Il appartient à l'interprète d'un traité de tenir compte de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». Cet article donne corps à l'objectif d'«intégration systémique» selon lequel, quelle que soit leur matière, les traités sont une création du système juridique international et leur fonctionnement repose sur ce fait.

18. *L'interprétation en tant qu'intégration dans le système.* L'intégration systémique gouverne toute l'interprétation des traités, dont les autres aspects pertinents sont indiqués dans les autres paragraphes des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Ces paragraphes décrivent un processus de raisonnement juridique dans lequel des éléments particuliers auront une pertinence plus ou moins grande selon la nature des dispositions conventionnelles dans le cadre de l'interprétation. Dans de nombreux cas, la question de l'interprétation pourra être résolue dans le cadre du traité lui-même. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 traite du cas dans lequel des sources matérielles extérieures au traité sont pertinentes pour son interprétation. Ces sources peuvent être notamment d'autres traités, des règles coutumières ou des principes généraux de droit.

19. *L'application de l'intégration systémique.* Si un traité fonctionne dans le contexte d'autres accords, l'objectif de l'intégration systémique s'appliquera en tant que présomption présentant des aspects à la fois positifs et négatifs:

a) *Présomption positive:* Les parties sont réputées se reporter au droit international coutumier et aux principes généraux de droit pour toutes les questions que le traité ne résout pas lui-même en termes exprès;

b) *Présomption négative*: Au moment où elles contractent des obligations conventionnelles, les parties n'ont pas l'intention d'agir de manière non conforme aux principes généralement reconnus du droit international.

Bien entendu, si tout autre résultat se dégage de l'application des méthodes ordinaires d'interprétation des traités, il convient de lui donner effet, à moins que les principes pertinents ne fassent partie du *jus cogens*.

20. *Application du droit coutumier et des principes généraux de droit*. Le droit international coutumier et les principes généraux de droit revêtent une importance particulière pour l'interprétation d'un traité en vertu du paragraphe 3 c) de l'article 31, surtout lorsque:

- a) La règle conventionnelle est obscure ou ambiguë;
- b) Les termes utilisés dans le traité ont une signification reconnue en droit international coutumier ou selon les principes généraux de droit;
- c) Le traité est muet sur le droit applicable et l'interprète doit, appliquant la présomption positive du paragraphe 19 b) *supra*, rechercher des règles élaborées dans un autre domaine du droit international pour trancher la question.

21. *Application d'autres règles conventionnelles*. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 fait aussi obligation à l'interprète d'examiner d'autres règles fondées sur des traités pour parvenir à une signification cohérente. Ces autres règles sont d'une importance particulière lorsque les parties au traité faisant l'objet d'une interprétation sont aussi parties à l'autre traité, lorsque la règle conventionnelle a statut de règle de droit international coutumier ou exprime le droit international coutumier, ou lorsque ces règles offrent la preuve de l'interprétation commune que font les parties de l'objet et du but du traité interprété ou du sens d'un terme particulier.

22. *L'intertemporalité*. Le droit international est un système juridique dynamique. Le point de savoir si en appliquant le paragraphe 3 c) de l'article 31, l'interprète devrait se référer aux règles de droit international en vigueur au moment de la conclusion du traité ou s'il peut aussi tenir compte des modifications ultérieures du droit dépend généralement du sens du traité, déterminé sur la base des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cependant, le sens d'une disposition conventionnelle peut aussi être vicié par des évolutions

ultérieures quelle que soit la volonté originelle des parties, surtout si ces évolutions ultérieures trouvent leur expression dans le droit coutumier et les principes généraux de droit.

23. *Notions ouvertes ou évolutives.* Les règles du droit international postérieures au traité faisant l'objet d'une interprétation peuvent être prises en considération surtout lorsque les notions utilisées dans le traité sont ouvertes ou évolutives. C'est le cas, en particulier, lorsque a) la notion est de celles qui obligent à tenir compte des évolutions techniques, économiques ou juridiques ultérieures; b) la notion énonce une obligation de poursuite du développement progressif incombant aux parties; ou c) la notion est de caractère très général ou exprimée en des termes tellement généraux qu'elle doit tenir compte de situations évolutives.

5. Conflits entre normes successives

24. *La règle fondamentale.* La question des normes conventionnelles successives portant sur la même matière est traitée à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

25. *Lex posterior derogat lege priori.* Selon le paragraphe 3 de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 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, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. Il s'agit là d'une expression du principe selon lequel «le droit postérieur prime le droit antérieur». Ce même principe s'exprime aussi dans la manière dont les traités, en règle générale, priment le droit coutumier antérieur.

26. *Limites du principe de la «lex posterior».* Le principe de la *lex posterior* est toutefois d'application limitée. Il ne peut par exemple s'appliquer automatiquement au cas dans lequel les parties au traité postérieur ne sont pas les mêmes que les parties au traité antérieur. En pareil cas, comme le prévoit le paragraphe 4 de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'État qui est partie à deux traités incompatibles a des obligations à l'égard des parties aux deux traités séparément. S'il ne peut remplir les obligations qui lui incombent en vertu des deux traités, il restera responsable de la violation de l'un d'entre eux. Dans ce cas, l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités peut lui aussi devenir applicable. Il est impossible de répondre par une règle générale à la question de savoir lequel des traités

incompatibles devrait être appliqué et laquelle des violations de l'un ou l'autre traité devrait être sanctionnée par la responsabilité de l'État.

27. *La distinction entre les dispositions conventionnelles qui appartiennent au même «régime» et les dispositions qui appartiennent à des «régimes» différents.* Le principe de la *lex posterior* est le plus solide lorsqu'il concerne des dispositions contradictoires ou faisant double emploi qui font partie de traités institutionnellement liés ou dont l'objet est de promouvoir des objectifs similaires. Tel est typiquement le cas de la relation entre les «traités-cadres» et les «traités d'application». En cas de conflit ou de chevauchement des traités de différents régimes, le point de savoir lequel est postérieur n'implique pas qu'il faille établir un ordre de priorité intrinsèque entre eux.

28. *L'accommodation mutuelle et la protection des droits.* Si deux traités appartenant à des «régimes» différents entrent en conflit ou font double emploi, ils devraient être tous deux appliqués si possible dans une optique d'accommodation mutuelle et conformément au principe de l'harmonisation. Ceci concerne surtout les dispositions de procédure de tels traités et les dispositions énoncées dans les programmes et calendriers d'application. Il ne saurait cependant être question de compromettre les droits substantiels des parties au traité ou des tiers bénéficiaires. La violation des droits engage la responsabilité de l'État.

29. *Le cas des traités spéciaux.* Certaines dispositions conventionnelles ont un caractère normatif spécial tel qu'elles doivent prévaloir, qu'elles soient antérieures ou postérieures. Il s'agit:

- a) Des dispositions de la Charte des Nations Unies;
- b) Des dispositions constituant le *jus cogens*;
- c) Des dispositions que l'on pourrait considérer comme intangibles parce qu'elles étaient réputées l'être, parce que leur intangibilité peut être déduite de leur nature ou de l'objet et du but du traité ou pour toute autre raison visée au paragraphe 10 *supra*.

30. *Le règlement des différends à l'intérieur d'un régime ou d'un régime à l'autre.* Les questions concernant le rang de priorité de dispositions conventionnelles conflictuelles devraient être réglées par la négociation entre les parties au traité pertinent. Mais lorsqu'aucune solution

négociée n'est possible, il convient d'avoir recours aux mécanismes de règlement des différends. Lorsque le conflit touche des dispositions relevant d'un seul régime (tel que défini au paragraphe 4 *supra*), il peut être approprié de le régler dans le cadre du mécanisme spécifique de ce régime. Cependant, lorsque le conflit concerne des dispositions de traités qui ne font pas partie du même régime, il convient de veiller à garantir que l'organe de règlement des différends soit indépendant de l'un et l'autre régime.

31. *Accords inter se*. Le cas des accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (accords *inter se*) est couvert par l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. De tels accords sont une technique souvent utilisée pour une application plus efficace du traité originel entre un nombre limité de parties au traité qui sont désireuses de prendre des mesures plus efficaces ou plus ambitieuses en vue de réaliser l'objet et le but du traité originel. Des accords *inter se* peuvent être conclus si cela est prévu ou n'est pas expressément interdit par le traité originel et si cela «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» (art. 41, par. 1).

32. *Conflit de clauses*. Il est souhaitable que lorsque des États adhèrent à des traités susceptibles d'être en conflit avec d'autres traités, ils fixent la relation entre ces traités en adoptant des clauses appropriées figurant dans les traités eux-mêmes. Au moment d'adopter de telles clauses, il convient d'avoir à l'esprit:

- a) Qu'elles ne sauraient porter atteinte aux droits de tiers;
- b) Qu'elles devraient être aussi claires et précises que possible. En particulier, elles devraient viser des dispositions spécifiques du traité et ne pas en compromettre l'objet et le but;
- c) Qu'à cette fin, elles ne devraient pas être de caractère général ni telles qu'il serait impossible de savoir précisément à quelles obligations les parties ont souscrit;
- d) Qu'elles devraient être liées à des mécanismes appropriés de règlement des différends.

6. La hiérarchie des normes en droit international: *Jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit

33. *Les rapports hiérarchiques entre les normes de droit international.* Les sources du droit international (traités, coutume, principes généraux de droit) ne sont pas *inter se* soumises à des rapports hiérarchiques. Il n'est pas, d'une manière générale, approprié de dresser des analogies avec le caractère hiérarchique du système juridique interne car il n'existe pas de hiérarchie de valeurs bien élaborée ou faisant autorité en droit international. Cela étant, certaines règles de droit international sont plus importantes que d'autres et c'est pourquoi elles ont une position supérieure ou un statut spécial dans le système juridique international. Ceci trouve parfois son expression dans le fait de désigner certaines normes comme «fondamentales» ou certaines violations comme «graves». L'effet que peuvent avoir de telles désignations est habituellement déterminé par l'instrument précis dans lequel la désignation apparaît.

34. *Les rapports hiérarchiques reconnus dans l'optique de la teneur des règles quant au fond I: jus cogens.* Une règle de droit international peut être supérieure à d'autres règles du fait de son contenu. Tel est le cas des normes impératives du droit international (*jus cogens*, article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), c'est-à-dire de toute norme «acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise».

35. *Le contenu du jus cogens.* Les règles acceptées du *jus cogens* comprennent les règles interdisant le génocide et la torture ainsi que les règles qui protègent les droits fondamentaux de la personne humaine. Le droit à l'autodétermination ainsi que l'interdiction du recours à la force sont également des règles de *jus cogens*. D'autres règles également peuvent avoir un caractère de *jus cogens* dans la mesure où elles sont «acceptées et reconnues par la communauté internationale dans son ensemble».

36. *Les rapports hiérarchiques reconnus II: Article 103 de la Charte des Nations Unies.* Une règle de droit international peut être également supérieure à d'autres en vertu d'une disposition conventionnelle. Tel est le cas de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies aux termes duquel «en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu

de la [...] Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront».

37. *Règles reconnues du fait de leur champ d'application: obligations erga omnes et Charte des Nations Unies.* Certaines normes ont un statut spécial en raison de leur champ d'application. Tel est le cas des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire des obligations d'un État à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble. Ces règles concernent tous les États et tous les États peuvent être considérés comme ayant le droit de les protéger. Tout État peut invoquer la responsabilité de l'État qui viole de telles normes. Il est également reconnu que la Charte des Nations Unies elle-même jouit d'un statut spécial en raison de son acceptation quasi universelle.

38. *La teneur des obligations erga omnes.* Les normes *erga omnes* acceptées comprennent les règles concernant les relations diplomatiques ... [voir responsabilité de l'État]. Il en va de même du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et des droits et devoirs consacrés dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide...

39. *La relation entre les normes de jus cogens et les obligations erga omnes.* Il est reconnu que si toutes les normes de *jus cogens* ont également le caractère d'obligation *erga omnes*, l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Toutes les obligations *erga omnes* n'ont pas le caractère de règles impératives du droit international.

40. *Le champ d'application de l'Article 103 de la Charte.* L'Article 103 de la Charte des Nations Unies prévoit que les obligations découlant de la Charte prévalent non seulement sur «tout autre accord international» mais aussi sur le droit international coutumier. L'Article 103 porte non seulement sur les Articles de la Charte mais aussi sur les décisions contraignantes prises par des organes de l'ONU tels que le Conseil de sécurité ou la Cour internationale de Justice.

41. *La relation entre hiérarchie et fragmentation.* L'objet des hiérarchies normatives est de résoudre les conflits entre règles de droit international en indiquant quelle règle doit primer en cas de conflit. Toute hiérarchie entre deux règles ou normes revêt un caractère relatif et non absolu. S'il y a conflit entre deux normes hiérarchiquement supérieures tel que le *jus cogens* et l'Article 103 de la Charte, le rapport entre ces deux normes ne peut être déterminé qu'en fonction d'un contexte, en gardant à l'esprit, entre autres, le principe de l'harmonisation,

c'est-à-dire que s'il y a conflit de prime abord, les deux normes devraient être interprétées comme étant compatibles.

42. *Le fonctionnement et l'effet des normes de jus cogens et de l'Article 103 de la Charte.*

- a) Toute règle en conflit avec une norme de *jus cogens* devient nulle *ipso facto*;
- b) Toute règle en conflit avec l'Article 103 de la Charte des Nations Unies devient inapplicable par suite de ce conflit.

43. *Le principe de l'harmonisation.* Quel que soit le statut particulier ou la désignation («fondamentale») de certaines normes, les conflits entre les règles de droit international devraient être réglés conformément au principe de l'harmonisation, c'est-à-dire en gardant à l'esprit qu'en cas de conflit, les normes devraient être interprétées comme étant compatibles dans la mesure du possible. Des rapports hiérarchiques apparaissent souvent dans le contexte d'autres règles de résolution des conflits telles que celles qui figurent au paragraphe 1 de l'article 30, au paragraphe 3 c) de l'article 31 et à l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ou lorsqu'on applique les principes de la *lex specialis* ou de la *lex posterior*.



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉEA/CN.4/L.702*
28 juillet 2006FRANÇAIS
Original: ANGLAISCOMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Cinquante-huitième session
Genève, 1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006**FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL: DIFFICULTÉS
DÉCOULANT DE LA DIVERSIFICATION ET DE L'EXPANSION
DU DROIT INTERNATIONAL****Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international****A. INTRODUCTION**

1. À sa cinquante-quatrième session (2002), la Commission du droit international a créé un groupe d'étude chargé d'examiner le sujet intitulé «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international»¹. À sa cinquante-cinquième session (2003), le Groupe d'étude a adopté un calendrier provisoire des travaux à mener à bien jusqu'à la fin du présent quinquennat (2003-2006) et a chargé cinq de ses membres de faire des exposés sur les sujets suivants:

a) La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des «régimes autonomes» (M. Koskenniemi);

* Nouveau tirage pour raisons techniques.

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10), par. 492 à 494.

b) L'interprétation des traités à la lumière de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» (art. 31, par. 3 c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale (M. Mansfield);

c) L'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) (M. Melescanu);

d) La modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) (M. Daoudi); et

e) La hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit (M. Galicki).

2. Au cours de ses cinquante-sixième (2004) et cinquante-septième sessions (2005), le Groupe d'étude a reçu un certain nombre d'exposés et d'études sur ces sujets. Il a affirmé son intention d'établir à l'issue de ses travaux un document de synthèse collectif qui comprendrait deux parties. La première consisterait en une «étude analytique relativement longue» du Président, qui résumerait et analyserait la teneur des divers rapports présentés par les membres et les discussions du Groupe d'étude. Cette étude occupe l'essentiel du rapport établi par le Président en 2006 et publié sous la cote A/CN.4/L.682. La deuxième partie consisterait en un ensemble condensé de conclusions, directives ou principes formulés à partir des études et des débats tenus au sein du Groupe². Le Groupe d'étude a estimé, et la Commission l'a approuvé, qu'il devait s'agir «d'une suite d'énoncés succincts, concrets et pragmatiques, qui constitueraient, d'une part, le résumé et les conclusions des travaux du Groupe d'étude et, d'autre part, un jeu de directives pratiques qui aideraient à examiner et à gérer la question de la fragmentation dans la pratique juridique»³.

3. À la cinquante-huitième session de la Commission en cours, le Groupe d'étude a été reconstitué; il a tenu 10 séances les 17 et 26 mai, le 6 juin, les 4, 11, 12, 13 et 17 juillet 2006

² Ibid., soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10), par. 448.

³ Ibid.

et a achevé ses travaux. On trouvera à la section C le texte des conclusions du Groupe d'étude⁴, résultant des débats approfondis qu'a eus le Groupe en 2004 et 2006. Il est le produit collectif des membres du Groupe d'étude.

B. HISTORIQUE

4. Au cours du dernier demi-siècle, le champ d'application du droit international s'est considérablement étendu. Autrefois instrument de régulation de la diplomatie formelle, il traite désormais des aspects les plus divers de l'activité internationale – du commerce à la protection de l'environnement, des droits de l'homme à la coopération scientifique et technique. De nouvelles institutions multilatérales, régionales et universelles ont été créées dans les domaines du commerce, de la culture, de la sécurité, du développement, etc. Il est difficile d'imaginer aujourd'hui un domaine d'activité qui ne serait pas soumis à une forme ou une autre de régulation juridique internationale.

5. Cette expansion a toutefois eu lieu sans coordination, au sein de groupes régionaux ou fonctionnels d'États. L'accent a été mis sur la solution de problèmes précis plutôt que sur la mise en place d'une réglementation générale de type juridique. Cela correspond à ce que les sociologues appellent la «différenciation fonctionnelle», à savoir la spécialisation croissante de certains secteurs de la société et leur autonomisation connexe. C'est un paradoxe bien connu de la mondialisation que si elle a conduit à une uniformisation croissante de la vie sociale dans le monde, elle s'est aussi traduite par sa fragmentation croissante – c'est-à-dire par l'émergence de domaines d'action sociale et de structures spécialisés et relativement autonomes.

6. La fragmentation de la société internationale revêt une importance juridique dans la mesure où elle s'est accompagnée de l'apparition de règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonomes. Ce qui était précédemment régi par le «droit international général» relève désormais de régimes spécialisés comme le «droit commercial», le «droit des droits de l'homme», le «droit de l'environnement», le «droit de la mer», le «droit européen», voire hautement spécialisés

⁴ Les membres suivants ont participé aux travaux du Groupe d'étude à la session de 2006: M. M. Koskenniemi (Président), M. A. Al-Marri, M. C. Chee, M. P. Commissario Afonso, M. R. Daoudi, M. C. P. Economides, M^{me} P. Escameia, M. G. Gaja, M. Z. Galicki, M. R. A. Kolodkin, M. W. Mansfield, M. M. Matheson, M. P. S. Rao et M^{me} H. Xue.

comme le «droit des investissements» ou le «droit international des réfugiés», etc., dont chacun possède ses propres principes et institutions.

7. Alors que l'on ne peut mettre en doute la réalité et l'ampleur de la fragmentation, les appréciations du phénomène ont varié. Certains commentateurs ont adopté une position très critique par rapport à ce qu'ils considèrent comme l'érosion du droit international général, l'apparition de jurisprudences divergentes, la recherche de la juridiction la plus favorable et la perte de sécurité juridique. D'autres y ont vu surtout un problème technique qui est apparu naturellement avec l'accroissement de l'activité juridique internationale et qui peut être maîtrisé par des mesures techniques de rationalisation et de coordination⁵. C'est pour évaluer l'ampleur du problème de la fragmentation et, éventuellement, proposer des moyens de le traiter, que la Commission a institué en 2002 le Groupe d'étude chargé de se pencher sur cette question.

8. D'emblée, la Commission a reconnu que la fragmentation soulevait deux problèmes, au plan institutionnel et au fond. Au plan institutionnel, la difficulté tient à la juridiction et à la compétence des différentes institutions qui appliquent des règles de droit international et

⁵ Aujourd'hui, «la fragmentation» est un sujet fréquemment traité dans le cadre d'ouvrages universitaires et de conférences. Parmi les différents ouvrages consacrés à la diversification des sources de la réglementation internationale, les études citées ci-après sont particulièrement utiles: Éric Loquin et Catherine Kessedjian (dir. publ.), *La mondialisation du droit* (Paris: Litec, 2000); et Paul Schiff Berman, *The Globalization of International Law* (Aldershot: Ashgate, 2005). José Alvarez dans *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005) se penche sur l'activité des organisations traditionnelles. Rüdiger Wolfrum et Volker Röben (dir. publ.) dans *Developments of International Law in Treaty-making* (Berlin: Springer, 2005), p. 417 à 586, et Ronnie Lipschutz et Cathleen Vogel, dans «Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation», R. R. Hall et T. J. Bierstaker, dans *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 115 à 140, offrent différentes perspectives contemporaines d'activité normative autre que l'élaboration de traités. Voir également «Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle», *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), p. 679 à 993; Andreas Zimmermann et Reiner Hoffmann, assistés de Hanna Goeters, *Unity and Diversity of International Law* (Berlin: Dunker et Humblot, 2006); Karel Wellens et Rosario Huesa Vinaixa (dir. publ.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Bruxelles: Bruylant, 2006, à paraître). Pierre-Marie Dupuy prend fait et cause pour l'unité dans «L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public», *Recueil des Cours...*, vol. 297 (2002). Pour davantage de références, voir Martti Koskenniemi et Päivi Leino, «Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), p. 553 à 579.

à leurs relations hiérarchiques. La Commission a décidé de laisser cette question de côté. Mieux vaut laisser aux institutions elles-mêmes le soin de traiter des compétences institutionnelles. La Commission a voulu par contre insister sur la question de fond – le fractionnement du droit en secteurs hautement spécialisés qui revendiquent une autonomie relative les uns par rapport aux autres et par rapport au droit général. Quels sont les effets quant au fond de la spécialisation? Comment concevoir les rapports entre ces secteurs? Plus concrètement, si les règles de deux régimes au plus entrent en conflit, que peut-on faire pour régler ces conflits?

9. Comme la majorité des commentateurs, la Commission a compris que le sujet avait des aspects à la fois positifs et négatifs, comme l'atteste la reformulation de l'intitulé du sujet en «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international». D'un côté, la fragmentation crée effectivement un risque de conflit et d'incompatibilité entre des règles, principes, régimes et pratiques institutionnelles. De l'autre, elle reflète l'expansion de l'activité juridique internationale dans des domaines nouveaux et la diversification concomitante de ses objets et techniques. La fragmentation et la diversification correspondent au développement et à l'expansion du droit international en réponse aux exigences d'un monde pluraliste. Dans le même temps, elles peuvent occasionnellement créer entre des règles et des régimes des conflits qui risquent d'en saper l'application effective. Bien que la fragmentation puisse créer des problèmes, ceux-ci ne sont ni complètement nouveaux, ni de telle nature qu'on ne puisse les régler par les techniques auxquelles les juristes internationaux ont recouru naguère pour traiter les conflits normatifs.

10. La raison pour laquelle la Commission s'intéresse à la fragmentation est que l'apparition de nouveaux types particuliers de règles, dits «régimes autonomes», et de systèmes conventionnels au champ d'application géographique ou fonctionnel limité, pose des problèmes de cohérence en droit international. Les nouveaux types de droit spécialisé n'apparaissent pas fortuitement mais visent à répondre à de nouveaux besoins techniques et fonctionnels. L'apparition du «droit de l'environnement», par exemple, répond au souci croissant que suscite l'état de l'environnement international. Le «droit commercial» devient un instrument pour profiter des possibilités créées par un avantage relatif dans les relations économiques internationales. Le «droit des droits de l'homme» vise à protéger les intérêts des personnes physiques et le «droit pénal international» traduit en termes juridiques la «lutte contre l'impunité». Chaque régime comporte ses propres principes, son propre savoir-faire et sa propre

A/CN.4/L.702*
page 6

«éthique», laquelle n'est pas forcément identique à celle des spécialisations voisines. Le «droit commercial» et le «droit de l'environnement», par exemple, ont des objectifs très spécifiques et reposent sur des principes qui peuvent souvent tendre vers des directions différentes. Pour être efficace, le nouveau droit comporte souvent de nouveaux types de clauses conventionnelles ou de pratiques qui peuvent ne pas être compatibles avec l'ancien droit général ou le droit de telle ou telle autre branche spécialisée. Très souvent, de nouvelles règles ou de nouveaux régimes sont précisément développés pour s'écarter des règles prévues précédemment par le droit général. Lorsque les écarts se généralisent et se multiplient, l'unité du droit en souffre.

11. Il importe de noter que de telles déviations ne résultent pas de «méprises» juridiques ou techniques. Elles reflètent la diversité de visées et de préférences des acteurs d'une société pluraliste (mondiale). Un droit qui ne parviendrait pas à exprimer clairement les différences existant entre les intérêts ou les valeurs propres à des situations ou domaines de problèmes particuliers apparaîtrait tout à fait inacceptable. Mais si la fragmentation est un phénomène «naturel» (de fait, le droit international a toujours été relativement «fragmenté» en raison de la diversité des systèmes juridiques nationaux qui y participent), il y a toujours eu de même des processus compensateurs, tout aussi naturels, tendant dans la direction opposée. Ainsi, par exemple, le droit international général a continué de se développer grâce à l'application de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, du droit coutumier et des «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées». Le fait qu'un certain nombre de traités reflètent des règles du droit international général et que réciproquement certaines dispositions de traités sont incorporées dans le corpus du droit international général témoigne de la vitalité et de la synergie du système ainsi que de l'attraction vers la cohérence que l'on constate dans le droit lui-même.

12. Les travaux de la Commission sur la fragmentation trouvent leur justification dans le fait que, bien que la fragmentation soit inévitable, il est souhaitable de disposer d'un cadre permettant de l'évaluer et de la gérer d'une manière juridique professionnelle. Ce cadre est fourni par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Un aspect qui unit pratiquement tous les nouveaux régimes (et certainement la totalité des régimes les plus importants) tient à ce qu'ils tirent leur force obligatoire, et que les acteurs pertinents ont conscience qu'ils relèvent, du droit des traités si bien que la Convention de Vienne fournit déjà un cadre unificateur de cette évolution. En sa qualité d'organe auteur en son temps de la Convention de Vienne,

la Commission est en bonne place pour analyser la fragmentation du droit international dans cette perspective.

13. Pour ce faire, le Groupe d'étude de la Commission a jugé utile de tenir compte de la multitude de techniques existant en droit traditionnel pour traiter des tensions ou des conflits entre règles et principes de droit. Ces techniques ont pour point commun de chercher à créer des relations logiques entre ces règles et principes de façon à savoir comment les utiliser dans un différend ou un conflit donné. Les conclusions qui suivent énoncent certains des principes dont il convient de tenir compte lorsque l'on traite des conflits existants ou potentiels entre règles et principes juridiques.

C. CONCLUSIONS DES TRAVAUX DU GROUPE D'ÉTUDE

14. Les conclusions auxquelles le Groupe d'étude est parvenu dans ses travaux sont les suivantes:

1. Généralités

1) *Le droit international en tant que système juridique.* Le droit international est un système juridique. Ses règles et principes (c'est-à-dire ses normes) opèrent en relation avec d'autres règles et principes et devraient être interprétés dans le contexte de ces derniers. En tant que système juridique, le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de telles normes. Il existe des relations significatives entre ces normes. Celles-ci peuvent donc occuper un niveau hiérarchique plus ou moins élevé, leur formulation peut être plus ou moins générale ou spécifique et leur validité peut être récente ou de longue date.

2) Dans l'application du droit international, il est souvent nécessaire de déterminer la relation exacte entre deux règles et principes – ou plus – qui sont à la fois valables et applicables relativement à une situation⁶. À cette fin, les relations pertinentes se divisent en deux catégories générales:

⁶ Le fait que deux normes soient *valables* relativement à une situation signifie qu'elles couvrent chacune les faits constituant cette situation. Le fait que deux normes soient *applicables* dans une situation signifie qu'elles ont force obligatoire pour les sujets de droit qui se trouvent dans la situation considérée.

- *Les relations d'interprétation.* Tel est le cas lorsqu'une norme aide à l'interprétation d'une autre. Une norme peut aider à l'interprétation d'une autre norme si elle sert par exemple à appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier cette dernière. Dans une telle situation, les deux normes sont appliquées conjointement.
- *Les relations de conflit.* Tel est le cas lorsque deux normes à la fois valables et applicables mènent à des décisions incompatibles, si bien qu'il faut opérer un choix entre ces normes. Les règles fondamentales concernant la résolution des conflits normatifs figurent dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

3) *La Convention de Vienne sur le droit des traités.* Lorsque l'on cherche à déterminer les relations mutuelles entre deux normes ou plus, il convient d'interpréter ces normes conformément à, ou par analogie avec, la Convention de Vienne sur le droit des traités, en particulier les dispositions de ses articles 31 à 33 relatives à l'interprétation des traités.

4) *Le principe de l'harmonisation.* On s'accorde généralement à considérer que, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles.

2. La maxime *lex specialis derogat legi generali*

5) *Principe général.* La maxime *lex specialis derogat legi generali* est une méthode généralement admise d'interprétation et de résolution des conflits en droit international. Elle signifie que, chaque fois que deux normes ou plus traitent de la même matière, priorité devrait être donnée à la norme la plus spécifique. Ce principe peut s'appliquer dans plusieurs contextes: entre des dispositions figurant dans un seul traité; entre des dispositions figurant dans deux traités ou plus; entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle, de même qu'entre deux normes non conventionnelles⁷.

⁷ Pour ce qui concerne l'application du principe à des dispositions figurant dans un seul traité, voir *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)*, *ILR*, vol. 52 (1979), p. 97, 141 et 142, par. 36, 38 et 39; affaire C-96/00, *Rudolf Gabriel*, arrêt du 11 juillet 2002, CJE (2002) I-06367,

La source de la norme (qu'elle soit conventionnelle, coutumière ou qu'il s'agisse d'un principe général du droit) n'a pas d'importance décisive dans la détermination de la norme la plus spécifique. Dans la pratique, toutefois, les traités font souvent fonction de *lex specialis* par rapport au droit coutumier et aux principes généraux⁸.

6) *Appréciation en fonction du contexte.* La relation entre la maxime de la *lex specialis* et les autres normes d'interprétation ou de résolution des conflits ne peut être déterminée de manière générale. On ne peut décider qu'en fonction du contexte si le critère de spécialité doit prendre le pas sur celui de temporalité ou inversement.

7) *Raison d'être du principe.* Le fait que le droit spécial prime le droit général a pour justification que le premier, plus concret, tient souvent mieux compte que tout droit général applicable des particularités du contexte dans lequel il doit être appliqué. Il arrive fréquemment aussi que son application puisse aboutir à un résultat plus équitable et mieux traduire l'intention des sujets de droit.

p. 6398 et 6399, par. 35 et 36, et p. 6404, par. 59; *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1993, *CEDH*, série A (1993), n° 258, par. 76; *De Jong, Baljet et van den Brink c. Pays-Bas*, arrêt du 22 mai 1984, *CEDH*, série A (1984), n° 77, par. 60; *Murray c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 octobre 1994, *CEDH*, série A (1994), n° 300, par. 98; et *Nikolova c. Bulgarie*, arrêt du 25 mars 1999, *CEDH*, 1999-II, par. 69. Pour ce qui concerne l'application du principe entre des dispositions figurant dans plusieurs instruments, voir affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), *C.P.J.I.*, série A, n° 2 (1924), p. 31. Pour ce qui concerne son application entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle, *INA Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Tribunal des différends irano-américains, Iran-U.S.C.T.R., vol. 8, 1985-I, p. 378. Pour ce qui concerne l'application du principe entre une pratique particulière et une coutume générale, voir affaire du *Droit de passage sur territoire indien* (*Portugal c. Inde*) (fond), arrêt, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 44. La Cour a dit: «Par conséquent, se trouvant en présence d'une pratique clairement établie entre deux États et acceptée par les Parties comme régissant leurs rapports, la Cour doit attribuer un effet décisif à cette pratique en vue de déterminer leurs droits et obligations spécifiques. Une telle pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles.».

⁸ Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*) (fond), *C.I.J. Recueil 1986*, p. 137, par. 274, la Cour a dit: «D'une manière générale, les règles conventionnelles ayant le caractère de *lex specialis*, il ne conviendrait pas qu'un État présente une demande fondée sur une règle de droit international coutumier si, par traité, il a déjà prévu des moyens de régler une telle demande.».

8) *Fonctions de la lex specialis*. La majeure partie du droit international revêt un caractère supplétif, ce qui signifie que le droit spécial peut être utilisé pour appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier le droit général, de même que pour l'écarter.

9) *L'effet de la lex specialis sur le droit général*. L'application du droit spécial n'emporte pas normalement extinction du droit général pertinent⁹. Ce droit demeurera valable et applicable; il continuera, conformément au principe de l'harmonisation visé à la conclusion 4 *supra*, à orienter l'interprétation et l'application du droit spécial pertinent et deviendra pleinement applicable dans des situations non prévues par ce dernier¹⁰.

10) *Types particuliers de droit général*. Le droit spécial ne peut cependant déroger à certains types de droit général¹¹. Le *jus cogens* est expressément non susceptible de dérogation ainsi que cela est énoncé dans les conclusions 32, 33, 40 et 41 *infra*¹².

En outre, d'autres considérations peuvent amener à conclure que le droit général

⁹ Ainsi, dans l'affaire du Nicaragua, *ibid.*, p 95, par. 179, la Cour a noté: «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.»

¹⁰ Dans *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 240, par. 25, la Cour a décrit le lien entre le droit des droits de l'homme et le droit applicable dans les conflits armés de la manière suivante: «... la protection offerte par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du Pacte... C'est toutefois ... à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du Pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du Pacte.»

¹¹ Il n'existe pas de définition acceptée du «droit international général». Aux fins des présentes conclusions, cependant, il suffit de définir le terme «général» par rapport à sa contrepartie logique, le terme «spécial». Dans la pratique, les juristes sont généralement en mesure de faire cette distinction en se référant au contexte dans lequel elle apparaît.

¹² Dans l'affaire *Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Irlande c. Royaume-Uni)* (Sentence finale du 2 juillet 2003), *ILR*, vol. 126 (2005), p. 364, par. 84, le tribunal arbitral a observé que: «même en ce cas, [le tribunal] doit suivre les règles pertinentes de *jus cogens* avec lesquelles la *lex specialis* des parties peut être incompatible».

l'emporterait, auquel cas la présomption de la *lex specialis* ne pourrait pas s'appliquer, notamment le point de savoir:

- Si l'on peut déduire la primauté du droit général de la forme ou de la nature de celui-ci ou de l'intention des parties, selon le cas;
- Si l'application du droit spécial risquerait de vider de sa substance le *but* du droit général;
- Si des tiers bénéficiaires risqueraient de pâtir du droit spécial; et
- Si le droit spécial risquerait de porter atteinte à l'équilibre des droits et obligations établi dans le droit général.

3. Régimes spéciaux (autonomes)

11) *Les régimes spéciaux («autonomes») en tant que lex specialis.* Un groupe de règles et de principes intéressant une matière particulière peut former un régime spécial («régime autonome») et être applicable en tant que *lex specialis*. Ces régimes spéciaux sont souvent dotés d'institutions qui leur sont propres pour administrer les règles pertinentes.

12) On peut distinguer trois types de régimes spéciaux:

- Parfois, la violation d'un groupe particulier de règles (primaires) entraîne la mise en œuvre d'un ensemble particulier de règles (secondaires) concernant la violation et les réactions à cette violation. Tel est le cas principal visé à l'article 55 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État¹³.

¹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), par. 76. Dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, C.I.J. Recueil 1980, p. 40, par. 86, la Cour a dit: «Bref, les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus.»

- Parfois, cependant, un régime spécial est formé d'un ensemble de règles spéciales, y compris de droits et d'obligations, relatives à une matière particulière. Ces règles peuvent intéresser une région géographique (comme par exemple un traité relatif à la protection d'une certaine rivière) ou une question de fond (par exemple un traité réglementant les utilisations d'une arme particulière). Un tel régime spécial peut découler d'un traité unique, de plusieurs traités, ou d'un ou de plusieurs traités suivis d'une évolution non conventionnelle (pratique ultérieure ou droit coutumier)¹⁴.
- Enfin, il peut arriver que toutes les règles et tous les principes qui régissent une certaine matière soient rassemblés pour former un «régime spécial». Des expressions telles que «droit de la mer», «droit humanitaire», «droit des droits de l'homme», «droit de l'environnement» et «droit commercial», etc., désignent certains de ces régimes. Aux fins d'interprétation, de tels régimes peuvent souvent être considérés comme un tout.

13) *Effet du «caractère spécial» d'un régime.* L'importance d'un régime spécial réside souvent dans la façon dont ses normes expriment un objet et un but uniques. Ainsi, leur interprétation et leur application devraient, dans la mesure du possible, traduire cet objet et ce but.

14) *La relation entre les régimes spéciaux et le droit international général.* Un régime spécial peut déroger au droit général dans les mêmes conditions que la *lex specialis* de manière générale (voir les conclusions 8 et 10 *supra*).

15) *Le rôle du droit général dans les régimes spéciaux: combler les lacunes.* Le champ d'application du droit spécial est par définition plus étroit que celui du droit général.

¹⁴ Voir affaire du *Vapeur Wimbledon*, C.P.J.I., série A, n° 1 (1923), p. 23 et 24, où la Cour a observé: «[les règles concernant le Canal de Kiel dans le Traité de Versailles de 1919] diffèrent sur plus d'un point de celles auxquelles d'autres voies navigables intérieures de l'Empire [germanique] sont assujetties ... l'accès du Canal de Kiel est ouvert aux navires de guerre et au transit de toutes les nations qui sont en paix avec l'Empire, tandis que le libre accès des autres voies navigables de l'Allemagne ... est réservé aux seules puissances alliées et associées ... les stipulations du Traité de Versailles relatives au Canal de Kiel se suffisent donc à elles-mêmes».

Il arrivera donc souvent qu'une question non régie par un droit spécial se pose au sein des institutions chargées de l'administrer. Dans de tels cas, le droit général pertinent sera applicable¹⁵.

16) *Le rôle du droit général dans les régimes spéciaux: l'échec des régimes spéciaux.*

Les régimes spéciaux ou les institutions qu'ils créent peuvent échouer. On pourrait conclure à un échec lorsque l'on ne peut raisonnablement compter que le droit spécial remplira convenablement les objectifs pour lesquels il a été adopté. Cet échec pourrait se manifester, entre autres, par la non-réalisation par les institutions du régime des buts qui leur ont été fixés, le non-respect persistant par une ou plusieurs parties, la désuétude, le retrait de parties dont le rôle est déterminant pour le régime. Mais c'est avant tout par une interprétation de ses instruments constitutifs que l'on doit déterminer si un régime a «échoué» en ce sens. En cas d'échec, le droit général pertinent devient applicable.

¹⁵ Ainsi, dans l'affaire *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, décision du 12 décembre 2001 (recevabilité), *CEDH*, 2001-XII, p. 351, par. 57, la Cour européenne des droits de l'homme a analysé les relations entre la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le droit international général en ces termes: «la Cour rappelle que les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter ni s'appliquer dans le vide. Elle doit aussi prendre en considération toute règle de droit international éventuellement pertinente lorsqu'elle examine les questions liées à sa propre compétence et, donc, déterminer la responsabilité de l'État selon les principes de droit international en vigueur, même si elle doit garder à l'esprit que la Convention présente ce caractère particulier d'être un traité relatif aux droits de l'homme. La Convention devrait être interprétée dans toute la mesure possible en harmonie avec les autres principes du droit international, droit dont elle fait partie.»

De même, dans *Corée – Mesures affectant les marchés publics* (19 janvier 2000), WT/DS163/R, par. 7.96, l'Organe d'appel de l'OMC a constaté la relation existant entre les Accords visés de l'OMC et le droit international général comme suit: «Nous notons que l'article 3.2 du Mémorandum d'accord exige que nous cherchions, dans le contexte d'un différend particulier, à clarifier les dispositions existantes des Accords de l'OMC, conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Cependant, le lien entre les Accords de l'OMC et le droit international coutumier est plus large que cela. Le droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application. En d'autres termes, dans la mesure où il n'y a pas de conflit, ni d'incompatibilité, ni d'expression dans un accord visé de l'OMC donnant à entendre qu'il en va autrement, nous estimons que les règles coutumières du droit international s'appliquent aux traités de l'OMC et au processus d'élaboration des traités à l'OMC.»

4. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

17) *L'intégration systémique.* Le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités offre dans le cadre de cette Convention un moyen d'appliquer les relations d'interprétation (visées à la conclusion 2 *supra*). L'interprète d'un traité doit tenir compte de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». Cet article exprime l'objectif d'«intégration systémique» selon lequel, quelle que soit leur matière, les traités sont une création du système juridique international et leur application est fondée sur ce fait.

18) *L'interprétation en tant qu'intégration dans le système.* L'intégration systémique régit toute l'interprétation des traités, dont les autres aspects pertinents sont énoncés dans les autres paragraphes des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ces paragraphes décrivent un processus de raisonnement juridique dans lequel des éléments particuliers auront plus ou moins de pertinence selon la nature des dispositions conventionnelles dans le contexte de l'interprétation. Dans de nombreux cas, la question de l'interprétation pourra être résolue dans le cadre du traité lui-même. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 traite du cas dans lequel des sources matérielles extérieures au traité sont pertinentes pour son interprétation. Ces sources peuvent être notamment d'autres traités, des règles coutumières ou des principes généraux de droit¹⁶.

¹⁶ Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)* (fond), *C.I.J. Recueil 2003*, par. 41, la Cour a parlé des relations entre un traité bilatéral et le droit international général en se référant au paragraphe 3 c) de l'article 31, comme suit: «En outre, conformément aux règles générales d'interprétation des traités telles qu'elles ont trouvé leur expression dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation doit tenir compte “de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties” (par. 3 c) de l'article 31). La Cour ne saurait admettre que l'alinéa d du paragraphe 1 de l'article XX du Traité de 1955 ait été conçu comme devant s'appliquer de manière totalement indépendante des règles pertinentes du droit international... L'application des règles pertinentes du droit international relatif à cette question fait donc partie intégrante de la tâche d'interprétation confiée à la Cour par ... le Traité de 1955.».

19) *L'application de l'intégration systémique.* Si un traité fonctionne dans le contexte d'autres accords, l'objectif de l'intégration systémique s'appliquera en tant que présomption, avec des aspects à la fois positifs et négatifs:

a) Les parties sont réputées se reporter au droit international coutumier et aux principes généraux de droit pour toutes les questions que le traité ne résout pas lui-même en termes exprès¹⁷;

b) Lorsqu'elles contractent des obligations conventionnelles, les parties n'entendent pas agir de manière non conforme aux principes généralement reconnus du droit international¹⁸.

Bien entendu, si tout autre résultat se dégage de l'application des méthodes ordinaires d'interprétation des traités, il convient de lui donner effet, à moins que les principes pertinents ne fassent partie du *jus cogens*.

20) *L'application du droit coutumier et des principes généraux de droit.* Le droit international coutumier et les principes généraux de droit revêtent une importance particulière pour l'interprétation d'un traité en vertu du paragraphe 3 c) de l'article 31, surtout lorsque:

a) La règle conventionnelle est obscure ou ambiguë;

b) Les termes utilisés dans le traité ont un sens reconnu en droit international coutumier ou selon les principes généraux de droit;

¹⁷ Affaire *Georges Pinson* (France/États-Unis du Mexique), sentence rendue le 13 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 422. Il a été noté que les parties sont réputées se référer aux principes généraux du droit international pour ce qui concerne les questions que le traité ne résout pas lui-même en termes exprès ou autrement.

¹⁸ Dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)* (Exceptions préliminaires), *C.I.J. Recueil 1957*, p. 142, la Cour a déclaré: «C'est une règle d'interprétation qu'un texte émanant d'un Gouvernement doit, en principe, être interprété comme produisant et étant destiné à produire des effets conformes et non pas contraires au droit existant.»

c) Le traité est muet sur le droit applicable et l'interprète doit, appliquant la présomption de la conclusion 19 a) *supra*, rechercher des règles développées dans une autre partie du droit international pour trancher la question.

21) *L'application d'autres règles conventionnelles.* Le paragraphe 3 c) de l'article 31 fait aussi obligation à l'interprète d'examiner d'autres règles fondées sur des traités pour parvenir à un sens cohérent. Ces autres règles sont d'une importance particulière lorsque les parties au traité faisant l'objet de l'interprétation sont aussi parties à l'autre traité, lorsque la règle conventionnelle est passée dans le droit international coutumier ou exprime le droit international coutumier, ou lorsque ces règles établissent l'interprétation commune que font les parties de l'objet et du but du traité à interpréter ou du sens d'un terme particulier.

22) *L'intertemporalité.* Le droit international est un système juridique dynamique. Un traité peut indiquer si, en appliquant le paragraphe 3 c) de l'article 31, l'interprète ne devrait se référer qu'aux règles de droit international en vigueur au moment de la conclusion du traité ou s'il peut aussi tenir compte des modifications ultérieures du droit. En outre, le sens d'une disposition conventionnelle peut aussi être affecté par des évolutions ultérieures, notamment si celles-ci se produisent dans le droit coutumier et les principes généraux de droit¹⁹.

23) *Notions ouvertes ou évolutives.* Les règles de droit international postérieures au traité faisant l'objet de l'interprétation peuvent être prises en considération surtout lorsque les notions utilisées dans le traité sont ouvertes ou évolutives. C'est le cas, en particulier, lorsque: a) la notion est de celles qui obligent à tenir compte des évolutions techniques,

¹⁹ La règle traditionnelle a été fixée par l'arbitre Max Huber dans l'*Affaire de l'île de Palmas (États-Unis d'Amérique/Pays-Bas)*, sentence rendue le 4 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 845 dans le contexte de réclamations territoriales: «... un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque de ce fait, et non du droit en vigueur au moment où surgit ou doit être réglé un différend relatif à ce fait... Le même principe qui soumet un acte créateur de droit au droit en vigueur au moment où naît le droit exige que l'existence de ce droit, en d'autres termes sa manifestation continue, suive les conditions requises par l'évolution du droit».

économiques ou juridiques ultérieures²⁰; b) la notion énonce une obligation de poursuite du développement progressif incombant aux parties; ou c) la notion est de caractère très général ou exprimée en des termes tellement généraux qu'elle doit tenir compte d'un changement de circonstances²¹.

²⁰ Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 67 et 68, par. 112, la Cour a fait observer ce qui suit: «En insérant dans le traité ces dispositions évolutives, les parties ont reconnu la nécessité d'adapter éventuellement le projet. En conséquence, le traité n'est pas un instrument figé et est susceptible de s'adapter à de nouvelles normes du droit international. Au moyen des articles 15 et 19, de nouvelles normes en matière d'environnement peuvent être incorporées dans le plan contractuel conjoint.»

Dans l'*Arbitrage concernant la ligne de chemin de fer Rhin d'acier (IJZEREN RIJN)* (*Belgique c. Pays-Bas*), sentence rendue le 24 mai 2005, il n'était pas question d'une notion ou d'un terme générique mais d'un progrès technique quant au fonctionnement et à la capacité d'une ligne de chemin de fer. On a eu recours à une interprétation évolutive pour garantir l'application effective de l'objet et du but du traité. Le tribunal arbitral a constaté aux paragraphes 82 et 83: «L'objet et le but du Traité de séparation de 1839 étaient de résoudre les nombreux et difficiles problèmes qui compromettaient une séparation stable de la Belgique et des Pays-Bas: ceux de l'article XII étaient d'établir une liaison de transport entre la Belgique et l'Allemagne, le long d'un itinéraire fixé par le Traité de délimitation de 1842. L'objet du traité n'était pas fixé pour une durée limitée et son but était d'établir des "communications commerciales". Il s'ensuit nécessairement, même en l'absence de libellé spécifique, que les travaux allant au-delà de la réparation d'anciennes installations qui peuvent s'avérer nécessaires ou souhaitables de temps à autre pour assurer la viabilité commerciale contemporaine resteraient un élément concomitant du droit de transit que la Belgique pourrait demander. Cela étant, la totalité de l'article XII, avec son soigneux équilibre des droits et obligations des Parties, demeure en principe applicable à l'adaptation et à la modernisation demandées par la Belgique» (texte de la sentence (en anglais) consultable à l'adresse <http://www.pca-cpa.org> (dernière visite le 14 juillet 2006)).

²¹ Voir *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 31, par. 53. La Cour a dit que la notion de «mission sacrée de civilisation» était par définition évolutive. «On doit donc admettre que les parties au Pacte [l']ont accepté[e] comme tel[le]. C'est pourquoi, quand elle envisage les institutions de 1919, la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu.»

Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 67, par. 112, la Cour a noté ce qui suit: «[L]a Cour tient à relever que de nouvelles normes du droit de l'environnement, récemment apparues, sont pertinentes pour

5. Conflits entre normes successives

24) *Lex posterior derogat legi priori*. Selon l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, lorsque toutes les parties à un traité sont également parties à un traité antérieur sur le même sujet, et que ce dernier n'a pas pris fin ou que son application n'a pas été suspendue, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. Il s'agit là d'une expression du principe selon lequel «le droit postérieur prime le droit antérieur».

25) *Limites du principe de la «lex posterior»*. Le principe de la *lex posterior* est toutefois d'application limitée. Il ne peut par exemple s'appliquer automatiquement au cas dans lequel les parties au traité postérieur ne sont pas les mêmes que les parties au traité antérieur. En pareil cas, comme le prévoit le paragraphe 4 de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'État qui est partie à deux traités incompatibles a des obligations à l'égard des parties aux deux traités séparément. S'il ne peut remplir les obligations qui lui incombent en vertu des deux traités, il risque d'être responsable de la violation de l'un d'eux, sauf si les parties concernées en décident autrement. Dans ce cas, l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités peut lui aussi devenir applicable. Il est impossible de répondre par une règle générale à la question de savoir lequel des traités incompatibles devrait être appliqué et laquelle des violations de l'un ou l'autre traité devrait entraîner la responsabilité de l'État²². Les conclusions 26 et 27 ci-après exposent les considérations qui pourraient alors être prises en compte.

l'exécution du traité et que les parties pouvaient, d'un commun accord, en tenir compte en appliquant les articles ... du traité. Ces articles ne contiennent pas d'obligations spécifiques de faire, mais ils imposent aux parties, en s'acquittant de leurs obligations de veiller à ce que la qualité des eaux du Danube ne soit pas compromise et à ce que la protection de la nature soit assurée, de tenir compte des nouvelles normes en matière d'environnement lorsque ces parties conviennent des moyens à préciser dans le plan contractuel conjoint».

²² La jurisprudence sur les conflits entre normes successives n'est pas abondante. Toutefois un cas de conflit entre traités s'est présenté dans l'affaire *Slivenko et autres c. Lettonie* (décision sur la recevabilité du 23 janvier 2002), CEDH, 2002-II, p. 14, par. 60 et 61, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'un traité bilatéral antérieur entre la Lettonie et la Russie ne pouvait pas être invoqué pour limiter l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: «Il découle du texte de l'article 57 1) de la Convention [européenne des droits de l'homme], combiné avec l'article 1,

26) *La distinction entre les dispositions conventionnelles qui relèvent du même «régime» et les dispositions qui relèvent de «régimes» différents.* Le principe de la *lex posterior* est le plus solide lorsqu'il concerne des dispositions contradictoires ou faisant double emploi de traités institutionnellement liés ou dont l'objet est de promouvoir des objectifs similaires (c'est-à-dire relevant du même régime). En cas de conflit ou de chevauchement entre des traités relevant de différents régimes, la question de savoir lequel est postérieur n'implique pas nécessairement une présomption de priorité de l'un sur l'autre. Les États liés par les obligations conventionnelles devraient plutôt essayer de les exécuter autant que possible dans une optique d'accommodation mutuelle et conformément au principe de l'harmonisation. Il ne saurait cependant être question de porter atteinte aux droits substantiels des parties au traité ou des tiers bénéficiaires.

27) *Types particuliers de traités ou de dispositions conventionnelles.* La présomption de la *lex posterior* ne peut pas s'appliquer lorsque les parties ont eu l'intention de l'exclure, ce qui peut être déduit de la nature des dispositions ou des instruments pertinents, ou de leur objet et de leur but. Les limitations applicables dans le cas de la présomption de la *lex specialis* énoncées dans la conclusion 10 peuvent aussi s'appliquer dans le cas de la *lex posterior*.

28) *Le règlement des différends à l'intérieur d'un régime ou d'un régime à l'autre.* Les conflits entre États concernant des dispositions conventionnelles contradictoires devraient normalement être réglés par la négociation entre les parties aux traités pertinents. Toutefois, lorsque aucune solution négociée n'est possible, il faudrait avoir recours, le cas échéant, à d'autres mécanismes de règlement des différends. Lorsque le conflit concerne des dispositions relevant d'un seul régime (tel que défini dans la conclusion 26 ci-dessus), il peut être approprié de le régler dans le cadre du mécanisme propre à ce régime. Cependant, lorsque le conflit concerne des dispositions de traités qui ne relèvent pas du même régime, il faudrait prêter une attention particulière à l'indépendance des moyens de règlement choisis.

que la ratification de la Convention par un État donné suppose que toute loi alors en vigueur sur son territoire soit conciliable avec la Convention... La Cour estime que les mêmes principes doivent s'appliquer à l'égard de toute disposition d'un traité qu'un État contractant a conclu avant de ratifier la Convention et qui risque de ne pas cadrer avec certaines de ses dispositions.»

29) *Accords inter se*. Le cas des accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (accords *inter se*) est couvert par l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. De tels accords sont une méthode souvent utilisée pour rendre plus efficace l'application du traité originel entre un nombre limité de parties à celui-ci qui sont désireuses de prendre des mesures plus concrètes ou plus ambitieuses pour réaliser l'objet et le but du traité. Des accords *inter se* peuvent être conclus si cela est prévu ou n'est pas expressément interdit par le traité originel et si l'accord «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» (art. 41 1) b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

30) *Clauses de conflit*. Lorsque des États adhèrent à des traités susceptibles d'être en conflit avec d'autres traités, ils devraient viser à régler les relations entre ces traités en adoptant des clauses de conflit appropriées. Au moment d'adopter de telles clauses, il convient d'avoir à l'esprit:

- a) Qu'elles ne sauraient porter atteinte aux droits de tiers;
- b) Qu'elles devraient être aussi claires et précises que possible. En particulier, elles devraient viser des dispositions spécifiques du traité et ne pas en compromettre l'objet et le but;
- c) Qu'elles devraient, selon le cas, être liées à des moyens de règlement des différends.

6. La hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies

31) *Les rapports hiérarchiques entre les normes de droit international*. Les principales sources du droit international (traités, coutume, principes généraux de droit tels qu'ils sont énoncés à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice) ne sont pas *inter se*

soumises à des relations hiérarchiques²³. Il n'est pas d'une manière générale approprié de raisonner par analogie avec le caractère hiérarchique du système juridique interne en raison des différences entre les deux systèmes. Cela étant, certaines règles de droit international sont plus importantes que d'autres, ce qui leur confère une position supérieure ou un statut spécial dans le système juridique international. C'est ce que l'on exprime parfois en désignant certaines normes comme «fondamentales» ou comme l'expression de «considérations élémentaires d'humanité»²⁴ ou de «principes intransgressibles du droit international»²⁵. L'effet que peuvent avoir de telles désignations est habituellement déterminé par le contexte ou l'instrument précis dans lequel la désignation apparaît.

32) *Les rapports hiérarchiques reconnus en fonction de la teneur des règles quant au fond: jus cogens*. Une règle de droit international peut être supérieure à d'autres règles du fait de l'importance de son contenu ainsi que de l'acceptation universelle de sa supériorité. Tel est le cas des normes impératives du droit international (*jus cogens*, art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), c'est-à-dire de toute norme «acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise»²⁶.

33) *Le contenu du jus cogens*. Les exemples les plus fréquemment cités de normes de *jus cogens* sont l'interdiction de l'agression, de l'esclavage et de la traite des esclaves, du génocide, de la discrimination raciale, de l'apartheid et de la torture, ainsi que les règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés,

²³ En outre, l'alinéa d de l'article 38 mentionne «des décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit».

²⁴ Affaire du *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

²⁵ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, par. 79.

²⁶ Art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités: «Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.».

et le droit à l'autodétermination²⁷. D'autres règles peuvent également avoir le caractère de *jus cogens* dans la mesure où elles sont acceptées et reconnues par la communauté internationale des États comme des normes auxquelles aucune dérogation n'est permise.

34) *Les rapports hiérarchiques reconnus en vertu d'une disposition conventionnelle: Article 103 de la Charte des Nations Unies.* Une règle de droit international peut être également supérieure à d'autres en vertu d'une disposition conventionnelle. Ainsi, l'Article 103 de la Charte des Nations Unies dispose: «En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la [...] Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront.».

35) *Le champ d'application de l'Article 103 de la Charte.* L'Article 103 s'applique non seulement aux articles de la Charte mais aussi aux décisions contraignantes prises par des organes de l'ONU comme le Conseil de sécurité²⁸. Vu le caractère de certaines dispositions de la Charte, la nature constitutionnelle de la Charte et la pratique établie des États et des organes de l'ONU, les obligations résultant de la Charte peuvent aussi prévaloir sur le droit international coutumier en cas de divergence.

36) *Le statut de la Charte des Nations Unies.* Il est également reconnu que la Charte des Nations Unies elle-même jouit d'un statut spécial en raison de la nature fondamentale de certaines de ses normes, en particulier ses buts et principes, et de son acceptation universelle²⁹.

²⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), commentaire de l'article 40 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, par. 4 à 6. Voir aussi le commentaire de l'article 26, par. 5. Voir également affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda), C.I.J. Recueil 2006, par. 64.*

²⁸ *Affaire relative à des Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique) (Mesures conservatoires), C.I.J. Recueil 1992, par. 42; et affaire relative à des Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni) (Mesures conservatoires), C.I.J. Recueil 1992, par. 39 et 40.*

²⁹ Voir Art. 2, par. 6, de la Charte des Nations Unies.

37) *Les règles spécifiant des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble: obligations erga omnes.* Certaines obligations ont un statut spécial en raison de leur champ d'application universel. Tel est le cas des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire des obligations d'un État envers la communauté internationale dans son ensemble. Ces règles concernent tous les États et tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés³⁰. Tout État peut invoquer la responsabilité de l'État qui viole de telles obligations³¹.

38) *La relation entre les normes de jus cogens et les obligations erga omnes.* Il est reconnu que si toutes les obligations établies par des normes de *jus cogens*, comme il est indiqué dans la conclusion 33 ci-dessus, ont également le caractère d'obligation *erga omnes*, l'inverse n'est pas nécessairement vrai³². Toutes les obligations *erga omnes*

³⁰ Selon les termes de la Cour internationale de Justice: «Une distinction essentielle doit ... être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase)* C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33. Ou, conformément à la définition donnée par l'Institut de droit international, une obligation *erga omnes* est: «... une obligation relevant du droit international général à laquelle un État est tenu en toutes circonstances envers la communauté internationale, en raison de ses valeurs communes et de son intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous les États à réagir»; Institut de droit international, «Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international», Session de Cracovie, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), art. 1^{er}.

³¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, projets d'articles sur la responsabilité de l'État, art. 48, par. 1 b).

³² Selon la Cour internationale de Justice: «Ces obligations découlent, par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général ... d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel.». Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase)*, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 34. Voir aussi affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29. Voir aussi *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*. Avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, par. 155 et 159 (incluant, en tant qu'obligations *erga omnes*, «certaines des obligations ... en vertu du droit international humanitaire» ainsi que le respect du droit à l'autodétermination).

ne sont pas établies par des normes impératives du droit international général. Tel est le cas, par exemple, de certaines obligations découlant «des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine»³³, ainsi que certaines obligations relatives à l'indivis mondial³⁴.

39) *Les différentes approches du concept d'obligations erga omnes.* Le concept d'obligations *erga omnes* a aussi été employé pour viser des obligations relevant d'un traité multilatéral auxquelles un État partie à ce traité est tenu envers tous les autres États parties au traité (obligations *erga omnes partes*)³⁵ ou envers des États qui n'y sont pas parties, en tant que tierces parties bénéficiaires. En outre, des questions de statut territorial ont été fréquemment qualifiées par l'expression *erga omnes*, visant leur opposabilité à tous les États³⁶. Ainsi, il a été dit que les traités territoriaux et de frontières représenteraient une

Pour l'interdiction de la torture en tant qu'obligation *erga omnes*, voir *Le Procureur c. Anto Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998, affaire n° IT-95-17/1, Chambre de première instance II, *ILR*, vol. 121 (2002), p. 260, par. 151, et, pour le génocide, voir affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 595, par. 31, et affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, *C.I.J. Recueil 2006*, par. 64.

³³ Affaire de la *Barcelona Traction*, *ibid.* Cela viserait notamment l'article premier commun de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, et la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, toutes du 12 août 1949.

³⁴ Les obligations sont illustrées par l'article premier du Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 610, p. 205, et par l'article 136 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 396.

³⁵ Institut de droit international, «Les obligations *erga omnes* en droit international», Session de Cracovie, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), art. 1 b).

³⁶ «Selon moi, lorsque existe un titre à une zone de juridiction maritime – qu'il s'agisse d'un plateau continental ou (*arguendo*) d'une zone de pêche – ce titre existe *erga omnes*, c'est-à-dire est opposable en droit international à tous les États», opinion individuelle de M. Oda, Vice-Président, affaire relative à la *Frontière maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 100, par. 40. Voir de même l'opinion individuelle de M. De Castro, dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les*

réalité juridique touchant nécessairement des États tiers, parce qu'ils ont un effet *erga omnes*³⁷.

40) *La relation entre le jus cogens et les obligations découlant de la Charte des Nations Unies.* La Charte des Nations Unies ayant été universellement acceptée par les États, il est difficile d'envisager un conflit entre les normes de *jus cogens* et les obligations résultant de la Charte. En tout état de cause, aux termes de l'Article 24, paragraphe 2, de la Charte, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies, lesquels comprennent des normes qui ont été par la suite traitées comme relevant du *jus cogens*.

41) *Le fonctionnement et l'effet des normes de jus cogens et de l'Article 103 de la Charte.*

a) Toute règle en conflit avec une norme de *jus cogens* devient nulle *ipso facto*;

b) Toute règle en conflit avec l'Article 103 de la Charte des Nations Unies devient inapplicable par suite de ce conflit et dans la mesure de celui-ci.

42) *La hiérarchie des normes et le principe de l'harmonisation.* Les conflits entre les règles de droit international devraient être réglés conformément au principe de l'harmonisation, tel qu'il est énoncé dans la conclusion 4 ci-dessus. En cas de conflit entre l'une des normes hiérarchiquement supérieures visées dans la présente section et une autre norme de droit international, cette dernière devrait, dans la mesure du possible, être interprétée d'une manière compatible avec la première. En cas d'impossibilité, la norme supérieure prévaut.

États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 177: «... parce que le statut, comme les jura in re – avec lesquels on le confond –, a une efficacité inter omnes ou erga omnes». Voir aussi l'opinion dissidente de M. Skubiszewski dans l'affaire relative au Timor oriental (Portugal c. Australie), C.I.J. Recueil 1995, p. 248, par. 78 et 79.

³⁷ *Government of the State of Eritrea v. The Government of the Republic of Yemen (Phase one: Territorial sovereignty and scope of the dispute)*, tribunal arbitral, 9 octobre 1998, *ILR*, vol. 114 (1999), p. 48, par. 153.



United Nations

Report of the International Law Commission

Fifty-eighth session

(1 May-9 June and 3 July-11 August 2006)

General Assembly

Official Records

Sixty-first session

Supplement No. 10 (A/61/10)

CHAPTER XII

FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW: DIFFICULTIES ARISING FROM THE DIVERSIFICATION AND EXPANSION OF INTERNATIONAL LAW

A. Introduction

233. The Commission, at its fifty-fourth session (2002), decided to include the topic “Risks ensuing from fragmentation of international law” in its programme of work;¹⁰⁰⁴ it established a Study Group and subsequently decided to change the title of the topic to “Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law”.¹⁰⁰⁵ The Commission also agreed on a number of recommendations, including on five studies to be undertaken,¹⁰⁰⁶ commencing with a study by the Chairman of the Study Group on the question of “The function and scope of the *lex specialis* rule and the question of ‘self-contained regimes’”.

234. From the fifty-fifth (2003) to the fifty-seventh (2005) sessions of the Commission, the Study Group was successively reconstituted under the chairmanship of Mr. Martti Koskenniemi and carried out several tasks. In 2003, it set a tentative schedule for work to be carried out for the remainder of the quinquennium (2003-2006), distributed among its members work on the other studies agreed upon in 2002, and decided upon the methodology to be adopted for that work.¹⁰⁰⁷ In 2004, the Study Group held discussions on the study by its Chairman on the “Function and scope of the *lex specialis* rule and the question of ‘self-contained regimes’”, as well as discussions on the outlines prepared in respect of the other remaining studies.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁴ The topic was included on the Commission’s long-term of work at its fifty-second session (2000) following its consideration of a feasibility study, G. Hafner, “Risks Ensuing from Fragmentation of International Law”, *Ibid.*, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/55/10), annex and para. 729.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, Fifty-seventh Session, Supplement No. 10 (A/57/10), paras. 492-494.

¹⁰⁰⁶ (a) “The function and scope of the *lex specialis* rule and the question of ‘self-contained regimes’”; (b) the interpretation of treaties in the light of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” (article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties), in the context of general developments in international law and concerns of the international community; (c) the application of successive treaties relating to the same subject matter (article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties); (d) the modification of multilateral treaties between certain of the parties only (article 41 of the Vienna Convention on the Law of Treaties); and (e) hierarchy in international law: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 of the Charter of the United Nations, as conflict rules.

¹⁰⁰⁷ *Official Records of the General Assembly, Fifty-eighth Session, Supplement No. 10 (A/58/10)*, paras. 415-435.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, Fifty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/59/10), paras. 303-358.

In 2005, the Study Group held discussions on (a) a memorandum on regionalism in the context of the study on “the function and scope of the *lex specialis* rule and the question of self-contained regimes”; (b) a study on the interpretation of treaties in the light of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” (article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties), in the context of general developments in international law and concerns of the international community; (c) a study on the application of successive treaties relating to the same subject matter (article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties); (d) a study on the modification of multilateral treaties between certain of the parties only (article 41 of the Vienna Convention on the Law of Treaties); and (e) a study on hierarchy in international law: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 of the Charter of the United Nations, as conflict rules. It also held discussion on an informal paper on the “Disconnection Clause”.¹⁰⁰⁹

235. The Study Group decided to approach the various studies by focusing on the substantive aspects of fragmentation in the light of the Vienna Convention on the Law of Treaties, while leaving aside institutional considerations pertaining to fragmentation. It sought to attain an outcome that would be concrete and of practical value especially for legal experts in foreign offices and international organizations. Accordingly, it decided to prepare, as the substantive outcome of its work: (a) a relatively large analytical study on the question of fragmentation, composed on the basis of the individual outlines and studies submitted by individual members of the Study Group during 2003-2005 and discussed in the Group and (b) a single collective document containing a set of conclusions emerging from the studies and the discussions in the Study Group. The latter was to be a concrete, practice-oriented set of brief statements that would serve, on the one hand, as the summary and conclusions of the Study Group’s work and, on the other hand, as a set of practical guidelines to help thinking about and dealing with the issue of fragmentation in legal practice.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, Sixtieth Session, Supplement No. 10 (A/60/10), paras. 449-493.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, paras. 447-448. See also *ibid.*, Fifty-seventh Session, Supplement No. 10 (A/57/10), chap. IX; *ibid.*, Fifty-eighth Session, Supplement No. 10 (A/58/10), paras. 416-418; *ibid.*, Fifty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/59/10), paras. 301-302.

236. At its 2859th, 2860th and 2864th meetings, on 28 and 29 July and on 3 August 2005, the Commission held an exchange of views on the topic on the basis of a briefing by the Chairman of the Study Group on the status of work of the Study Group.

B. Consideration of the topic at the present session

237. At the current session, the Study Group was reconstituted and it held 10 meetings on 17 and 26 May, on 6 June, on 4, 11, 12, 13 and 17 July 2006. The Study Group had before it a study finalized by the Chairman of the Study Group, Mr. Martti Koskenniemi, as well as a set of draft conclusions based on that study. The former document summarized and analysed the phenomenon of fragmentation on the basis of the studies prepared by the various members of the Study Group and taking into account the comments made by members of the Study Group (A/CN.4/L.682 and Corr.1). The latter document incorporated the draft conclusions of the Study Group's work between 2002 and 2005, as well as additional draft conclusions (A/CN.4/L.682/Add.1) and a section on background. The substantive work of the Study Group during the present session was focused on finalizing these conclusions. At its meeting on 17 July 2006, the Study Group completed its work and adopted its report containing 42 conclusions (see, sect. D.II, below). The Study Group stressed the importance of the collective nature of its conclusions. It also emphasized that these conclusions had to be read in connection with the analytical study, finalized by the Chairman, on which they are based.

238. At the 2901st and 2902nd meetings of the Commission, on 27 and 28 July 2006, the Chairman of the Study Group introduced the report of the Study Group.

239. At its 2902nd, 2911th and 2912th meetings, on 28 July, 9 and 10 August 2006, the Commission considered the report of the Study Group (sect. D, below). A proposal by a member to make a distinction between positive and negative fragmentation was not endorsed by the Commission. After an exchange of views, the Commission at its 2902nd meeting decided to take note of the conclusions of the Study Group (sect. D.II, below), and at its 2912th meeting commended them to the attention of the General Assembly. At its 2911th meeting, the Commission requested that, in accordance with the usual practice, the analytical study finalized by the Chairman of the Study Group be made available on the website of the Commission and also be published in its Yearbook.

C. Tribute to the Study Group and its Chairman

240. At its 2911th meeting, on 9 August 2006, the Commission adopted the following resolution by acclamation:

“The International Law Commission,

Having taken note of report and the conclusions of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of International Law,

Expresses to the Study Group and its Chairman, Mr. Martti Koskenniemi, its deep appreciation and warm congratulations for the outstanding contribution made in the preparation of the report on fragmentation of international law and for the results achieved in the elaboration conclusions, as well as the accompanying study on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of International Law finalized by the Chairman.”

D. Report of the Study Group

I. Background

241. In the past half-century, the scope of international law has increased dramatically. From a tool dedicated to the regulation of formal diplomacy, it has expanded to deal with the most varied kinds of international activity, from trade to environmental protection, from human rights to scientific and technological cooperation. New multilateral institutions, regional and universal, have been set up in the fields of commerce, culture, security, development and so on. It is difficult to imagine today a sphere of social activity that would not be subject to some type of international legal regulation.

242. However, this expansion has taken place in an uncoordinated fashion, within specific regional or functional groups of States. Focus has been on solving specific problems rather than attaining general, law-like regulation. This reflects what sociologists have called “functional differentiation”, the increasing specialization of parts of society and the related autonomization of those parts. It is a well-known paradox of globalization that while it has led to increasing uniformization of social life around the world, it has also led to its increasing fragmentation - that is, to the emergence of specialized and relatively autonomous spheres of social action and structure.

243. The fragmentation of the international social world receives legal significance as it has been accompanied by the emergence of specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice. What once appeared to be governed by “general international law” has become the field of operation for such specialist systems as “trade law”, “human rights law”, “environmental law”, “law of the sea”, “European law” and even such highly specialized forms of knowledge as “investment law” or “international refugee law”, etc. - each possessing their own principles and institutions.

244. While the reality and importance of fragmentation cannot be doubted, assessments of the phenomenon have varied. Some commentators have been highly critical of what they have seen as the erosion of general international law, emergence of conflicting jurisprudence, forum-shopping and loss of legal security. Others have seen here a predominantly technical problem that has emerged naturally with the increase of international legal activity and may be controlled by the use of technical streamlining and coordination.¹⁰¹¹ It is in order to assess the significance of the problem of fragmentation and, possibly, to suggest ways and means of dealing with it, that the Commission in 2002 established the Study Group to deal with the matter.

245. At the outset, the Commission recognized that fragmentation raises both institutional and substantive problems. The former have to do with the jurisdiction and competence of various institutions applying international legal rules and their hierarchical relations *inter se*. The

¹⁰¹¹ “Fragmentation” is a very frequently treated topic of academic writings and conferences today. Out of the various collections that discuss the diversification of the sources of international regulation, see for example Eric Loquin & Catherine Kessedjian (eds.), *La mondialisation du droit* (Paris: Litec, 2000); and Paul Schiff Berman, *The Globalization of International Law* (Aldershot: Ashgate, 2005). The activity of traditional organizations is examined in José Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005). Different perspectives of non-treaty law-making today are also presented in Rüdiger Wolfrum & Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty-making* (Berlin: Springer, 2005) pp. 417-586 and Ronnie Lipschutz & Cathleen Vogel, “Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation”, in R.R. Hall & T.J. Bierstaker, *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) pp. 115-140. See also “Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle”, *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999) pp. 679-993; Andreas Zimmermann & Reiner Hoffmann, with assisting editor Hanna Goeters, *Unity and Diversity of International Law* (Berlin: Duncker & Humblot, 2006); Karel Wellens & Rosario Huesa Vinaixa (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Brussels: Bruylant, 2006 forthcoming). A strong plea for unity is contained in Pierre Marie Dupuy, “L'unité de l'ordre juridique internationale. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours* ..., vol. 297 (2002). For more references, see Martti Koskenniemi & Päivi Leino, “Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002) pp. 553-579.

Commission has decided to leave this question aside. The issue of institutional competencies is best dealt with by the institutions themselves. The Commission has instead wished to focus on the substantive question - the splitting up of the law into highly specialized “boxes” that claim relative autonomy from each other and from the general law. What are the substantive effects of specialization? How should the relationship between such “boxes” be conceived? More concretely, if the rules in two or more regimes conflict, what can be done about such conflicts?

246. Like the majority of academic commentators, the Commission has understood the subject to have both positive and negative sides, as attested to by its reformulation of the title of the topic: “Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law”. On the one hand, fragmentation does create the danger of conflicting and incompatible rules, principles, rule-systems and institutional practices. On the other hand, it reflects the expansion of international legal activity into new fields and the attendant diversification of its objects and techniques. Fragmentation and diversification account for the development and expansion of international law in response to the demands of a pluralistic world. At the same time, it may occasionally create conflicts between rules and regimes in a way that might undermine their effective implementation. Although fragmentation may create problems, they are neither altogether new nor of such nature that they could not be dealt with through techniques international lawyers have used to deal with the normative conflicts that may have arisen in the past.

247. The rationale for the Commission’s treatment of fragmentation is that the emergence of new and special types of law, so-called “self-contained regimes” and geographically or functionally limited treaty-systems, creates problems of coherence in international law. New types of specialized law do not emerge accidentally but seek to respond to new technical and functional requirements. The emergence of “environmental law”, for example, is a response to growing concern over the state of the international environment. “Trade law” develops as an instrument to respond to opportunities created by comparative advantage in international economic relations. “Human rights law” aims to protect the interests of individuals and “international criminal law” gives legal expression to the “fight against impunity”. Each rule-complex or “regime” comes with its own principles, its own form of expertise and its own “ethos”, not necessarily identical to the ethos of neighbouring specialization. “Trade law” and “environmental law”, for example, have highly specific objectives and rely on principles that

may often point in different directions. In order for the new law to be efficient, it often includes new types of treaty clauses or practices that may not be compatible with old general law or the law of some other specialized branch. Very often new rules or regimes develop precisely in order to deviate from what was earlier provided by the general law. When such deviations become general and frequent, the unity of the law suffers.

248. It is quite important to note that such deviations do not emerge as legal-technical “mistakes”. They reflect the differing pursuits and preferences of actors in a pluralistic (global) society. A law that would fail to articulate the experienced differences between the interests or values that appear relevant in particular situations or problem areas would seem altogether unacceptable. But if fragmentation is a “natural” development (indeed, international law was always relatively “fragmented” due to the diversity of national legal systems that participated in it), there have likewise always been countervailing, equally natural processes leading in the opposite direction. For example, general international law has continued to develop through the application of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (VCLT), customary law and “general principles of law recognized by civilized nations”. The fact that a number of treaties reflect rules of general international law, and in turn, certain provisions of treaties enter into the corpus of general international law, is a reflection of the vitality and synergy of the system and the pull for coherence in the law itself.

249. The justification for the Commission’s work on fragmentation has been in the fact that although fragmentation is inevitable, it is desirable to have a framework through which it may be assessed and managed in a legal-professional way. That framework is provided by the VCLT. One aspect that unites practically all of the new regimes (and certainly all of the most important ones) is that they claim binding force from and are understood by the relevant actors to be covered by the law of treaties. This means that the VCLT already provides a unifying frame for these developments. As the organ that once prepared the VCLT, the Commission is in a privileged position to analyse international law’s fragmentation from that perspective.

250. In order to do that, the Commission’s Study Group held it useful to have regard to the wealth of techniques in the traditional law for dealing with tensions or conflicts between

legal rules and principles. What is common to these techniques is that they seek to establish meaningful relationships between such rules and principles so as to determine how they should be used in any particular dispute or conflict. The following conclusions lay out some of the principles that should be taken account of when dealing with actual or potential conflicts between legal rules and principles.

II. Conclusions of the work of the Study Group

251. The conclusions reached in the work of the Study Group are as follows:

1. General

(1) *International law as a legal system.* International law is a legal system. Its rules and principles (i.e. its norms) act in relation to and should be interpreted against the background of other rules and principles. As a legal system, international law is not a random collection of such norms. There are meaningful relationships between them. Norms may thus exist at higher and lower hierarchical levels, their formulation may involve greater or lesser generality and specificity and their validity may date back to earlier or later moments in time.

(2) In applying international law, it is often necessary to determine the precise relationship between two or more rules and principles that are both valid and applicable in respect of a situation.¹⁰¹² For that purpose the relevant relationships fall into two general types:

- *Relationships of interpretation.* This is the case where one norm assists in the interpretation of another. A norm may assist in the interpretation of another norm for example as an application, clarification, updating, or modification of the latter. In such situation, both norms are applied in conjunction.

¹⁰¹² That two norms are *valid* in regard to a situation means that they each cover the facts of which the situation consists. That two norms are *applicable* in a situation means that they have binding force in respect to the legal subjects finding themselves in the relevant situation.

- *Relationships of conflict.* This is the case where two norms that are both valid and applicable point to incompatible decisions so that a choice must be made between them. The basic rules concerning the resolution of normative conflicts are to be found in the VCLT.

(3) *The VCLT.* When seeking to determine the relationship of two or more norms to each other, the norms should be interpreted in accordance with or analogously to the VCLT and especially the provisions in its articles 31-33 having to do with the interpretation of treaties.

(4) *The principle of harmonization.* It is a generally accepted principle that when several norms bear on a single issue they should, to the extent possible, be interpreted so as to give rise to a single set of compatible obligations.

2. The maxim *lex specialis derogat legi generali*

(5) *General principle.* The maxim *lex specialis derogat legi generali* is a generally accepted technique of interpretation and conflict resolution in international law. It suggests that whenever two or more norms deal with the same subject matter, priority should be given to the norm that is more specific. The principle may be applicable in several contexts: between provisions within a single treaty, between provisions within two or more treaties, between a treaty and a non-treaty standard, as well as between two non-treaty standards.¹⁰¹³ The source of the norm (whether treaty, custom or general

¹⁰¹³ For application in relation to provisions within a single treaty, see *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)* ILR vol. 52 (1979) p. 141, paras. 36, 38 and 39; Case C-96/00, *Rudolf Gabriel*, Judgment of 11 July 2002, ECR (2002) I-06367, pp. 6398-6399, paras. 35-36 and p. 6404, para. 59; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, Judgment of 28 May 1993, ECHR Series A (1993) No. 258, p. 57, para. 76; *De Jong, Baljet and van den Brink v. the Netherlands*, Judgment of 22 May 1984, ECHR Series A (1984) No. 77, p. 27, para. 60; *Murray v. the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1994, ECHR Series A (1994) No. 300, p. 37, para. 98 and *Nikolova v. Bulgaria*, Judgment of 25 March 1999, ECHR 1999-II, p. 25, para. 69. For application between different instruments, see *Mavrommatis Palestine Concessions case*, P.C.I.J. Series A, No. 2 (1924) p. 31. For application between a treaty and non-treaty standards, *INA Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-US C.T.R. vol. 8, 1985-I, p. 378. For application between particular and general custom, see *Case concerning the Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Merits)* I.C.J. Reports 1960, p. 6 at p. 44. The Court said: "Where therefore the Court finds a practice clearly established between two States which was accepted by the Parties as governing the relations between them, the Court must attribute decisive effect to that practice for the purpose of determining their specific rights and obligations. Such a particular practice must prevail over any general rules."

principle of law) is not decisive for the determination of the more specific standard. However, in practice treaties often act as *lex specialis* by reference to the relevant customary law and general principles.¹⁰¹⁴

(6) *Contextual appreciation.* The relationship between the *lex specialis* maxim and other norms of interpretation or conflict solution cannot be determined in a general way. Which consideration should be predominant - i.e. whether it is the speciality or the time of emergence of the norm - should be decided contextually.

(7) *Rationale of the principle.* That special law has priority over general law is justified by the fact that such special law, being more concrete, often takes better account of the particular features of the context in which it is to be applied than any applicable general law. Its application may also often create a more equitable result and it may often better reflect the intent of the legal subjects.

(8) *Functions of lex specialis.* Most of international law is dispositive. This means that special law may be used to apply, clarify, update or modify as well as set aside general law.

(9) *The effect of lex specialis on general law.* The application of the special law does not normally extinguish the relevant general law.¹⁰¹⁵ That general law will remain valid and applicable and will, in accordance with the principle of harmonization under conclusion (4) above, continue to give direction for the interpretation and application of the relevant special law and will become fully applicable in situations not provided for by the latter.¹⁰¹⁶

¹⁰¹⁴ In *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits)* I.C.J. Reports 1986, p. 14 at p. 137, para. 274, the Court said: "In general, treaty rules being *lex specialis*, it would not be appropriate that a State should bring a claim based on a customary-law rule if it has by treaty already provided means for settlement of a such a claim."

¹⁰¹⁵ Thus, in the Nicaragua case, *ibid.* p. 14 at p. 95 para. 179 the Court noted: "It will ... be clear that customary international law continues to exist and to apply, separately from international treaty law, even where the two categories of law have an identical content."

¹⁰¹⁶ In the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 240, para. 25, the Court described the relationship between human rights law and the laws of armed conflict in the following way: "... the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of article 4 of the Covenant ... The test of what is an arbitrary deprivation of life,

(10) *Particular types of general law.* Certain types of general law¹⁰¹⁷ may not, however, be derogated from by special law. *Jus cogens* is expressly non-derogable as set out in conclusions (32), (33), (40) and (41), below.¹⁰¹⁸ Moreover, there are other considerations that may provide a reason for concluding that a general law would prevail in which case the *lex specialis* presumption may not apply. These include the following:

- Whether such prevalence may be inferred from the form or the nature of the general law or intent of the parties, wherever applicable;
- Whether the application of the special law might frustrate the *purpose* of the general law;
- Whether third party beneficiaries may be negatively affected by the special law; and
- Whether the balance of rights and obligations, established in the general law would be negatively affected by the special law.

3. Special (self-contained) regimes

(11) *Special (“self-contained”) regimes as lex specialis.* A group of rules and principles concerned with a particular subject matter may form a special regime (“Self-contained regime”) and be applicable as *lex specialis*. Such special regimes often have their own institutions to administer the relevant rules.

however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself”.

¹⁰¹⁷ There is no accepted definition of “general international law”. For the purposes of these conclusions, however, it is sufficient to define what is “general” by reference to its logical counterpart, namely what is “special”. In practice, lawyers are usually able to operate this distinction by reference to the context in which it appears.

¹⁰¹⁸ In the *Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention, (Ireland v. United Kingdom)* (Final Award, 2 July 2003) ILR vol. 126 (2005) p. 364, para. 84, the tribunal observed: “[e]ven then, [the OSPAR Convention] must defer to the relevant *jus cogens* with which the parties’ *lex specialis* may be inconsistent.”

(12) Three types of special regime may be distinguished:

- Sometimes violation of a particular group of (primary) rules is accompanied by a special set of (secondary) rules concerning breach and reactions to breach. This is the main case provided for under article 55 of the articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts.¹⁰¹⁹
- Sometimes, however, a special regime is formed by a set of special rules, including rights and obligations, relating to a special subject matter. Such rules may concern a geographical area (e.g. a treaty on the protection of a particular river) or some substantive matter (e.g. a treaty on the regulation of the uses of a particular weapon). Such a special regime may emerge on the basis of a single treaty, several treaties, or treaty and treaties plus non-treaty developments (subsequent practice or customary law).¹⁰²⁰
- Finally, sometimes all the rules and principles that regulate a certain problem area are collected together so as to express a “special regime”. Expressions such as “law of the sea”, “humanitarian law”, “human rights law”, “environmental law” and “trade law”, etc. give expression to some such regimes. For interpretative purposes, such regimes may often be considered in their entirety.

(13) *Effect of the “speciality” of a regime.* The significance of a special regime often lies in the way its norms express a unified object and purpose. Thus, their interpretation and application should, to the extent possible, reflect that object and purpose.

¹⁰¹⁹ *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, para. 76. In the *Case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)* *I.C.J. Reports 1980* at p. 40, para. 86, the Court said: “The rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained regime which, on the one hand, lays down the receiving State’s obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving States to counter any such abuse.”

¹⁰²⁰ See *Case of the S.S. “Wimbledon”, P.C.I.J. Series A*, No. 1 (1923) pp. 23–4, noting that the provisions on the Kiel Canal in the Treaty of Versailles of 1919: “... differ on more than one point from those to which other internal navigable waterways of the [German] Empire are subjected ... the Kiel Canal is open to the war vessels and transit traffic of all nations at peace with Germany, whereas free access to the other German navigable waterways ... is limited to the Allied and Associated Powers alone ... The provisions of the Kiel Canal are therefore self-contained”.

(14) *The relationship between special regimes and general international law.* A special regime may prevail over general law under the same conditions as *lex specialis* generally (see conclusions (8) and (10) above).

(15) *The role of general law in special regimes: Gap-filling.* The scope of special laws is by definition narrower than that of general laws. It will thus frequently be the case that a matter not regulated by special law will arise in the institutions charged to administer it. In such cases, the relevant general law will apply.¹⁰²¹

(16) *The role of general law in special regimes: Failure of special regimes.* Special regimes or the institutions set up by them may fail. Failure might be inferred when the special laws have no reasonable prospect of appropriately addressing the objectives for which they were enacted. It could be manifested, for example, by the failure of the regime's institutions to fulfil the purposes allotted to them, persistent non-compliance by one or several of the parties, desuetude, withdrawal by parties instrumental for the regime, among other causes. Whether a regime has "failed" in this sense, however, would have to be assessed above all by an interpretation of its constitutional instruments. In the event of failure, the relevant general law becomes applicable.

¹⁰²¹ Thus, in *Bankovic v. Belgium and others*, Decision of 12 December 2001, Admissibility, ECHR 2001-XII, p. 351, para. 57, the European Court of Human Rights canvassed the relationship between the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and general international law as follows: "the Court recalls that the principles underlying the Convention cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Court must also take into account any relevant rules of international law when examining questions concerning its jurisdiction and, consequently, determine State responsibility in conformity with the governing principles of international law, although it must remain mindful of the Convention's special character as a human rights treaty. The Convention should be interpreted as far as possible in harmony with other principles of international law of which it forms part".

Similarly in *Korea - Measures Affecting Government Procurement* (19 January 2000) WT/DS163/R, para. 7.96, the Appellate Body of the WTO noted the relationship between the WTO Covered agreements and general international law as follows: "We take note that Article 3 (2) of the DSU requires that we seek within the context of a particular dispute to clarify the existing provisions of the WTO agreements in accordance with customary international law rules of interpretation of public international law. However, the relationship of the WTO agreements to customary international law is broader than this. Customary international law applies generally to the economic relations between WTO members. Such international law applies to the extent that the WTO treaty agreements do not 'contract out' from it. To put it another way, to the extent that there is no conflict or inconsistency, or an expression in a covered WTO agreement that applies differently, we are of the view that the customary rules of international law apply to the WTO treaties and to the process of treaty formation under the WTO."

4. Article 31 (3) (c) VCLT

(17) *Systemic integration.* Article 31 (3) (c) VCLT provides one means within the framework of the VCLT, through which relationships of interpretation (referred to in conclusion (2) above) may be applied. It requires the interpreter of a treaty to take into account “any relevant rules of international law applicable in relations between the parties”. The article gives expression to the objective of “systemic integration” according to which, whatever their subject matter, treaties are a creation of the international legal system and their operation is predicated upon that fact.

(18) *Interpretation as integration in the system.* Systemic integration governs all treaty interpretation, the other relevant aspects of which are set out in the other paragraphs of articles 31-32 VCLT. These paragraphs describe a process of legal reasoning, in which particular elements will have greater or less relevance depending upon the nature of the treaty provisions in the context of interpretation. In many cases, the issue of interpretation will be capable of resolution with the framework of the treaty itself. Article 31 (3) (c) deals with the case where material sources external to the treaty are relevant in its interpretation. These may include other treaties, customary rules or general principles of law.¹⁰²²

(19) *Application of systemic integration.* Where a treaty functions in the context of other agreements, the objective of systemic integration will apply as a presumption with both positive and negative aspects:

¹⁰²² In the *Oil Platforms* case (*Iran v. United States of America*) (*Merits*) *I.C.J. Reports* 2003, at para. 41, the Court spoke of the relations between a bilateral treaty and general international law by reference to article 31 (3) (c) as follows: “Moreover, under the general rules of treaty interpretation, as reflected in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, interpretation must take into account ‘any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties’ (Article 31, paragraph 3 (c)). The Court cannot accept that Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law ... The application of the relevant rules of international law relating to this question thus forms an integral part of the task of interpretation entrusted to the Court by ... the 1955 Treaty.”

(a) The parties are taken to refer to customary international law and general principles of law for all questions which the treaty does not itself resolve in express terms;¹⁰²³

(b) In entering into treaty obligations, the parties do not intend to act inconsistently with generally recognized principles of international law.¹⁰²⁴

Of course, if any other result is indicated by ordinary methods of treaty interpretation that should be given effect, unless the relevant principle were part of *jus cogens*.

(20) *Application of custom and general principles of law.* Customary international law and general principles of law are of particular relevance to the interpretation of a treaty under article 31 (3) (c) especially where:

(a) The treaty rule is unclear or open-textured;

(b) The terms used in the treaty have a recognized meaning in customary international law or under general principles of law;

(c) The treaty is silent on the applicable law and it is necessary for the interpreter, applying the presumption in conclusion (19) (a) above, to look for rules developed in another part of international law to resolve the point.

(21) *Application of other treaty rules.* Article 31 (3) (c) also requires the interpreter to consider other treaty-based rules so as to arrive at a consistent meaning. Such other rules are of particular relevance where parties to the treaty under interpretation are also parties to the other treaty, where the treaty rule has passed into or expresses customary

¹⁰²³ *Georges Pinson case (France v. United Mexican States)* Award of 13 April 1928, UNRIAA, vol. V, p. 422. It was noted that parties are taken to refer to general principles of international law for questions which the treaty does not itself resolve in express terms or in a different way.

¹⁰²⁴ In the *Case concerning the Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Preliminary Objections)* I.C.J. Reports 1957, p. 125 at p. 142, the Court stated: "It is a rule of interpretation that a text emanating from a government must, in principle, be interpreted as producing and as intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it."

international law or where they provide evidence of the common understanding of the parties as to the object and purpose of the treaty under interpretation or as to the meaning of a particular term.

(22) *Inter-temporality*. International law is a dynamic legal system. A treaty may convey whether in applying article 31 (3) (c) the interpreter should refer only to rules of international law in force at the time of the conclusion of the treaty or may also take into account subsequent changes in the law. Moreover, the meaning of a treaty provision may also be affected by subsequent developments, especially where there are subsequent developments in customary law and general principles of law.¹⁰²⁵

(23) *Open or evolving concepts*. Rules of international law subsequent to the treaty to be interpreted may be taken into account especially where the concepts used in the treaty are open or evolving. This is the case, in particular, where: (a) the concept is one which implies taking into account subsequent technical, economic or legal developments;¹⁰²⁶

¹⁰²⁵ The traditional rule was stated by Judge Huber in the *Island of Palmas* case (*the Netherlands v. United States of America*) Award of 4 April 1928, UNRIAA, vol. II, p. 829, at p. 845, in the context of territorial claims: "... a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or fails to be settled ... The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words, its continued manifestations, shall follow the conditions required by the evolution of law".

¹⁰²⁶ In the *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* I.C.J. Reports 1997, p. 7 at pp. 67-68, para. 112, the Court observed: "By inserting these evolving provisions in the Treaty, the parties recognized the potential necessity to adapt the Project. Consequently, the Treaty is not static, and is open to adapt to emerging norms of international law. By means of articles 15 and 19, new environmental norms can be incorporated in the Joint Contractual Plan."

In the Arbitration regarding the Iron Rhine (IJZEREN RIJN) Railway (Belgium v. Netherlands) of 24 May 2005, a conceptual or generic term was not in issue but a new technical development relating to the operation and capacity of a railway. Evolutive interpretation was used to ensure the effective application of the treaty in terms of its object and purpose. The Tribunal observed in paragraphs 82 and 83: "The object and purpose of the 1839 Treaty of Separation was to resolve the many difficult problems complicating a stable separation of Belgium and the Netherlands: that of Article XII was to provide for transport links from Belgium to Germany, across a route designated by the 1842 Boundary Treaty. This object was not for a fixed duration and its purpose was 'commercial communication'. It necessarily follows, even in the absence of specific wording, that such works, going beyond restoration to previous functionality, as might from time to time be necessary or desirable for contemporary commerciality, would remain a concomitant of the right of transit that Belgium would be able to request. That being so, the entirety of Article XII, with its careful balance of the rights and obligations of the Parties, remains in principle applicable to the adaptation and modernisation requested by Belgium", Text of award available on ><http://www.pca-cpa.org>>. (last visited on 14 July 2006).

(b) the concept sets up an obligation for further progressive development for the parties; or (c) the concept has a very general nature or is expressed in such general terms that it must take into account changing circumstances.¹⁰²⁷

5. Conflicts between successive norms

(24) *Lex posterior derogat legi priori*. According to article 30 VCLT, when all the parties to a treaty are also parties to an earlier treaty on the same subject, and the earlier treaty is not suspended or terminated, then it applies only to the extent its provisions are compatible with those of the later treaty. This is an expression of the principle according to which “later law supersedes earlier law”.

(25) *Limits of the “lex posterior” principle*. The applicability of the *lex posterior* principle is, however, limited. It cannot, for example, be automatically extended to the case where the parties to the subsequent treaty are not identical to the parties of the earlier treaty. In such cases, as provided in article 30 (4) VCLT, the State that is party to two incompatible treaties is bound *vis-à-vis* both of its treaty parties separately. In case it cannot fulfil its obligations under both treaties, it risks being responsible for the breach of one of them unless the concerned parties agree otherwise. In such case, also article 60 VCLT may become applicable. The question which of the incompatible

¹⁰²⁷ See *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16 at p. 31, para. 53. The Court said that the concept of “sacred trust” was by definition evolutionary. “The parties to the Covenant must consequently be deemed to have accepted [it] as such. That it is why, viewing the institutions of 1919, the Court must take into consideration the changes which have occurred in the supervening half a century, and its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law, through the Charter of the United Nations and by way of customary international law. Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of interpretation.”

In the *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* I.C.J. Reports 1997, pp. 76-80, paras. 132-147, the ICJ noted that: “[T]he Court wishes to point out that newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the Treaty and that the parties could, by agreement, incorporate them ... [in] ... the Treaty. These articles do not contain specific obligations of performance but require the parties, in carrying out their obligations to ensure that the quality of water in the Danube is not impaired and that nature is protected, to take new environmental norms into consideration when agreeing upon the means to be specified in the Joint Contractual Plan ...”.

treaties should be implemented and the breach of which should attract State responsibility cannot be answered by a general rule.¹⁰²⁸ Conclusions (26)-(27) below lay out considerations that might then be taken into account.

(26) *The distinction between treaty provisions that belong to the same “regime” and provisions in different “regimes”.* The *lex posterior* principle is at its strongest in regard to conflicting or overlapping provisions that are part of treaties that are institutionally linked or otherwise intended to advance similar objectives (i.e. form part of the same regime). In case of conflicts or overlaps between treaties in different regimes, the question of which of them is later in time would not necessarily express any presumption of priority between them. Instead, States bound by the treaty obligations should try to implement them as far as possible with the view of mutual accommodation and in accordance with the principle of harmonization. However, the substantive rights of treaty parties or third party beneficiaries should not be undermined.

(27) *Particular types of treaties or treaty provisions.* The *lex posterior* presumption may not apply where the parties have intended otherwise, which may be inferred from the nature of the provisions or the relevant instruments, or from their object and purpose. The limitations that apply in respect of the *lex specialis* presumption in conclusion (10) may also be relevant with respect to the *lex posterior*.

(28) *Settlement of disputes within and across regimes.* Disputes between States involving conflicting treaty provisions should be normally resolved by negotiation between parties to the relevant treaties. However, when no negotiated solution is available, recourse ought to be had, where appropriate, to other available means of

¹⁰²⁸ There is not much case-law on conflicts between successive norms. However, the situation of a treaty conflict arose in *Slivenko and others v. Latvia* (Decision as to the admissibility of 23 January 2002) ECHR 2002-II, pp. 482-483, paras. 60-61, in which the European Court of Human Rights held that a prior bilateral treaty between Latvia and Russia could not be invoked to limit the application of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms: “It follows from the text of Article 57 (1) of the [European Convention on Human Rights], read in conjunction with Article 1, that ratification of the Convention by a State presupposes that any law then in force in its territory should be in conformity with the Convention ... In the Court’s opinion, the same principles must apply as regards any provisions of international treaties which a Contracting State has concluded prior to the ratification of the Convention and which might be at variance with certain of its provisions.”

dispute settlement. When the conflict concerns provisions within a single regime (as defined in conclusion (26) above), then its resolution may be appropriate in the regime-specific mechanism. However, when the conflict concerns provisions in treaties that are not part of the same regime, special attention should be given to the independence of the means of settlement chosen.

(29) *Inter se agreements.* The case of agreements to modify multilateral treaties by certain of the parties only (*inter se* agreements) is covered by article 41 VCLT. Such agreements are an often used technique for the more effective implementation of the original treaty between a limited number of treaty parties that are willing to take more effective or more far-reaching measures for the realization of the object and purpose of the original treaty. *Inter se* agreements may be concluded if this is provided for by the original treaty or it is not specifically prohibited and the agreement: “(i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations; (ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole” (article 41 (1) (b) VCLT).

(30) *Conflict clauses.* When States enter into a treaty that might conflict with other treaties, they should aim to settle the relationship between such treaties by adopting appropriate conflict clauses. When adopting such clauses, it should be borne in mind that:

(a) They may not affect the rights of third parties;

(b) They should be as clear and specific as possible. In particular, they should be directed to specific provisions of the treaty and they should not undermine the object and purpose of the treaty;

(c) They should, as appropriate, be linked with means of dispute settlement.

6. Hierarchy in international law: *Jus cogens*, Obligations *erga omnes*, Article 103 of the Charter of the United Nations

(31) *Hierarchical relations between norms of international law.* The main sources of international law (treaties, custom, general principles of law as laid out in Article 38 of

the Statute of the International Court of Justice) are not in a hierarchical relationship *inter se*.¹⁰²⁹ Drawing analogies from the hierarchical nature of domestic legal system is not generally appropriate owing to the differences between the two systems. Nevertheless, some rules of international law are more important than other rules and for this reason enjoy a superior position or special status in the international legal system. This is sometimes expressed by the designation of some norms as “fundamental” or as expressive of “elementary considerations of humanity”,¹⁰³⁰ or “intransgressible principles of international law”.¹⁰³¹ What effect such designations may have is usually determined by the relevant context or instrument in which that designation appears.

(32) *Recognized hierarchical relations by the substance of the rules: Jus cogens.* A rule of international law may be superior to other rules on account of the importance of its content as well as the universal acceptance of its superiority. This is the case of peremptory norms of international law (*jus cogens*, Article 53 VCLT), that is, norms “accepted and recognized by the international community of States as a whole from which no derogation is permitted”.¹⁰³²

(33) *The content of jus cogens.* The most frequently cited examples of *jus cogens* norms are the prohibition of aggression, slavery and the slave trade, genocide, racial discrimination apartheid and torture, as well as basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict, and the right to self-determination.¹⁰³³ Also other rules

¹⁰²⁹ In addition, Article 38 (d) mentions “judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law”.

¹⁰³⁰ *Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania)* I.C.J. Reports 1949, p. 22.

¹⁰³¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons case*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, para. 79.

¹⁰³² Article 53 VCLT: A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

¹⁰³³ *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement 10 (A/56/10)*, commentary to article 40 of the draft articles on State Responsibility, paras. (4)-(6). See also commentary to article 26, para. (5). See also *Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* I.C.J. Reports 2006, para. 64.

may have a *jus cogens* character inasmuch as they are accepted and recognized by the international community of States as a whole as norms from which no derogation is permitted.

(34) *Recognized hierarchical relations by virtue of a treaty provision: Article 103 of the Charter of the United Nations.* A rule of international law may also be superior to other rules by virtue of a treaty provision. This is the case of Article 103 of the United Nations Charter by virtue of which “In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the ... Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the ... Charter shall prevail.”

(35) *The scope of Article 103 of the Charter.* The scope of Article 103 extends not only to the Articles of the Charter but also to binding decisions made by United Nations organs such as the Security Council.¹⁰³⁴ Given the character of some Charter provisions, the constitutional character of the Charter and the established practice of States and United Nations organs, Charter obligations may also prevail over inconsistent customary international law.

(36) *The status of the United Nations Charter.* It is also recognized that the United Nations Charter itself enjoys special character owing to the fundamental nature of some of its norms, particularly its principles and purposes and its universal acceptance.¹⁰³⁵

(37) *Rules specifying obligations owed to the international community as a whole: Obligations erga omnes.* Some obligations enjoy a special status owing to the universal scope of their applicability. This is the case of obligations *erga omnes*, that is obligations

¹⁰³⁴ *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America) (Provisional Measures) I.C.J. Reports 1998, para. 42 and Case concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. the United Kingdom) (Provisional Measures) I.C.J. Reports 1992, paras. 39-40.*

¹⁰³⁵ See Article 2 (6) of the Charter of the United Nations.

of a State towards the international community as a whole. These rules concern all States and all States can be held to have a legal interest in the protection of the rights involved.¹⁰³⁶ Every State may invoke the responsibility of the State violating such obligations.¹⁰³⁷

(38) *The relationship between jus cogens norms and obligations erga omnes.* It is recognized that while all obligations established by *jus cogens* norms, as referred to in conclusion (33) above, also have the character of *erga omnes* obligations, the reverse is not necessarily true.¹⁰³⁸ Not all *erga omnes* obligations are established by peremptory

¹⁰³⁶ In the words of the International Court of Justice: "... an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising *vis-à-vis* another State in the field of diplomatic protection. By their very nature, the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*. *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970*, p. 3 at p. 32, para. 33. Or, in accordance with the definition, by the Institut de droit international, an obligation *erga omnes* is "[a]n obligation under general international law that a State owes in any given case to the international community, in view of its common values and its concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all States to take action". Institut de droit international, "Obligations and Rights *Erga Omnes* in International Law", Krakow Session, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), article 1.

¹⁰³⁷ *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement 10 (A/56/10)*, articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 48 (1) (b). This would include common article 1 of the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea; the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, and the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, all of 12 August 1949.

¹⁰³⁸ According to the International Court of Justice "Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law ... others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character." *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970*, p. 3 at p. 32, para. 34. See also *Case concerning East Timor (Portugal v. Australia) I.C.J. Reports 1995*, p. 90 at p. 102, para. 29. See also *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, paras. 155 and 159 (including as *erga omnes* obligations "certain ... obligations under international humanitarian law" as well as the right of self-determination). For the prohibition of genocide as an *erga omnes* obligation, see *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, p. 595 at para. 31, and *Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo/Rwanda) I.C.J. Reports 2006*, at para. 64. In the *Furundzija* case, torture was defined as both a peremptory norm and an obligation *erga omnes*, see *Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1, Trial Chamber II, ILR, vol. 121 (2002), p. 260, para. 151.*

norms of general international law. This is the case, for example, of certain obligations under “the principles and rules concerning the basic rights of the human person”,¹⁰³⁹ as well as of some obligations relating to the global commons.¹⁰⁴⁰

(39) *Different approaches to the concept of obligations erga omnes.* The concept of *erga omnes* obligations has also been used to refer to treaty obligations that a State owes to all other States parties (obligations *erga omnes partes*)¹⁰⁴¹ or to non-party States as third party beneficiaries. In addition, issues of territorial status have frequently been addressed in *erga omnes* terms, referring to their opposability to all States.¹⁰⁴² Thus, boundary and territorial treaties have been stated to “represent[] a legal reality which necessarily impinges upon third States, because they have effect *erga omnes*”.¹⁰⁴³

(40) *The relationship between jus cogens and the obligations under the United Nations Charter.* The United Nations Charter has been universally accepted by States and thus a conflict between *jus cogens* norms and Charter obligations is difficult to contemplate. In any case, according to Article 24 (2) of the Charter, the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations which include norms that have been subsequently treated as *jus cogens*.

¹⁰³⁹ *Barcelona Traction case, ibid.*

¹⁰⁴⁰ The obligations are illustrated by article 1 of the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, United Nations, *Treaty Series*, vol. 610, p. 205 and article 136 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1834, p. 396.

¹⁰⁴¹ Institut de droit international, “Obligations *Erga Omnes* in International Law”, Krakow Session, *Annuaire de l’Institut de droit international* (2005), article 1 (b).

¹⁰⁴² “In my view, when a title to an area of maritime jurisdiction exists - be it to a continental shelf or (*arguendo*) to a fishery zone - it exists *erga omnes*, i.e. is opposable to all States under international law”, Separate Opinion of Judge Oda, *Case concerning maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway) Judgment*, I.C.J. Reports 1993, p. 38 at p. 100, para. 40. See likewise, Separate Opinion by Judge De Castro, in *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16 at p. 165: “... a legal status - like the *iura in re* with which it is sometimes confused - is effective *inter omnes* and *erga omnes*”. See also Dissenting Opinion by Judge Skubiszewski, in *Case concerning East Timor (Portugal v. Australia)* I.C.J. Reports 1995, p. 90 at p. 248, paras. 78-79.

¹⁰⁴³ *Government of the State of Eritrea v. the Government of the Republic of Yemen (Phase one: Territorial sovereignty and scope of the dispute)*, Arbitration Tribunal, 9 October 1998, ILR, vol. 114 (1999), p. 1 at p. 48, para. 153.

(41) *The operation and effect of jus cogens norms and Article 103 of the Charter:*

(a) A rule conflicting with a norm of *jus cogens* becomes thereby *ipso facto* void;

(b) A rule conflicting with Article 103 of the United Nations Charter becomes inapplicable as a result of such conflict and to the extent of such conflict.

(42) *Hierarchy and the principle of harmonization.* Conflicts between rules of international law should be resolved in accordance with the principle of harmonization, as laid out in conclusion (4) above. In the case of conflict between one of the hierarchically superior norms referred to in this section and another norm of international law, the latter should, to the extent possible, be interpreted in a manner consistent with the former. In case this is not possible, the superior norm will prevail.



Nations Unies

Rapport de la Commission du droit international

**Cinquante-huitième session
1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006**

**Assemblée générale
Documents officiels
Soixante et unième session
Supplément n° 10 (A/61/10)**

CHAPITRE XII

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

A. Introduction

233. À sa cinquante-quatrième session (2002), la Commission a décidé d'inscrire le sujet des «Risques que pose la fragmentation du droit international» à son programme de travail¹⁰⁰⁴; elle a créé un groupe d'étude et a ensuite décidé de modifier le titre du sujet, qui est devenu: «La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international»¹⁰⁰⁵. La Commission a également formulé un certain nombre de recommandations, et a notamment préconisé que cinq études soient entreprises¹⁰⁰⁶, dont la première, confiée au Président du groupe d'étude, serait intitulée «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des "régimes autonomes"».

234. De la cinquante-cinquième (2003) à la cinquante-septième (2005) sessions de la Commission, le Groupe d'étude a été successivement reconstitué sous la présidence de M. Martti Koskeniemi et s'est acquitté de plusieurs tâches. En 2003, il a mis au point un calendrier provisoire des travaux à mener à bien d'ici la fin du quinquennat (2003-2006), a réparti entre ses membres les travaux sur les autres sujets arrêtés en 2002, et a déterminé la méthodologie à adopter pour ces travaux¹⁰⁰⁷. En 2004, le Groupe d'étude a procédé à un examen de l'étude établie par son Président sur «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et

¹⁰⁰⁴ La Commission a inscrit le sujet à son programme à long terme à sa cinquante-deuxième session (2000) après avoir examiné l'étude de faisabilité, G. Hafner, «Les risques que pose la fragmentation du droit international», *ibid.*, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10), annexe et par. 729.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10), par. 492 à 494.

¹⁰⁰⁶ a) «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des "régimes autonomes"»; b) l'interprétation des traités à la lumière de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» (art. 31, par. 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale; c) l'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités); d) la modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités); et e) la hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit.

¹⁰⁰⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, par. 415 à 435.

la question des «régimes autonomes»», ainsi que des exposés portant sur les autres études¹⁰⁰⁸. En 2005, le Groupe d'étude a procédé à l'examen des documents suivants: a) mémorandum sur le régionalisme dans le contexte de l'étude intitulée «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des régimes autonomes»; b) étude relative à l'interprétation des traités à la lumière de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» (art. 31, par. 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale; c) étude relative à l'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités); d) étude relative à la modification de traités multilatéraux entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités); et e) étude relative à la hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit. Le Groupe d'étude a également examiné un document informel sur la «Clause de déconnexion»¹⁰⁰⁹.

235. Le Groupe d'étude a décidé d'aborder les diverses études en se concentrant sur les questions de fond concernant la fragmentation à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en laissant de côté les aspects institutionnels. Son intention était d'aboutir à un résultat concret qui ait une utilité pratique, en particulier pour les experts juridiques des ministères des affaires étrangères et des organisations internationales. En conséquence, il a décidé d'établir, à l'issue de ses travaux sur le sujet, un document comprenant: a) une étude analytique relativement longue de la question de la fragmentation s'appuyant sur les exposés et études présentés par les membres du Groupe d'étude entre 2003 et 2005 et examinés au sein du groupe, et b) un document de synthèse collectif comprenant un ensemble de conclusions formulées à partir des études et des débats tenus au sein du groupe. Ce dernier document devait consister en une suite d'énoncés succincts, concrets et pragmatiques conçus, d'une part, comme le résumé et les conclusions des travaux du Groupe d'étude et, d'autre part, comme un jeu de

¹⁰⁰⁸ Ibid., cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10), par. 303 à 358.

¹⁰⁰⁹ Ibid., soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10), par. 449 à 493.

directives pratiques qui aideraient à examiner et à gérer la question de la fragmentation dans la pratique juridique¹⁰¹⁰.

236. À ses 2859^e, 2860^e et 2864^e séances, les 28 et 29 juillet et le 3 août 2005, la Commission a procédé à un échange de vues sur le sujet, sur la base d'un exposé du Président du Groupe d'étude sur l'état d'avancement des travaux du groupe.

B. Examen du sujet à la présente session

237. À la présente session, le Groupe d'étude a été reconstitué et a tenu 10 séances les 17 et 26 mai, le 6 juin et les 4, 11, 12, 13 et 17 juillet 2006. Il était saisi d'un rapport établi par le Président du Groupe d'étude, M. Martti Koskeniemi, ainsi que d'une série de projets de conclusions fondées sur cette étude. Le premier document consistait en un résumé et une analyse du phénomène de la fragmentation s'appuyant sur les études préparées par les différents membres du Groupe d'étude et prenant en considération les observations faites par les membres de celui-ci (A.CN.4/L.682 et Corr.1). Le deuxième document comprenait les projets de conclusions des travaux du Groupe d'étude entre 2002 et 2005, ainsi que des projets de conclusions supplémentaires (A.CN.4/L.682/Add.1) et une section consacrée à l'historique. Les travaux du Groupe d'étude au cours de la présente session ont été axés sur la mise au point définitive de ces conclusions. Lors de sa réunion du 17 juillet 2006, le Groupe d'étude a achevé ses travaux et adopté son rapport contenant 42 conclusions (voir, sect. D.II, ci-dessous). Le Groupe d'étude a souligné l'importance du caractère collectif de ses conclusions. Il a aussi fait valoir que, pour être pleinement comprises, ces conclusions devaient être rapprochées de l'étude analytique établie sous sa forme définitive par le Président, sur laquelle elles s'appuient.

238. Aux 2901^e et 2902^e séances de la Commission, les 27 et 28 juillet 2006, le Président du Groupe d'étude a présenté le rapport du Groupe.

239. À ses 2902^e, 2911^e et 2912^e séances, le 28 juillet et les 9 et 10 août 2006, la Commission a examiné le rapport du Groupe d'étude (sect. D ci-dessous). La proposition d'un membre tendant à faire la distinction entre fragmentation positive et fragmentation négative n'a pas été retenue par la Commission. Après un échange de vues, celle-ci a décidé à sa 2902^e séance de prendre

¹⁰¹⁰ Ibid., par. 447 et 448. Voir aussi *ibid.*, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10), chap. IX; *ibid.*, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10), par. 416 à 418; *ibid.*, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10), par. 301 et 302.

note des conclusions du Groupe (sect. D.II ci-dessous) et, à sa 2912^e séance, de les recommander à l'attention de l'Assemblée générale. À sa 2911^e séance, elle a demandé que l'étude analytique du Président du Groupe d'étude soit, conformément à l'usage, publiée sur le site Web de la Commission et dans l'*Annuaire*.

C. Hommage au Groupe d'étude et à son président

240. À sa 2911^e séance, le 9 août 2006, la Commission a adopté par acclamation la résolution suivante:

«La Commission du droit international,

Ayant pris note du rapport et des conclusions du Groupe d'étude de "La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international",

Exprime au Groupe d'étude et à son président, M. Martti Koskenniemi, sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations pour la contribution remarquable qu'ils ont apportée à l'élaboration du rapport sur la fragmentation du droit international, pour les résultats qu'ils ont obtenus dans la formulation de recommandations et pour l'étude "La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international" qui les accompagne et dont le Président a mis au point le texte final.».

D. Rapport du Groupe d'étude

I. Historique

241. Au cours du dernier demi-siècle, le champ d'application du droit international s'est considérablement étendu. Autrefois instrument de régulation de la diplomatie formelle, il traite désormais des aspects les plus divers de l'activité internationale – du commerce à la protection de l'environnement, des droits de l'homme à la coopération scientifique et technique. De nouvelles institutions multilatérales, régionales et universelles ont été créées dans les domaines du commerce, de la culture, de la sécurité, du développement, etc. Il est difficile d'imaginer aujourd'hui un domaine d'activité qui ne serait pas soumis à une forme ou une autre de régulation juridique internationale.

242. Cette expansion a toutefois eu lieu sans coordination, au sein de groupes régionaux ou fonctionnels d'États. L'accent a été mis sur la solution de problèmes précis plutôt que sur la mise en place d'une réglementation générale de type juridique. Cela correspond à ce que les sociologues appellent la «différenciation fonctionnelle», à savoir la spécialisation croissante de certains secteurs de la société et leur autonomisation connexe. C'est un paradoxe bien connu de la mondialisation que si elle a conduit à une uniformisation croissante de la vie sociale dans le monde, elle s'est aussi traduite par sa fragmentation croissante – c'est-à-dire par l'émergence de domaines d'action sociale et de structures spécialisés et relativement autonomes.

243. La fragmentation de la société internationale revêt une importance juridique dans la mesure où elle s'est accompagnée de l'apparition de règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonomes. Ce qui était précédemment régi par le «droit international général» relève désormais de régimes spécialisés comme le «droit commercial», le «droit des droits de l'homme», le «droit de l'environnement», le «droit de la mer», le «droit européen», voire hautement spécialisés comme le «droit des investissements» ou le «droit international des réfugiés», etc., dont chacun possède ses propres principes et institutions.

244. Alors que l'on ne peut mettre en doute la réalité et l'ampleur de la fragmentation, les appréciations du phénomène ont varié. Certains commentateurs ont adopté une position très critique par rapport à ce qu'ils considèrent comme l'érosion du droit international général, l'apparition de jurisprudences divergentes, la recherche de la juridiction la plus favorable et la perte de sécurité juridique. D'autres y ont vu surtout un problème technique qui est apparu naturellement avec l'accroissement de l'activité juridique internationale et qui peut être maîtrisé par des mesures techniques de rationalisation et de coordination¹⁰¹¹. C'est pour évaluer l'ampleur

¹⁰¹¹ Aujourd'hui, «la fragmentation» est un sujet fréquemment traité dans le cadre d'ouvrages universitaires et de conférences. Parmi les différents ouvrages consacrés à la diversification des sources de la réglementation internationale, on peut consulter par exemple: Éric Loquin et Catherine Kessedjian (dir. publ.), *La mondialisation du droit* (Paris: Litec, 2000); et Paul Schiff Berman, *The Globalization of International Law* (Aldershot: Ashgate, 2005). José Alvarez dans *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005) se penche sur l'activité des organisations traditionnelles. Rüdiger Wolfrum et Volker Röben (dir. publ.) dans *Developments of International Law in Treaty-making* (Berlin: Springer, 2005), p. 417 à 586, et Ronnie Lipschutz et Cathleen Vogel, dans «Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation», R. R. Hall et T. J. Bierstaker, dans *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 115 à 140, offrent différentes perspectives contemporaines d'activité normative autre que l'élaboration de traités. Voir également «Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle», *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), p. 679 à 993; Andreas Zimmermann et Reiner Hoffmann, assistés de Hanna Goeters, *Unity and Diversity of International*

du problème de la fragmentation et, éventuellement, proposer des moyens de le traiter, que la Commission a institué en 2002 le Groupe d'étude chargé de se pencher sur cette question.

245. D'emblée, la Commission a reconnu que la fragmentation soulevait deux problèmes, au plan institutionnel et au fond. Au plan institutionnel, la difficulté tient à la juridiction et à la compétence des différentes institutions qui appliquent des règles de droit international et à leurs relations hiérarchiques. La Commission a décidé de laisser cette question de côté. Mieux vaut laisser aux institutions elles-mêmes le soin de traiter des compétences institutionnelles. La Commission a voulu par contre insister sur la question de fond – le fractionnement du droit en secteurs hautement spécialisés qui revendiquent une autonomie relative les uns par rapport aux autres et par rapport au droit général. Quels sont les effets quant au fond de la spécialisation? Comment concevoir les rapports entre ces secteurs? Plus concrètement, si les règles de deux régimes au plus entrent en conflit, que peut-on faire pour régler ces conflits?

246. Comme la majorité des commentateurs, la Commission a compris que le sujet avait des aspects à la fois positifs et négatifs, comme l'atteste la reformulation de l'intitulé du sujet en «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international». D'un côté, la fragmentation crée effectivement un risque de conflit et d'incompatibilité entre des règles, principes, régimes et pratiques institutionnelles. De l'autre, elle reflète l'expansion de l'activité juridique internationale dans des domaines nouveaux et la diversification concomitante de ses objets et techniques. La fragmentation et la diversification correspondent au développement et à l'expansion du droit international en réponse aux exigences d'un monde pluraliste. Dans le même temps, elles peuvent occasionnellement créer entre des règles et des régimes des conflits qui risquent d'en saper l'application effective. Bien que la fragmentation puisse créer des problèmes, ceux-ci ne sont ni complètement nouveaux, ni de telle nature qu'on ne puisse les régler par les techniques auxquelles les juristes internationaux ont recouru naguère pour traiter les conflits normatifs.

Law (Berlin: Dunker et Humblot, 2006); Karel Wellens et Rosario Huesa Vinaixa (dir. publ.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Bruxelles: Bruylant, 2006, à paraître). Pierre-Marie Dupuy prend fait et cause pour l'unité dans «L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public», *Recueil des Cours...*, vol. 297 (2002). Pour davantage de références, voir Martti Koskeniemi et Päivi Leino, «Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), p. 553 à 579.

247. La raison pour laquelle la Commission s'intéresse à la fragmentation est que l'apparition de nouveaux types particuliers de règles, dits «régimes autonomes», et de systèmes conventionnels au champ d'application géographique ou fonctionnel limité, pose des problèmes de cohérence en droit international. Les nouveaux types de droit spécialisé n'apparaissent pas fortuitement mais visent à répondre à de nouveaux besoins techniques et fonctionnels. L'apparition du «droit de l'environnement», par exemple, répond au souci croissant que suscite l'état de l'environnement international. Le «droit commercial» devient un instrument pour profiter des possibilités créées par un avantage relatif dans les relations économiques internationales. Le «droit des droits de l'homme» vise à protéger les intérêts des personnes physiques et le «droit pénal international» traduit en termes juridiques la «lutte contre l'impunité». Chaque régime comporte ses propres principes, son propre savoir-faire et sa propre «éthique», laquelle n'est pas forcément identique à celle des spécialisations voisines. Le «droit commercial» et le «droit de l'environnement», par exemple, ont des objectifs très spécifiques et reposent sur des principes qui peuvent souvent tendre vers des directions différentes. Pour être efficace, le nouveau droit comporte souvent de nouveaux types de clauses conventionnelles ou de pratiques qui peuvent ne pas être compatibles avec l'ancien droit général ou le droit de telle ou telle autre branche spécialisée. Très souvent, de nouvelles règles ou de nouveaux régimes sont précisément développés pour s'écarter des règles prévues précédemment par le droit général. Lorsque les écarts se généralisent et se multiplient, l'unité du droit en souffre.

248. Il importe de noter que de telles déviations ne résultent pas de «méprises» juridiques ou techniques. Elles reflètent la diversité de visées et de préférences des acteurs d'une société pluraliste (mondiale). Un droit qui ne parviendrait pas à exprimer clairement les différences existant entre les intérêts ou les valeurs propres à des situations ou domaines de problèmes particuliers apparaîtrait tout à fait inacceptable. Mais si la fragmentation est un phénomène «naturel» (de fait, le droit international a toujours été relativement «fragmenté» en raison de la diversité des systèmes juridiques nationaux qui y participent), il y a toujours eu de même des processus compensateurs, tout aussi naturels, tendant dans la direction opposée. Ainsi, par exemple, le droit international général a continué de se développer grâce à l'application de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, du droit coutumier et des «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées». Le fait qu'un certain nombre de traités reflètent des règles du droit international général et que réciproquement certaines dispositions de traités sont incorporées dans le corpus du droit international général témoigne de la vitalité et de

la synergie du système ainsi que de l'attraction vers la cohérence que l'on constate dans le droit lui-même.

249. Les travaux de la Commission sur la fragmentation trouvent leur justification dans le fait que, bien que la fragmentation soit inévitable, il est souhaitable de disposer d'un cadre permettant de l'évaluer et de la gérer d'une manière juridique professionnelle. Ce cadre est fourni par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Un aspect qui unit pratiquement tous les nouveaux régimes (et certainement la totalité des régimes les plus importants) tient à ce qu'ils tirent leur force obligatoire, et que les acteurs pertinents ont conscience qu'ils relèvent, du droit des traités si bien que la Convention de Vienne fournit déjà un cadre unificateur de cette évolution. En sa qualité d'organe auteur en son temps de la Convention de Vienne, la Commission est en bonne place pour analyser la fragmentation du droit international dans cette perspective.

250. Pour ce faire, le Groupe d'étude de la Commission a jugé utile de tenir compte de la multitude de techniques existant en droit traditionnel pour traiter des tensions ou des conflits entre règles et principes de droit. Ces techniques ont pour point commun de chercher à créer des relations logiques entre ces règles et principes de façon à savoir comment les utiliser dans un différend ou un conflit donné. Les conclusions qui suivent énoncent certains des principes dont il convient de tenir compte lorsque l'on traite des conflits existants ou potentiels entre règles et principes juridiques.

II. Conclusions des travaux du Groupe d'étude

251. Les conclusions auxquelles le Groupe d'étude est parvenu dans ses travaux sont les suivantes:

1. Généralités

1) *Le droit international en tant que système juridique.* Le droit international est un système juridique. Ses règles et principes (c'est-à-dire ses normes) opèrent en relation avec d'autres règles et principes et devraient être interprétés dans le contexte de ces derniers. En tant que système juridique, le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de telles normes. Il existe des relations significatives entre ces normes. Celles-ci peuvent

donc occuper un niveau hiérarchique plus ou moins élevé, leur formulation peut être plus ou moins générale ou spécifique et leur validité peut être récente ou de longue date.

2) Dans l'application du droit international, il est souvent nécessaire de déterminer la relation exacte entre deux règles et principes – ou plus – qui sont à la fois valables et applicables relativement à une situation¹⁰¹². À cette fin, les relations pertinentes se divisent en deux catégories générales:

- *Les relations d'interprétation.* Tel est le cas lorsqu'une norme aide à l'interprétation d'une autre. Une norme peut aider à l'interprétation d'une autre norme si elle sert par exemple à appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier cette dernière. Dans une telle situation, les deux normes sont appliquées conjointement:
- *Les relations de conflit.* Tel est le cas lorsque deux normes à la fois valables et applicables mènent à des décisions incompatibles, si bien qu'il faut opérer un choix entre ces normes. Les règles fondamentales concernant la résolution des conflits normatifs figurent dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

3) *La Convention de Vienne sur le droit des traités.* Lorsque l'on cherche à déterminer les relations mutuelles entre deux normes ou plus, il convient d'interpréter ces normes conformément à, ou par analogie avec, la Convention de Vienne sur le droit des traités, en particulier les dispositions de ses articles 31 à 33 relatives à l'interprétation des traités.

4) *Le principe de l'harmonisation.* On s'accorde généralement à considérer que, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles.

¹⁰¹² Le fait que deux normes soient *valables* relativement à une situation signifie qu'elles couvrent chacune les faits constituant cette situation. Le fait que deux normes soient *applicables* dans une situation signifie qu'elles ont force obligatoire pour les sujets de droit qui se trouvent dans la situation considérée.

2. La maxime *lex specialis derogat legi generali*

- 5) *Principe général.* La maxime *lex specialis derogat legi generali* est une méthode généralement admise d'interprétation et de résolution des conflits en droit international. Elle signifie que, chaque fois que deux normes ou plus traitent de la même matière, priorité devrait être donnée à la norme la plus spécifique. Ce principe peut s'appliquer dans plusieurs contextes: entre des dispositions figurant dans un seul traité; entre des dispositions figurant dans deux traités ou plus; entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle, de même qu'entre deux normes non conventionnelles¹⁰¹³. La source de la norme (qu'elle soit conventionnelle, coutumière ou qu'il s'agisse d'un principe général du droit) n'a pas d'importance décisive dans la détermination de la norme la plus spécifique. Dans la pratique, toutefois, les traités font souvent fonction de *lex specialis* par rapport au droit coutumier et aux principes généraux¹⁰¹⁴.
- 6) *Appréciation en fonction du contexte.* La relation entre la maxime de la *lex specialis* et les autres normes d'interprétation ou de résolution des conflits ne peut être déterminée de manière générale. On ne peut décider qu'en fonction du contexte si le critère de spécialité doit prendre le pas sur celui de temporalité ou inversement.
- 7) *Raison d'être du principe.* Le fait que le droit spécial prime le droit général a pour justification que le premier, plus concret, tient souvent mieux compte que tout droit général

¹⁰¹³ Pour ce qui concerne l'application du principe à des dispositions figurant dans un seul traité, voir *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)*, I.L.R., vol. 52 (1979), p. 97, 141 et 142, par. 36, 38 et 39; affaire C-96/00, *Rudolf Gabriel*, Arrêt du 11 juillet 2002, CJE (2002) I-06367, p. 6398 et 6399, par. 35 et 36, et p. 6404, par. 59; *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, Arrêt du 28 mai 1993, C.E.D.H., série A (1993), n° 258, par. 76; *De Jong, Baljet et van den Brink c. Pays-Bas*, Arrêt du 22 mai 1984, C.E.D.H., série A (1984), n° 77, par. 60; *Murray c. Royaume-Uni*, Arrêt du 28 octobre 1994, C.E.D.H., série A (1994), n° 300, par. 98; et *Nikolova c. Bulgarie*, Arrêt du 25 mars 1999, C.E.D.H., 1999-II, par. 69. Pour ce qui concerne l'application du principe entre des dispositions figurant dans plusieurs instruments, voir affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), *C.P.J.I. série A n° 2* (1924), p. 31. Pour ce qui concerne son application entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle, *INA Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Tribunal des différends irano-américains, Iran-U.S.C.T.R., vol. 8, 1985-I, p. 378. Pour ce qui concerne l'application du principe entre une pratique particulière et une coutume générale, voir affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)* (Fond), Arrêt, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 44. La Cour y dit: «Par conséquent, se trouvant en présence d'une pratique clairement établie entre deux États et acceptée par les Parties comme régissant leurs rapports, la Cour doit attribuer un effet décisif à cette pratique en vue de déterminer leurs droits et obligations spécifiques. Une telle pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles.».

¹⁰¹⁴ Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* (Fond), *C.I.J. Recueil 1986*, p. 137, par. 274, la Cour y a dit: «D'une manière générale, les règles conventionnelles ayant le caractère de *lex specialis*, il ne conviendrait pas qu'un État présente une demande fondée sur une règle de droit international coutumier si, par traité, il a déjà prévu des moyens de régler une telle demande.».

applicable des particularités du contexte dans lequel il doit être appliqué. Il arrive fréquemment aussi que son application puisse aboutir à un résultat plus équitable et mieux traduire l'intention des sujets de droit.

8) *Fonctions de la lex specialis*. La majeure partie du droit international revêt un caractère supplétif, ce qui signifie que le droit spécial peut être utilisé pour appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier le droit général, de même que pour l'écarter.

9) *L'effet de la lex specialis sur le droit général*. L'application du droit spécial n'emporte pas normalement extinction du droit général pertinent¹⁰¹⁵. Ce droit demeurera valable et applicable; il continuera, conformément au principe de l'harmonisation visé à la conclusion 4 *supra*, à orienter l'interprétation et l'application du droit spécial pertinent et deviendra pleinement applicable dans des situations non prévues par ce dernier¹⁰¹⁶.

10) *Types particuliers de droit général*. Le droit spécial ne peut cependant déroger à certains types de droit général¹⁰¹⁷. Le *jus cogens* est expressément non susceptible de dérogation ainsi que cela est énoncé dans les conclusions 32, 33, 40 et 41 *infra*¹⁰¹⁸. En outre, d'autres considérations peuvent amener à conclure que le droit général l'emporterait, auquel cas la présomption de la *lex specialis* ne pourrait pas s'appliquer, notamment le point de savoir:

¹⁰¹⁵ Ainsi, dans l'affaire du Nicaragua, *ibid.*, p. 95, par. 179, la Cour a noté: «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.»

¹⁰¹⁶ Dans *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 240, par. 25, la Cour a décrit le lien entre le droit des droits de l'homme et le droit applicable dans les conflits armés de la manière suivante: «... la protection offerte par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du Pacte... C'est toutefois ... à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du Pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du Pacte.»

¹⁰¹⁷ Il n'existe pas de définition acceptée du «droit international général». Aux fins des présentes conclusions, cependant, il suffit de définir le terme «général» par rapport à sa contrepartie logique, le terme «spécial». Dans la pratique, les juristes sont généralement en mesure de faire cette distinction en se référant au contexte dans lequel elle apparaît.

¹⁰¹⁸ Dans l'affaire *Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Irlande c. Royaume-Uni)* (Sentence finale du 2 juillet 2003), I.L.R., vol. 126 (2005), p. 364, par. 84, le tribunal arbitral a observé que: «même en ce cas, [le tribunal] doit suivre les règles pertinentes de *jus cogens* avec lesquelles la *lex specialis* des parties peut être incompatible».

- Si l'on peut déduire la primauté du droit général de la forme ou de la nature de celui-ci ou de l'intention des parties, selon le cas;
- Si l'application du droit spécial risquerait de vider de sa substance le *but* du droit général;
- Si des tiers bénéficiaires risqueraient de pâtir du droit spécial; et
- Si le droit spécial risquerait de porter atteinte à l'équilibre des droits et obligations établi dans le droit général.

3. Régimes spéciaux (autonomes)

11) *Les régimes spéciaux («autonomes») en tant que lex specialis.* Un groupe de règles et de principes intéressant une matière particulière peut former un régime spécial («régime autonome») et être applicable en tant que *lex specialis*. Ces régimes spéciaux sont souvent dotés d'institutions qui leur sont propres pour administrer les règles pertinentes.

12) On peut distinguer trois types de régimes spéciaux:

- Parfois, la violation d'un groupe particulier de règles (primaires) entraîne la mise en œuvre d'un ensemble particulier de règles (secondaires) concernant la violation et les réactions à cette violation. Tel est le cas principal visé à l'article 55 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États pour faits internationalement illicites¹⁰¹⁹.
- Parfois, cependant, un régime spécial est formé d'un ensemble de règles spéciales, y compris de droits et d'obligations, relatives à une matière particulière. Ces règles peuvent intéresser une région géographique (comme par exemple un traité relatif à la protection d'une certaine rivière) ou une

¹⁰¹⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 76. Dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, C.I.J. Recueil 1980, p. 40, par. 86, la Cour a dit: «Bref, les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus.»

question de fond (par exemple un traité réglementant les utilisations d'une arme particulière). Un tel régime spécial peut découler d'un traité unique, de plusieurs traités, ou d'un ou de plusieurs traités suivis d'une évolution non conventionnelle (pratique ultérieure ou droit coutumier)¹⁰²⁰.

- Enfin, il peut arriver que toutes les règles et tous les principes qui régissent une certaine matière soient rassemblés pour former un «régime spécial». Des expressions telles que «droit de la mer», «droit humanitaire», «droit des droits de l'homme», «droit de l'environnement» et «droit commercial», etc., désignent certains de ces régimes. Aux fins d'interprétation, de tels régimes peuvent souvent être considérés comme un tout.

13) *Effet du «caractère spécial» d'un régime.* L'importance d'un régime spécial réside souvent dans la façon dont ses normes expriment un objet et un but uniques. Ainsi, leur interprétation et leur application devraient, dans la mesure du possible, traduire cet objet et ce but.

14) *La relation entre les régimes spéciaux et le droit international général.* Un régime spécial peut déroger au droit général dans les mêmes conditions que la *lex specialis* de manière générale (voir les conclusions 8 et 10 *supra*).

15) *Le rôle du droit général dans les régimes spéciaux: combler les lacunes.* Le champ d'application du droit spécial est par définition plus étroit que celui du droit général. Il arrivera donc souvent qu'une question non régie par un droit spécial se pose au sein des institutions chargées de l'administrer. Dans de tels cas, le droit général pertinent sera applicable¹⁰²¹.

¹⁰²⁰ Voir affaire du *Vapeur Wimbledon*, C.P.J.I. série A n° 1 (1923), p. 23 et 24, où la Cour a observé: «[les règles concernant le Canal de Kiel dans le Traité de Versailles de 1919] diffèrent sur plus d'un point de celles auxquelles d'autres voies navigables intérieures de l'Empire [germanique] sont assujetties ... l'accès du Canal de Kiel est ouvert aux navires de guerre et au transit de toutes les nations qui sont en paix avec l'Empire, tandis que le libre accès des autres voies navigables de l'Allemagne ... est réservé aux seules puissances alliées et associées ... les stipulations du Traité de Versailles relatives au Canal de Kiel se suffisent donc à elles-mêmes».

¹⁰²¹ Ainsi, dans l'affaire *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, décision du 12 décembre 2001 (recevabilité), C.E.D.H., 2001-XII, p. 351, par. 57, la Cour européenne des droits de l'homme a analysé les relations entre la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le droit international général en ces termes: «la Cour rappelle que les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter ni s'appliquer dans le vide. Elle doit aussi prendre en considération toute

16) *Le rôle du droit général dans les régimes spéciaux: l'échec des régimes spéciaux.*

Les régimes spéciaux ou les institutions qu'ils créent peuvent échouer. On pourrait conclure à un échec lorsque l'on ne peut raisonnablement compter que le droit spécial remplira convenablement les objectifs pour lesquels il a été adopté. Cet échec pourrait se manifester, entre autres, par la non-réalisation par les institutions du régime des buts qui leur ont été fixés, le non-respect persistant par une ou plusieurs parties, la désuétude, le retrait de parties dont le rôle est déterminant pour le régime. Mais c'est avant tout par une interprétation de ses instruments constitutifs que l'on doit déterminer si un régime a «échoué» en ce sens. En cas d'échec, le droit général pertinent devient applicable.

4. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

17) *L'intégration systémique.* Le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités offre dans le cadre de cette Convention un moyen d'appliquer les relations d'interprétation (visées à la conclusion 2 *supra*). L'interprète d'un traité doit tenir compte de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». Cet article exprime l'objectif d'«intégration systémique» selon lequel, quelle que soit leur matière, les traités sont une création du système juridique international et leur application est fondée sur ce fait.

18) *L'interprétation en tant qu'intégration dans le système.* L'intégration systémique régit toute l'interprétation des traités, dont les autres aspects pertinents sont énoncés dans les autres paragraphes des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des

règle de droit international éventuellement pertinente lorsqu'elle examine les questions liées à sa propre compétence et, donc, déterminer la responsabilité de l'État selon les principes de droit international en vigueur, même si elle doit garder à l'esprit que la Convention présente ce caractère particulier d'être un traité relatif aux droits de l'homme. La Convention devrait être interprétée dans toute la mesure possible en harmonie avec les autres principes du droit international, droit dont elle fait partie.».

De même, dans *Corée – Mesures affectant les marchés publics* (19 janvier 2000), WT/DS163/R, par. 7.96, l'Organe d'appel de l'OMC a constaté la relation existant entre les Accords visés de l'OMC et le droit international général comme suit: «Nous notons que l'article 3.2 du Mémoire d'accord exige que nous cherchions, dans le contexte d'un différend particulier, à clarifier les dispositions existantes des Accords de l'OMC, conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Cependant, le lien entre les Accords de l'OMC et le droit international coutumier est plus large que cela. Le droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application. En d'autres termes, dans la mesure où il n'y a pas de conflit, ni d'incompatibilité, ni d'expression dans un accord visé de l'OMC donnant à entendre qu'il en va autrement, nous estimons que les règles coutumières du droit international s'appliquent aux traités de l'OMC et au processus d'élaboration des traités à l'OMC.».

traités. Ces paragraphes décrivent un processus de raisonnement juridique dans lequel des éléments particuliers auront plus ou moins de pertinence selon la nature des dispositions conventionnelles dans le contexte de l'interprétation. Dans de nombreux cas, la question de l'interprétation pourra être résolue dans le cadre du traité lui-même. Le paragraphe 3 c) de l'article 31 traite du cas dans lequel des sources matérielles extérieures au traité sont pertinentes pour son interprétation. Ces sources peuvent être notamment d'autres traités, des règles coutumières ou des principes généraux de droit¹⁰²².

19) *L'application de l'intégration systémique.* Si un traité fonctionne dans le contexte d'autres accords, l'objectif de l'intégration systémique s'appliquera en tant que présomption, avec des aspects à la fois positifs et négatifs:

a) Les parties sont réputées se reporter au droit international coutumier et aux principes généraux de droit pour toutes les questions que le traité ne résout pas lui-même en termes exprès¹⁰²³;

b) Lorsqu'elles contractent des obligations conventionnelles, les parties n'entendent pas agir de manière non conforme aux principes généralement reconnus du droit international¹⁰²⁴.

¹⁰²² Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)* (Fond), C.I.J. Recueil 2003, par. 41, la Cour a parlé des relations entre un traité bilatéral et le droit international général en se référant au paragraphe 3 c) de l'article 31, comme suit: «En outre, conformément aux règles générales d'interprétation des traités telles qu'elles ont trouvé leur expression dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation doit tenir compte "de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties" (par. 3 c) de l'article 31). La Cour ne saurait admettre que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du Traité de 1955 ait été conçu comme devant s'appliquer de manière totalement indépendante des règles pertinentes du droit international... L'application des règles pertinentes du droit international relatif à cette question fait donc partie intégrante de la tâche d'interprétation confiée à la Cour par ... le Traité de 1955.»

¹⁰²³ Affaire *Georges Pinson* (France/États-Unis du Mexique), sentence rendue le 13 avril 1928, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. V, p. 422. Il a été noté que les parties sont réputées se référer aux principes généraux du droit international pour ce qui concerne les questions que le traité ne résout pas lui-même en termes exprès ou autrement.

¹⁰²⁴ Dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)* (Exceptions préliminaires), C.I.J. Recueil 1957, p. 142, la Cour a déclaré: «C'est une règle d'interprétation qu'un texte émanant d'un Gouvernement doit, en principe, être interprété comme produisant et étant destiné à produire des effets conformes et non pas contraires au droit existant.»

Bien entendu, si tout autre résultat se dégage de l'application des méthodes ordinaires d'interprétation des traités, il convient de lui donner effet, à moins que les principes pertinents ne fassent partie du *jus cogens*.

20) *L'application du droit coutumier et des principes généraux de droit.* Le droit international coutumier et les principes généraux de droit revêtent une importance particulière pour l'interprétation d'un traité en vertu du paragraphe 3 c) de l'article 31, surtout lorsque:

- a) La règle conventionnelle est obscure ou ambiguë;
- b) Les termes utilisés dans le traité ont un sens reconnu en droit international coutumier ou selon les principes généraux de droit;
- c) Le traité est muet sur le droit applicable et l'interprète doit, appliquant la présomption de la conclusion 19 a) *supra*, rechercher des règles développées dans une autre partie du droit international pour trancher la question.

21) *L'application d'autres règles conventionnelles.* Le paragraphe 3 c) de l'article 31 fait aussi obligation à l'interprète d'examiner d'autres règles fondées sur des traités pour parvenir à un sens cohérent. Ces autres règles sont d'une importance particulière lorsque les parties au traité faisant l'objet de l'interprétation sont aussi parties à l'autre traité, lorsque la règle conventionnelle est passée dans le droit international coutumier ou exprime le droit international coutumier, ou lorsque ces règles établissent l'interprétation commune que font les parties de l'objet et du but du traité à interpréter ou du sens d'un terme particulier.

22) *L'intertemporalité.* Le droit international est un système juridique dynamique. Un traité peut indiquer si, en appliquant le paragraphe 3 c) de l'article 31, l'interprète ne devrait se référer qu'aux règles de droit international en vigueur au moment de la conclusion du traité ou s'il peut aussi tenir compte des modifications ultérieures du droit. En outre, le sens d'une disposition conventionnelle peut aussi être affecté par des

évolutions ultérieures, notamment si celles-ci se produisent dans le droit coutumier et les principes généraux de droit¹⁰²⁵.

23) *Notions ouvertes ou évolutives*. Les règles de droit international postérieures au traité faisant l'objet de l'interprétation peuvent être prises en considération surtout lorsque les notions utilisées dans le traité sont ouvertes ou évolutives. C'est le cas, en particulier, lorsque: a) la notion est de celles qui obligent à tenir compte des évolutions techniques, économiques ou juridiques ultérieures¹⁰²⁶; b) la notion énonce une obligation de poursuite du développement progressif incombant aux parties; ou c) la notion est de caractère très général ou exprimée en des termes tellement généraux qu'elle doit tenir compte d'un changement de circonstances¹⁰²⁷.

¹⁰²⁵ La règle traditionnelle a été fixée par l'arbitre Max Huber dans l'*Affaire de l'île de Palmas (États-Unis d'Amérique/Pays-Bas)*, sentence rendue le 4 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 845 dans le contexte de réclamations territoriales: «... un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque de ce fait, et non du droit en vigueur au moment où surgit ou doit être réglé un différend relatif à ce fait... Le même principe qui soumet un acte créateur de droit au droit en vigueur au moment où naît le droit exige que l'existence de ce droit, en d'autres termes sa manifestation continue, suive les conditions requises par l'évolution du droit».

¹⁰²⁶ Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. *Recueil* 1997, p. 67 et 68, par. 112, la Cour a fait observer ce qui suit: «En insérant dans le traité ces dispositions évolutives, les parties ont reconnu la nécessité d'adapter éventuellement le projet. En conséquence, le traité n'est pas un instrument figé et est susceptible de s'adapter à de nouvelles normes du droit international. Au moyen des articles 15 et 19, de nouvelles normes en matière d'environnement peuvent être incorporées dans le plan contractuel conjoint.»

Dans l'*Arbitrage concernant la ligne de chemin de fer Rhin d'acier (IJZEREN RIJN) (Belgique c. Pays-Bas)*, sentence rendue le 24 mai 2005, il n'était pas question d'une notion ou d'un terme générique mais d'un progrès technique quant au fonctionnement et à la capacité d'une ligne de chemin de fer. On a eu recours à une interprétation évolutive pour garantir l'application effective de l'objet et du but du traité. Le tribunal arbitral a constaté aux paragraphes 82 et 83: «L'objet et le but du Traité de séparation de 1839 étaient de résoudre les nombreux et difficiles problèmes qui compromettaient une séparation stable de la Belgique et des Pays-Bas: ceux de l'article XII étaient d'établir une liaison de transport entre la Belgique et l'Allemagne, le long d'un itinéraire fixé par le Traité de délimitation de 1842. L'objet du traité n'était pas fixé pour une durée limitée et son but était d'établir des "communications commerciales". Il s'ensuit nécessairement, même en l'absence de libellé spécifique, que les travaux allant au-delà de la réparation d'anciennes installations qui peuvent s'avérer nécessaires ou souhaitables de temps à autre pour assurer la viabilité commerciale contemporaine resteraient un élément concomitant du droit de transit que la Belgique pourrait demander. Cela étant, la totalité de l'article XII, avec son soigneux équilibre des droits et obligations des Parties, demeure en principe applicable à l'adaptation et à la modernisation demandées par la Belgique» (texte de la sentence (en anglais) consultable à l'adresse <http://www.pca-cpa.org> (dernière visite le 14 juillet 2006)).

¹⁰²⁷ Voir *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. *Recueil* 1971, p. 31, par. 53. La Cour a dit que la notion de «mission sacrée de civilisation» était par définition évolutive. «On doit donc admettre que les parties au Pacte [l']ont accepté[e] comme tel[le]. C'est pourquoi, quand elle envisage les institutions de 1919, la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international

5. Conflits entre normes successives

24) *Lex posterior derogat legi priori*. Selon l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, lorsque toutes les parties à un traité sont également parties à un traité antérieur sur le même sujet, et que ce dernier n'a pas pris fin ou que son application n'a pas été suspendue, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. Il s'agit là d'une expression du principe selon lequel «le droit postérieur prime le droit antérieur».

25) *Limites du principe de la «lex posterior»*. Le principe de la *lex posterior* est toutefois d'application limitée. Il ne peut par exemple s'appliquer automatiquement au cas dans lequel les parties au traité postérieur ne sont pas les mêmes que les parties au traité antérieur. En pareil cas, comme le prévoit le paragraphe 4 de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'État qui est partie à deux traités incompatibles a des obligations à l'égard des parties aux deux traités séparément. S'il ne peut remplir les obligations qui lui incombent en vertu des deux traités, il risque d'être responsable de la violation de l'un d'eux, sauf si les parties concernées en décident autrement. Dans ce cas, l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités peut lui aussi devenir applicable. Il est impossible de répondre par une règle générale à la question de savoir lequel des traités incompatibles devrait être appliqué et laquelle des violations de l'un ou l'autre traité devrait entraîner la responsabilité de l'État¹⁰²⁸. Les conclusions 26 et 27 ci-après exposent les considérations qui pourraient alors être prises en compte.

doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu.».

Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 67, par. 112, la Cour a noté ce qui suit: «[L]a Cour tient à relever que de nouvelles normes du droit de l'environnement, récemment apparues, sont pertinentes pour l'exécution du traité et que les parties pouvaient, d'un commun accord, en tenir compte en appliquant les articles ... du traité. Ces articles ne contiennent pas d'obligations spécifiques de faire, mais ils imposent aux parties, en s'acquittant de leurs obligations de veiller à ce que la qualité des eaux du Danube ne soit pas compromise et à ce que la protection de la nature soit assurée, de tenir compte des nouvelles normes en matière d'environnement lorsque ces parties conviennent des moyens à préciser dans le plan contractuel conjoint».

¹⁰²⁸ La jurisprudence sur les conflits entre normes successives n'est pas abondante. Toutefois un cas de conflit entre traités s'est présenté dans l'affaire *Slivenko et autres c. Lettonie* (décision sur la recevabilité du 23 janvier 2002), C.E.D.H., 2002-II, p. 14, par. 60 et 61, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'un traité bilatéral antérieur entre la Lettonie et la Russie ne pouvait pas être invoqué pour limiter l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: «Il découle du texte de l'article 57 1) de la Convention [européenne des droits de l'homme], combiné avec l'article 1, que la ratification de

26) *La distinction entre les dispositions conventionnelles qui relèvent du même «régime» et les dispositions qui relèvent de «régimes» différents.* Le principe de la *lex posterior* est le plus solide lorsqu'il concerne des dispositions contradictoires ou faisant double emploi de traités institutionnellement liés ou dont l'objet est de promouvoir des objectifs similaires (c'est-à-dire relevant du même régime). En cas de conflit ou de chevauchement entre des traités relevant de différents régimes, la question de savoir lequel est postérieur n'implique pas nécessairement une présomption de priorité de l'un sur l'autre. Les États liés par les obligations conventionnelles devraient plutôt essayer de les exécuter autant que possible dans une optique d'accommodation mutuelle et conformément au principe de l'harmonisation. Il ne saurait cependant être question de porter atteinte aux droits substantiels des parties au traité ou des tiers bénéficiaires.

27) *Types particuliers de traités ou de dispositions conventionnelles.* La présomption de la *lex posterior* ne peut pas s'appliquer lorsque les parties ont eu l'intention de l'exclure, ce qui peut être déduit de la nature des dispositions ou des instruments pertinents, ou de leur objet et de leur but. Les limitations applicables dans le cas de la présomption de la *lex specialis* énoncées dans la conclusion 10 peuvent aussi s'appliquer dans le cas de la *lex posterior*.

28) *Le règlement des différends à l'intérieur d'un régime ou d'un régime à l'autre.* Les conflits entre États concernant des dispositions conventionnelles contradictoires devraient normalement être réglés par la négociation entre les parties aux traités pertinents. Toutefois, lorsque aucune solution négociée n'est possible, il faudrait avoir recours, le cas échéant, à d'autres mécanismes de règlement des différends. Lorsque le conflit concerne des dispositions relevant d'un seul régime (tel que défini dans la conclusion 26 ci-dessus), il peut être approprié de le régler dans le cadre du mécanisme propre à ce régime. Cependant, lorsque le conflit concerne des dispositions de traités qui ne relèvent pas du même régime, il faudrait prêter une attention particulière à l'indépendance des moyens de règlement choisis.

la Convention par un État donné suppose que toute loi alors en vigueur sur son territoire soit conciliable avec la Convention... La Cour estime que les mêmes principes doivent s'appliquer à l'égard de toute disposition d'un traité qu'un État contractant a conclu avant de ratifier la Convention et qui risque de ne pas cadrer avec certaines de ses dispositions.».

29) *Accords inter se*. Le cas des accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (accords *inter se*) est couvert par l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. De tels accords sont une méthode souvent utilisée pour rendre plus efficace l'application du traité originel entre un nombre limité de parties à celui-ci qui sont désireuses de prendre des mesures plus concrètes ou plus ambitieuses pour réaliser l'objet et le but du traité. Des accords *inter se* peuvent être conclus si cela est prévu ou n'est pas expressément interdit par le traité originel et si l'accord «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» (art. 41 1) b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

30) *Clauses de conflit*. Lorsque des États adhèrent à des traités susceptibles d'être en conflit avec d'autres traités, ils devraient viser à régler les relations entre ces traités en adoptant des clauses de conflit appropriées. Au moment d'adopter de telles clauses, il convient d'avoir à l'esprit:

- a) Qu'elles ne sauraient porter atteinte aux droits de tiers;
- b) Qu'elles devraient être aussi claires et précises que possible. En particulier, elles devraient viser des dispositions spécifiques du traité et ne pas en compromettre l'objet et le but;
- c) Qu'elles devraient, selon le cas, être liées à des moyens de règlement des différends.

6. La hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies

31) *Les rapports hiérarchiques entre les normes de droit international*. Les principales sources du droit international (traités, coutume, principes généraux de droit tels qu'ils sont énoncés à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice) ne sont pas *inter se*

soumises à des relations hiérarchiques¹⁰²⁹. Il n'est pas d'une manière générale approprié de raisonner par analogie avec le caractère hiérarchique du système juridique interne en raison des différences entre les deux systèmes. Cela étant, certaines règles de droit international sont plus importantes que d'autres, ce qui leur confère une position supérieure ou un statut spécial dans le système juridique international. C'est ce que l'on exprime parfois en désignant certaines normes comme «fondamentales» ou comme l'expression de «considérations élémentaires d'humanité»¹⁰³⁰ ou de «principes intransgressibles du droit international»¹⁰³¹. L'effet que peuvent avoir de telles désignations est habituellement déterminé par le contexte ou l'instrument précis dans lequel la désignation apparaît.

32) *Les rapports hiérarchiques reconnus en fonction de la teneur des règles quant au fond: jus cogens.* Une règle de droit international peut être supérieure à d'autres règles du fait de l'importance de son contenu ainsi que de l'acceptation universelle de sa supériorité. Tel est le cas des normes impératives du droit international (*jus cogens*, art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), c'est-à-dire de toute norme «acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise»¹⁰³².

33) *Le contenu du jus cogens.* Les exemples les plus fréquemment cités de normes de *jus cogens* sont l'interdiction de l'agression, de l'esclavage et de la traite des esclaves, du génocide, de la discrimination raciale, de l'apartheid et de la torture, ainsi que les règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, et le droit à l'autodétermination¹⁰³³. D'autres règles peuvent également avoir le caractère

¹⁰²⁹ En outre, l'alinéa d de l'article 38 mentionne «des décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit».

¹⁰³⁰ *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

¹⁰³¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, par. 79.

¹⁰³² Art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités: «Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.»

¹⁰³³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, commentaire de l'article 40 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, par. 4 à 6. Voir aussi le commentaire de l'article 26, par. 5. Voir également *affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, C.I.J. Recueil 2006, par. 64.

de *jus cogens* dans la mesure où elles sont acceptées et reconnues par la communauté internationale des États comme des normes auxquelles aucune dérogation n'est permise.

34) *Les rapports hiérarchiques reconnus en vertu d'une disposition conventionnelle: Article 103 de la Charte des Nations Unies.* Une règle de droit international peut être également supérieure à d'autres en vertu d'une disposition conventionnelle. Ainsi, l'Article 103 de la Charte des Nations Unies dispose: «En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la [...] Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront.».

35) *Le champ d'application de l'Article 103 de la Charte.* L'Article 103 s'applique non seulement aux articles de la Charte mais aussi aux décisions contraignantes prises par des organes de l'ONU comme le Conseil de sécurité¹⁰³⁴. Vu le caractère de certaines dispositions de la Charte, la nature constitutionnelle de la Charte et la pratique établie des États et des organes de l'ONU, les obligations résultant de la Charte peuvent aussi prévaloir sur le droit international coutumier en cas de divergence.

36) *Le statut de la Charte des Nations Unies.* Il est également reconnu que la Charte des Nations Unies elle-même jouit d'un statut spécial en raison de la nature fondamentale de certaines de ses normes, en particulier ses buts et principes, et de son acceptation universelle¹⁰³⁵.

37) *Les règles spécifiant des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble: obligations erga omnes.* Certaines obligations ont un statut spécial en raison de leur champ d'application universel. Tel est le cas des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire des obligations d'un État envers la communauté internationale dans son ensemble. Ces règles concernent tous les États et tous les États peuvent être considérés comme ayant un

¹⁰³⁴ Affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)* (Mesures conservatoires), C.I.J. Recueil 1992, par. 42; et affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)* (Mesures conservatoires), C.I.J. Recueil 1992, par. 39 et 40.

¹⁰³⁵ Voir l'Article 2 (par. 6) de la Charte des Nations Unies.

intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés¹⁰³⁶. Tout État peut invoquer la responsabilité de l'État qui viole de telles obligations¹⁰³⁷.

38) *La relation entre les normes de jus cogens et les obligations erga omnes*. Il est reconnu que si toutes les obligations établies par des normes de *jus cogens*, comme il est indiqué dans la conclusion 33 ci-dessus, ont également le caractère d'obligation *erga omnes*, l'inverse n'est pas nécessairement vrai¹⁰³⁸. Toutes les obligations *erga omnes* ne sont pas établies par des normes impératives du droit international général. Tel est le cas, par exemple, de certaines obligations découlant «des principes et des règles

¹⁰³⁶ Selon les termes de la Cour internationale de Justice: «Une distinction essentielle doit ... être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase)* C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33. Ou, conformément à la définition donnée par l'Institut de droit international, une obligation *erga omnes* est: «... une obligation relevant du droit international général à laquelle un État est tenu en toutes circonstances envers la communauté internationale, en raison de ses valeurs communes et de son intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous les États à réagir»; Institut de droit international, «Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international», Session de Cracovie, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), art. 1^{er}.

¹⁰³⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 48, par. 1 b). Cela viserait notamment l'article premier commun de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, et la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, toutes du 12 août 1949.

¹⁰³⁸ Selon la Cour internationale de Justice: «Ces obligations découlent, par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général ... d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel». Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (deuxième phase)*, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 34. Voir aussi affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29. Voir aussi *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*. Avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, par. 155 et 159 (incluant, en tant qu'obligations *erga omnes*, «certaines des obligations ... en vertu du droit international humanitaire» ainsi que le respect du droit à l'autodétermination). Pour l'interdiction du génocide en tant qu'obligation *erga omnes*, voir affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, Arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 595, par. 31, et affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, C.I.J. Recueil 2006, par. 64. Dans l'affaire *Furundzija*, la torture a été définie à la fois comme norme impérative et comme obligation *erga omnes*, voir *Le Procureur c. Anto Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998, affaire n° IT-95-17/1, Chambre de première instance II, I.L.R., vol. 121 (2002), p. 260, par. 151.

concernant les droits fondamentaux de la personne humaine»¹⁰³⁹, ainsi que certaines obligations relatives à l'indivis mondial¹⁰⁴⁰.

39) *Les différentes approches du concept d'obligations erga omnes*. Le concept d'obligations *erga omnes* a aussi été employé pour viser des obligations relevant d'un traité multilatéral auxquelles un État partie à ce traité est tenu envers tous les autres États parties au traité (obligations *erga omnes partes*)¹⁰⁴¹ ou envers des États qui n'y sont pas parties, en tant que tierces parties bénéficiaires. En outre, des questions de statut territorial ont été fréquemment qualifiées par l'expression *erga omnes*, visant leur opposabilité à tous les États¹⁰⁴². Ainsi, il a été dit que les traités territoriaux et de frontières représenteraient une réalité juridique touchant nécessairement des États tiers, parce qu'ils ont un effet *erga omnes*¹⁰⁴³.

40) *La relation entre le jus cogens et les obligations découlant de la Charte des Nations Unies*. La Charte des Nations Unies ayant été universellement acceptée par les États, il est difficile d'envisager un conflit entre les normes de *jus cogens* et les obligations résultant de la Charte. En tout état de cause, aux termes de l'Article 24, paragraphe 2, de la Charte, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies,

¹⁰³⁹ Affaire de la *Barcelona Traction*, *ibid*.

¹⁰⁴⁰ Les obligations sont illustrées par l'article premier du Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 610, p. 205, et par l'article 136 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 396.

¹⁰⁴¹ Institut de droit international, «Les obligations *erga omnes* en droit international», Session de Cracovie, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), art. 1^{er} b).

¹⁰⁴² «Selon moi, lorsque existe un titre à une zone de juridiction maritime – qu'il s'agisse d'un plateau continental ou (*arguendo*) d'une zone de pêche – ce titre existe *erga omnes*, c'est-à-dire est opposable en droit international à tous les États», opinion individuelle de M. Oda, Vice-Président, affaire relative à la *Frontière maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, Arrêt, *C.I.J. Recueil* 1993, p. 100, par. 40. Voir de même l'opinion individuelle de M. De Castro, dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain)*, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, *C.I.J. Recueil* 1971, p. 177: «... parce que le statut, comme les *jura in re* – avec lesquels on le confond –, a une efficacité *inter omnes* ou *erga omnes*». Voir aussi l'opinion dissidente de M. Skubiszewski dans l'affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *C.I.J. Recueil* 1995, p. 248, par. 78 et 79.

¹⁰⁴³ *Government of the State of Eritrea v. The Government of the Republic of Yemen (Phase one: Territorial sovereignty and scope of the dispute)*, tribunal arbitral, 9 octobre 1998, *I.L.R.*, vol. 114 (1999), p. 48, par. 153.

lesquels comprennent des normes qui ont été par la suite traitées comme relevant du *jus cogens*.

41) *Le fonctionnement et l'effet des normes de jus cogens et de l'Article 103 de la Charte.*

- a) Toute règle en conflit avec une norme de *jus cogens* devient nulle *ipso facto*;
- b) Toute règle en conflit avec l'Article 103 de la Charte des Nations Unies devient inapplicable par suite de ce conflit et dans la mesure de celui-ci.

42) *La hiérarchie des normes et le principe de l'harmonisation.* Les conflits entre les règles de droit international devraient être réglés conformément au principe de l'harmonisation, tel qu'il est énoncé dans la conclusion 4 ci-dessus. En cas de conflit entre l'une des normes hiérarchiquement supérieures visées dans la présente section et une autre norme de droit international, cette dernière devrait, dans la mesure du possible, être interprétée d'une manière compatible avec la première. En cas d'impossibilité, la norme supérieure prévaut.



United Nations

(Excerpt)

Report of the International Law Commission

**Fifty-seventh session
(2 May-3 June and 11 July-5 August 2005)**

General Assembly
Official Records
Sixtieth session
Supplement No. 10 (A/60/10)

462. It was pointed out that human rights law, for example, had always been fragmented into different compartments: political rights, economic rights, rights of the third generation, and so on. It was agreed, however, that the Study Group should not embark upon a discussion of problems of cultural relativism in human rights. In regard to security issues, the opinion was expressed that although the principle of non-intervention was more entrenched in the Western hemisphere than elsewhere, there might be a need to mention recent activities of regional organizations such as the African Union in peacekeeping and peace enforcement. However, others expressed the view that the regional approaches under Chapter VIII of the Charter did not emerge as “fragmentation” but concerned the application of specific Charter provisions.

463. The Study Group held a separate discussion, on the basis of a paper by one of its members, Mr. C.P. Economides, of the so-called “disconnection clause” that had been inserted in many multilateral conventions, according to which in their relations *inter se* certain of the parties to the multilateral convention would not apply the rules of the convention but specific rules agreed among themselves. This clause had often been inserted at the request of the members of the European Union. In particular, three types of such clauses had typically been made. As a general rule, the exclusion of the provisions of the relevant treaty was complete;³⁷³ and in exceptional cases, it was partial,³⁷⁴ or optional.³⁷⁵ The objective of such clauses was to ensure

³⁷³ For example article 27 (1) of the European Convention on Transfrontier Television, Strasbourg, 1989, provides:

“In their mutual relations, Parties which are members of the European Community shall apply Community rules and shall not therefore apply the rules arising from this Convention except insofar as there is no Community rule governing the particular subject concerned.”

See also article 25 (2) of the Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment, Lugano, 1993.

³⁷⁴ Article 20 (2) of the Protocol on Civil Liability and Compensation for Damage Caused by the Transboundary Effects of Industrial Accidents on Transboundary Waters, Kiev, 2003, provides:

“In their mutual relations, Parties which are members of the European Community shall apply the relevant Community rules instead of articles 15 and 18.”

³⁷⁵ Article 13 (3) of the UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, Rome, 1995, provides:

that European law takes precedence over the provisions of the multilateral convention in the relations among States members of the Community and between those States and the Community itself. The clause had no effect on the rights and obligations of States not members of the Community or of the Community itself, or States members of the Community towards them.

464. Some members felt that the proliferation of such clauses was a significant negative phenomenon. The opinion was even expressed that such clauses might be illegal inasmuch as they were contradictory to the fundamental principles of treaty law. Others, however, observed that whatever their political motives or effects, such clauses were still duly inserted in the relevant conventions and their validity thus followed from party consent. It was difficult to see on what basis parties might be prohibited from consenting to them. The Study Group agreed, however, that such clauses might sometimes erode the coherence of the treaty. It was important to ensure that they would not be used to defeat the object and purpose of the treaty. Nonetheless, it was felt impossible to determine their effect *in abstracto*.

465. It was also pointed out that in some situations the result may not be as problematic, particularly if the obligations assumed by the parties under the disconnection clause were intended to deal with the technical implementation of the provisions of the multilateral convention or are more favourable than those of the regime from which it departs.

466. On the basis of the discussion, the Study Group agreed that “regionalism” should not have a separate entry in the final substantive report. Rather, various aspects of the memorandum and the debate would be used as examples in the overall *schema* of the topic, especially in connection with the *lex specialis* rule. Mention of regionalism as a factor contributing to fragmentation should also be included in the introduction of the final report. It should be borne in mind, however, that its role was not only negative. It was often useful as a form of

“In their relations with each other, Contracting States which are Members of organizations of economic integration or regional bodies may declare that they will apply the internal rules of these organizations or bodies and will not therefore apply as between these States the provisions of this Convention the scope of application of which coincides with that of those rules.”



Nations Unies

(Extrait)

Rapport de la Commission du droit international

**Cinquante-septième session
2 mai-3 juin et 11 juillet-5 août 2005**

**Assemblée générale
Documents officiels
Soixantième session
Supplément n° 10 (A/60/10)**

Le Groupe d'étude est toutefois convenu qu'il ne devait pas se lancer dans un examen des problèmes de relativisme culturel en matière de droits de l'homme. S'agissant des questions de sécurité, on a dit que si le principe de non-intervention était plus enraciné dans l'hémisphère occidental qu'ailleurs, peut-être fallait-il mentionner des activités récentes d'organisations régionales comme l'Union africaine dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité. D'autres ont toutefois déclaré que les approches régionales au titre du Chapitre VIII de la Charte ne relevaient pas de la «fragmentation» mais concernaient l'application de dispositions spécifiques de la Charte.

463. Le Groupe d'étude a tenu un débat distinct, sur la base d'une note rédigée par un de ses membres, M. C. P. Economides, sur la clause dite de «déconnexion» qui, dans de nombreuses conventions multilatérales, prévoit que dans leurs relations mutuelles, certaines des parties à la convention n'appliquent pas les règles énoncées par celle-ci, mais des règles spécifiques qu'elles ont arrêtées ensemble. Cette clause a souvent été insérée à la demande de membres de l'Union européenne. Il en existe trois types: l'exclusion des dispositions du traité en question est en général totale³⁷³, et exceptionnellement partielle³⁷⁴, ou facultative³⁷⁵. Cette clause vise à faire

³⁷³ Par exemple, l'article 27 1) de la Convention européenne sur la télévision transfrontière, faite à Strasbourg, en 1989, dispose:

«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.»

Voir également l'article 25 2) de la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, signée à Lugano en 1993.

³⁷⁴ L'article 20 2) du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, signé à Kiev en 2003, dispose:

«Dans leurs relations mutuelles, les Parties qui sont membres de la Communauté européenne appliquent les règles communautaires pertinentes au lieu des articles 15 et 18.»

³⁷⁵ L'article 13 3) de la Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, signée à Rome en 1995, dispose:

«Dans leurs relations mutuelles, les États contractants membres d'organisations d'intégration économique ou d'entités régionales peuvent déclarer qu'ils appliquent les règles internes de ces organisations ou entités et n'appliquent donc pas dans ces relations les dispositions de la présente Convention dont le champ d'application coïncide avec celui de ces règles.»

prévaloir le droit européen sur les dispositions de la convention multilatérale concernée dans les relations entre les États membres de la Communauté et entre ces États et la Communauté elle-même. Elle n'a pas d'effet sur les droits et obligations des États qui ne sont pas membres de la Communauté, ni de la Communauté elle-même, ou de ses États membres vis-à-vis de ces États.

464. Certains membres ont estimé que la prolifération de telles clauses était fâcheuse. On a même dit qu'elles étaient peut-être illicites dans la mesure où elles étaient contraires aux principes fondamentaux du droit des traités. D'autres membres ont par contre fait observer que, quels que fussent leurs motifs ou effets politiques, ces clauses n'en étaient pas moins dûment insérées dans les conventions pertinentes et leur validité découlait donc du consentement des parties. Il était difficile de voir sur quelle base on pourrait interdire auxdites parties d'y consentir. Le Groupe d'étude a néanmoins conclu que de telles clauses risquaient de porter atteinte à la cohérence du traité, et qu'il importait de veiller à ce qu'elles ne soient pas utilisées à l'encontre de son objet et de son but. Il était toutefois impossible d'en déterminer l'effet *in abstracto*.

465. On a aussi fait observer que dans certaines situations le résultat n'était peut-être pas aussi problématique, en particulier si les obligations assumées par les parties en vertu de la clause de déconnexion visaient l'application des dispositions de la convention multilatérale ou étaient plus favorables que celles du régime duquel elles s'écartaient.

466. Sur la base du débat, le Groupe d'étude a conclu que le «régionalisme» ne devait pas faire l'objet d'une règle distincte dans le rapport final. Il utiliserait au lieu de cela divers aspects du mémorandum et du débat comme exemples du schéma d'ensemble du sujet, en particulier en ce qui concerne la règle de la *lex specialis*. Il faudrait également mentionner le régionalisme comme facteur contribuant à la fragmentation dans l'introduction du rapport final. Il ne fallait toutefois pas oublier que le rôle du régionalisme n'est pas seulement négatif. Il était souvent utile comme modalité d'application du droit général (comme, par exemple, dans le cas de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer). La question de la clause de déconnexion en tant que technique conventionnelle spéciale utilisée par l'Union européenne serait examinée dans le cadre des analyses de la compréhension des diverses relations entre le droit général et le droit spécial dans l'étude «Fonction et portée de la règle de la *lex specialis* et question des "régimes autonomes"».

Draft UNESCO Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions

Ensuring the capacity of the European Community to become party to the Convention

Illustrative draft amendments

1. **“The Commission shall ensure that the future convention contains appropriate provisions enabling the European Community to become a contracting party to it.”¹**

- ***“As a general comment, the expression “State Parties” should be replaced by “Contracting Parties” throughout the text.”²***

The expressions "State Parties" shall be replaced by "contracting Parties" or "Parties" throughout the text. (Except in specific provisions which are only applicable to States such as art. 29 concerning federal or non-unitary constitutional systems).

Another possibility would be to use the expression "Parties" and to insert in art.4 on definitions something like "Parties are States or regional economic integration organizations."

Another possibility is to have a general clause assimilating regional economic integration organisations to “State parties” (e.g. Article 1 of the UN Convention on the Law of the Sea: “This Convention applies mutatis mutandis to the entities referred to in article [...], which become Parties to this Convention in accordance with the conditions relevant to each, and to that extent “States Parties” refers to those entities”).

- ***“The final provisions of the Convention need to be adapted to make it possible for the Community to accede to it ...”³***

Based on the provisions of the wording of article 35 the WHO Framework Convention on Tobacco Control and the definition of Regional Economic Integration Organization provided in the Convention on Biological Diversity, article 25 of the draft Convention could be amended as follows:

Article 25: Ratification, acceptance or approval

1. This Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval by States Members of UNESCO in accordance with their respective constitutional procedures.

¹ Extract from the Negotiating Directives annexed to the Council Decision authorising the Commission to participate, on behalf of the Community, in the negotiations within UNESCO on the convention on the protection of the diversity of cultural contents and artistic expressions

² Extract from the Communication of the European Community and its Member States to UNESCO on the preliminary draft UNESCO Convention on the protection of the diversity of cultural contents and artistic expressions - Paris, 15 November 2004

³ Idem foot note 2

2. This Convention shall also be subject to ratification, acceptance or approval by regional economic integration organizations constituted of sovereign States of a given region, to which their member States have transferred competence in respect of matters governed by this Convention and which have been duly authorized, in accordance with their internal procedures, to ratify, accept or approve to it.

3. In the case of economic integration organizations which become a Party to this Convention, one or more of whose Member States is a Party to the Convention, the organisation and the Member States shall not be entitled to exercise rights under the Convention concurrently. The economic integration organization exercises its voting rights correspondent to the number of its member States which are parties to the Convention.

4. The instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Director-General of UNESCO.

2. **“The Commission shall ensure that the future convention contains appropriate provisions guaranteeing the primacy of Community law over the provisions of the convention with regard to the relationships between Member States of the European Union.”⁴**

- *“The final provisions of the Convention need to be adapted ... to ensure, where appropriate, the application of European Community law in the relations between the Member States of the European Union.”⁵*

A new article should be inserted between art 29 and 30:

Article 29bis: Regional economic integration organizations

Notwithstanding the rules of the present Convention, those Parties which are member of a regional economic integration organization constituted by sovereign States to which their member States have transferred competence over matters governed by this Convention, shall apply in their mutual relations the common rules in force in that regional economic integration organization.

⁴ Idem foot note 1

⁵ Idem foot note 2

Draft UNESCO Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions

Ensuring the capacity of the European Community to become party to the Convention

Argumentaire

1. Participation Clause

The European Community (EC) must ensure that the future Convention contains appropriate provisions enabling it to become a contracting party¹.

The EC explained in the plenary session of the February intergovernmental experts session that the participation of the EC, beside its 25 constituting Member States, is a legal requirement imposed by the EU legal order when matters addressed by an international binding instrument in negotiation, such as the future Convention, cover in part the competence of the EC.

Please find attached, as requested by Professor Asmal in the concluding remarks of the February session, the text of such "participation clause" to be inserted into Article 25 of the draft Convention.

In addition to this clause, the expression "State Parties" should be replaced by "Contracting Parties" throughout the text of the draft Convention.

2. Disconnection Clause

The European Community must ensure that the future Convention contains appropriate provisions guaranteeing that the Convention will not affect the relationships between Member States of the European Union, nor the relationships between the latter and the European Community².

The EC also explained during the February session that this is a legal constraint imposed by EC law which only affects the internal relations of the Member States of the EU and that of the European Community: EU Member States need to respect EC law and its implications in their mutual relations in matters which are also covered by an international binding instrument to which they are Parties, such as the future Convention.

Relations between one or several Member States of the EU, or the European Community itself, and third Parties to the future Convention in areas covered by the future Convention and by EC law will always be governed by the future Convention.

The necessity for the EC to enter a disconnection clause when negotiating an international binding instrument, such as the future Convention, is of legal and procedural nature. It has therefore no incidence nor effect of any kind on the substance of the legal obligations that

¹ Pursuant to the Communication of the European Community and its Member States to UNESCO on the preliminary draft UNESCO Convention on the protection of the diversity of cultural contents and artistic expressions - Paris, 15 November 2004.

² Idem.

the Member States of the EU and the European Community have vis-à-vis third countries Parties to the future Convention within the framework of the future Convention.

Please find enclosed the text of such clause to be inserted after Article 28 of the draft Convention.

Annex : Illustrative draft amendments