

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/228185142>

Dynamic Interpretation of International Treaties

ARTICLE · JULY 2011

READS

27

1 AUTHOR:



Giovanni Distefano

Université de Neuchâtel

52 PUBLICATIONS 3 CITATIONS

SEE PROFILE

L'INTERPRETATION EVOLUTIVE DE LA NORME INTERNATIONALE

par

Giovanni DISTEFANO

Professeur à l'Université de Neuchâtel

*« Qu'est-ce donc le temps ?
Si nul ne me le demande, je le sais ;
si je veux l'expliquer à qui m'interroge,
je ne sais plus ! »
(Saint-Augustin)**

Nulle part peut-être comme dans l'interprétation évolutive – où il est question de (re-)donner de la vie à un texte – n'apparaît aussi clairement que l'herméneutique est un art¹ qui s'exerce non pas *more geometrico*, mais selon l'esprit de finesse. D'entrée de jeu, force est d'émettre quelques considérations terminologiques et conceptuelles préliminaires². Cette expression est, bien qu'elle se fasse saisir intuitivement, quelque peu trompeuse ; comme il a été observé « *ce n'est pas l'interprétation elle-même, mais le droit international ou le sens des notions ou de termes employés par lui qui sont susceptibles d'évoluer, et cette évolution influe sur l'interprétation* »³. Avec cette mise en garde à l'esprit, il convient de distinguer entre deux types d'interprétation évolutive : l'interprétation évolutive endogène, c'est-à-dire basée sur la pratique subséquente, par opposition à l'interprétation évolutive exogène, que l'on peut appeler systémique évolutive. S'il est vrai que ces deux types d'interprétation diachroniques ne se distinguent pas – bien évidemment – par rapport au résultat

* Saint-Augustin, *Confessions*, Livre XI, Chap. 14/17.

¹ Dans un colloque consacré aux « techniques interprétatives », il est utile d'observer que le terme « *τεχνη* » correspond, dans son acception large, au terme latin de *ars*, à savoir la capacité *pratique* d'agir afin de parvenir à une fin déterminée.

² Sur les prémisses conceptuelles de l'interprétation évolutive en général, cf. W.N. ESKRIDGE Jr, *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge (Mass.), Harvard Univ. Press, 1994 ; H.M. HART JR., A.M. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, St. Paul (Minn.), Foundation Press, 1994.

³ A. MARTIN, « L'interprétation dite évolutive des termes insérés dans des traités internationaux. Regards sur un arrêt du Tribunal fédéral suisse », in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Bâle, 1992, p. 439. Certes, cela est vrai si l'on entend l'interprétation comme opération ou activité ; il en va tout autrement si on la considère – les deux acceptions sont tout-à-fait possibles – comme résultat de cette activité, alors, oui, on peut dire qu'elle proprement évolutive.

final⁴, qui est celui de l'évolution du droit, il n'en est pas moins vrai qu'ils diffèrent non seulement de par leur genèse⁵ mais également par rapport aux modalités de cette évolution.

Le trait commun à ces deux types d'interprétations évolutives réside dans la présence de la dimension temporelle ; tous deux incarnent l'idée d'un traité qui évolue dans le temps, d'un texte que l'interprète doit lire avec des nouvelles lunettes. La différence, en revanche, se situe dans l'origine et dans la cause de ces nouvelles lunettes. Pour le premier type, à savoir la pratique subséquente (ou interprétation évolutive endogène), ce qui invite l'interprète à les chausser est sa prise de conscience qu'une volonté (parfois nouvelle) des Parties au traité a émergé comme adaptation⁶ à une modification des faits sociaux, à l'émergence de nouveaux phénomènes (ou à tout le moins différents) qui devront être régis par l'instrument conventionnel. Les Etats, confronté à ces faits, se résolvent à appliquer le traité en l'adaptant : on pourrait selon les cas (mais aussi selon les sensibilités linguistiques et conceptuelles) parler de volonté évolutive ou adaptative.

Le second type, à savoir l'interprétation systémique dynamique (ou interprétation évolutive exogène), préfigure un changement dans le système normatif entourant le traité. En d'autres termes, l'environnement normatif a changé depuis la conclusion du traité. L'évolution, qui provient de l'environnement normatif, finit par se *répercuter* (c'est l'idée de système) sur le traité. Il s'agit partant d'une évolution (de nature juridique) *exogène* au traité, alors que dans le premier type d'interprétation évolutive, il est question d'un changement *endogène* au traité face à des nouveaux phénomènes factuels. Dans ce cas de figure, le traité subit de plein fouet les assauts des Faits et les Etats y répondent en l'adaptant (une réaction autogène précisément), dans le second cas le traité est *contaminé* par les modifications qui sont intervenues dans le système normatif (induites par les comportements des Etats parties ainsi que par les autres Etats). Dans la « Règle générale d'interprétation » codifiée – et largement développée – par la CVDT en son art. 31, ces deux types d'« interprétation évolutive » se retrouvent inscrits respectivement aux alinéas b) et c) du troisième paragraphe de cette disposition. C'est dans cet ordre, qui n'est pas le fruit d'un hasard, que nous allons les examiner.

⁴ « [S]aisir la signification véritable du droit intertemporel nous oblige à nous interroger sur la qualité de l'acte juridique considéré à la lumière non seulement de la pratique alléguée, mais aussi de l'ensemble du droit relatif à la protection, c'est-à-dire en nous référant à son objet et en prenant en compte d'autres règles pertinentes à l'époque », op. individuelle du juge AL-KHASAWNEH, *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, arrêt du 10 octobre 2002 (fond) : *CIJ Recueil* 2002, p. 502 (c'est nous qui soulignons).

⁵ Il suffit de regarder les travaux de la CDI et de l'IDI pour s'en rendre compte.

⁶ Cf. Ch. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 28.

I. INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE ENDOGÈNE (PAR PRATIQUE SUBSÉQUENTE)

Nous avons déjà eu l'occasion de nous pencher sur ce sujet il y a seize ans de cela⁷ Certes, non seulement notre position a évolué, mais également et surtout les Etats, la jurisprudence ainsi que la réflexion doctrinale nous ont fourni depuis lors une vaste moisson sur laquelle il convient de méditer. Dans cet esprit de pratique subséquente à nos premières études, nous allons nous attaquer à la question de l'interprétation évolutive.

A. Caractéristiques générales

Par la locution « pratique interprétative » nous entendons l'interprétation de l'accord (ou de certaines de ses dispositions) par voie de pratique subséquente des Etats parties à un traité. Assurément, l'interprétation peut aller jusqu'à modifier les termes du traité, mais cela ne sera pas étudiée ici⁸. Lorsqu'on parle de pratique subséquente des parties dans l'application des accords internationaux, il y a lieu de rappeler qu'il existe souvent un dédoublement fonctionnel (à l'intérieur de l'ordre juridique interne de l'Etat), entre d'une part les organes qui ont concouru à la formation de la volonté étatique consacrée dans le traité, et d'autre part les organes (administration, pouvoir judiciaire, rangs subalternes⁹ de l'exécutif et du législatif) qui sont appelés à l'appliquer. Nous savons que la superposition des volontés des cocontractants constitue la *causa* de l'accord qu'ils concluent. Un des corollaires de cette affirmation veut que le pouvoir d'interpréter une règle juridique échoie à ceux qui l'ont posée et qui par conséquent, peuvent la modifier ou l'abroger. Ce principe, canonisé par l'adage « *Eius est interpretare legem cuius condere* » se place sous le libellé d'« interprétation authentique ». L'adjectif met justement en relief l'identité entre volonté (source) normatrice et volonté (source) interprétative. Si les termes

⁷ « La pratique subséquente des Etats parties à un traité », *AFDI*, vol. (1994), pp. 41-71. Dans le souci de ne pas renvoyer systématiquement le lecteur à cet article, nous nous sommes permis de nous cannibaliser par endroits.

⁸ Cf. G. DISTEFANO, *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Paris, Pedone, 2002, pp. 201-237. Cette possibilité a été encore récemment admise par le tribunal arbitral en 2003 dans l'affaire de la *Question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, décision du 14 janvier 2003, *RSA*, vol. 25, § 74, ainsi que par la Cour internationale de Justice en 2008 dans l'affaire relative à la *Souveraineté sur Pedra Blanca / Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie /Singapour)*, arrêt du 23 mai 2008 : *CIJ Recueil 2008*, §§ 121-125, 275-276.

⁹ « En déléguant à des autorités subalternes la mise en œuvre d'importants aspects de la convention, les Parties contractantes ont admis que le comportement de ces autorités leur est imputable » *RSDIE*, vol. 8 (1998), p. 633. L'exercice du treaty-making power et le degré d'imputabilité dans le système de responsabilité internationale seraient-ils identiques ? Face aux réticences des Etats, il est difficile de le croire (Cf. G. DISTEFANO, *op. cit.* (1994), p. 61). BERNHARDT (R. « Evolutive Treaty Interpretation, Especially for the European Convention on Human Rights », *GYIL*, vol. 42 (1999), p. 23) n'admet – assez étrangement – cette possibilité que pour les organes subalternes dépendant de l'exécutif, excluant inexplicablement le pouvoir judiciaire qui est souvent appelé à interpréter les traités internationaux et dont la pratique est prise en compte afin de déceler l'*opinio iuris* de l'Etat.

des dispositions du traité (ou de certaines d'entre elles) se révèlent ambiguës ou se prêtent à l'interprétation, il est nécessaire, afin de déterminer les contours exacts des droits et des obligations prescrits par l'instrument, de les éclairer en recherchant la volonté commune des parties. A cet égard, la science juridique propose certaines solutions (ou règles herméneutiques), également utiles en droit international ; elles s'offrent à l'interprète comme des outils afin de discerner la volonté commune des parties. Pour ces méthodes, il convient de considérer comme décisive la pratique subséquente des Parties dans l'application du traité. A la lumière de ces considérations, on peut soutenir que si le recours aux travaux préparatoires souligne le souci de connaître cette volonté dans la phase gestatoire du traité, recourir à l'examen de l'application et de l'exécution de ce dernier souligne le besoin d'établir ladite volonté sur le terrain. Encore, les travaux préparatoires ne nous éclairent-ils qu'au regard des intentions embryonnaires des parties à un traité, alors que l'analyse de la pratique subséquente des Etats contractants constitue assurément une interprétation *authentique et pratique* de leur volonté commune véhiculée par l'instrument conventionnel. L'interprétation du traité par le truchement de la pratique applicative subséquente est « *un cas particulier de l'interprétation historique et notamment de l'interprétation usuelle ; (...) on pourrait l'appeler l'interprétation pratique, ou bien interprétation quasi-authentique* »¹⁰ sur le fait que celle-ci est le fruit de la volonté expresse des parties couchée sur papier. La pratique applicative ne constitue que la *preuve factuelle* de l'accord interprétatif tacite des parties, et leur comportement subséquent dans l'application du traité révélerait leur accord commun au regard du sens, de la portée, de la signification de ses dispositions : il donnerait ainsi corps à une interprétation authentique tacite. Par conséquent, ce n'est pas la pratique ultérieure en tant que telle qui fonde l'interprétation donnée par les parties du texte conventionnel, mais c'est dans l'accord (tacite) entre elles, cristallisé par leur comportement convergent et assonnant, que réside le fondement juridique de cette méthode d'interprétation. La doctrine unanime est à l'unisson de la pratique arbitrale et judiciaire¹¹. Car, depuis la tentative de codification privée menée par la *Harvard Law School* (art. 19 du Projet de Convention), jusqu'aux travaux effectués au sein de la CDI qui aboutirent à la CVDT, les caractères de la fonction interprétative par voie de pratique subséquente se résument à une pratique commune, convergente, et uniforme. Le comportement ultérieur des

¹⁰ L. EHRLICH, « L'interprétation des traités », *RCADI*, vol. 24 (1928-IV), p. 48.

¹¹ Voir pour tous : J.-P. COT, « La conduite subséquente des parties à un traité », *RGDIP*, vol. 70 (1966), p. 642 ; MCNAIR, Lord Arnold, *The Law of Treaties*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 424 ; PHILLIMORE, Sir Robert, *Commentaries upon International Law*, vol. II. London, Butterworths, 1882, p. 97 ; M.K. YASSEEN, « Interprétation des Traités d'après la Convention de Vienne », *RCADI*, vol. 151 (1976-III), par. 15 ; R. BERNHARDT, « Interpretation and Implied (Tacit) Modification of Treaties », *ZaöRV*, vol. 27 (1967-III), p. 499 ; F. CAPOTORTI, « Sul valore della prassi applicativa dei trattati secondo la Convenzione di Vienna. », in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1987, p. 210

parties dans l'application d'un traité qui remplira ces trois conditions sera considéré comme un moyen authentique d'interprétation, au même titre que les accords interprétatifs proprement dits (au sens de l'art. 31 § 3 lit. a) de la CVDT). A cet égard, la science juridique internationale fait preuve d'une souplesse extrême, inconnue dans les ordres juridiques internes. En effet, preuve en est l'équivalence, par rapport à leur valeur normative, entre les accords interprétatifs écrits et l'interprétation des accords par voie de pratique subséquente. C'est là une énième démonstration du *non-formalisme* (ou d'un autre genre de formalisme propre à l'ordre juridique international) sous-jacent aux relations juridiques entre Etats et maintes fois mise en lumière par la pratique jurisprudentielle et par la doctrine, attentives aux caractéristiques et aux exigences propres à l'ordre juridique international. Il en découle que si la pratique doit être commune, elle ne doit pas forcément être constituée par des comportements actifs. En d'autres termes, l'accord des volontés des parties quant à l'interprétation du traité peut également (et il en va souvent ainsi) se coaguler à partir d'un ensemble de comportements passifs et actifs à la fois et de l'interaction entre eux. Dans son commentaire à l'art. 27 § 3 litt.c [futur art. 31 § 3 lit. b) CVDT] relatif aux moyens d'interprétation authentique, la CDI réitéra *ad nauseam* que le fait d'avoir omis le mot « toutes » signifie qu'il n'est pas nécessaire que toutes les parties participent à la formation de l'accord par comportement actif, mais qu'il suffit qu'elles acceptent cette pratique¹².

En raison de son comportement, formé par le truchement d'actes ou de faits concluants¹³, l'Etat est alors forcé à invoquer l'inopposabilité à son égard de cette pratique. Il va de soi que *l'onus probandi* incombe à la partie qui invoque la pratique interprétative, et si elle est établie par le juge, elle prime sur l'intention originale des parties telle qu'elle ressortirait de l'interprétation littérale des termes du traité. Car, les Etats contractants, s'engageant par un traité, visent à ce que ce dernier soit effectivement exécuté. Les parties entendent, par la conclusion du traité, instaurer entre elles un faisceau de relations juridiques afin de régler certaines matières. Il s'ensuit que l'interprète, loin de ne s'attacher qu'à la seule volonté commune consacrée par le texte du traité, doit avoir constamment à l'esprit le souci de son application effective. La jurisprudence internationale met ainsi en évidence la nécessité pour l'interprète d'effectuer une *construction pratique* du traité aux fins interprétatives¹⁴. Nous nous bornons ici à souligner que la prise en compte, par l'interprète, de la nécessité d'une application effective du

¹² Commentaire de la CDI à son art. 27 § 3 lit. b) du projet d'articles sur le droit des traités, *ACDI*, 1966, vol. II, p. 242 (devenu l'art. 31 § 3 lit. b).

¹³ Aussi bien des actes unilatéraux que des accords ultérieurs, cf. *Délimitation maritime dans la région située entre le Groënland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt du 14 juin 1993 : *CIJ Recueil* 1993, § 28, p. 51.

¹⁴ « (...) il peut suffire d'observer que la Cour, en déterminant la nature et l'étendue d'une disposition, doit envisager ses effets pratiques plutôt que le motif prédominant par lequel on la suppose avoir été inspirée », *Compétence de l'Organisation internationale du Travail pour régler accessoirement le travail personnel du patron*, avis consultatif du 23 juillet 1926 : *CPJI Recueil* B 13, p. 19.

traité remplit une fonction stabilisatrice. De ce fait, il y a toujours lieu d'opter pour cette interprétation qui rende possible l'application effective de l'engagement conventionnel et, à cet effet, la pratique applicative indique précisément à l'interprète quelle est la voie à suivre.

B. L'émergence d'une volonté nouvelle (ou adaptée)

Cette adaptation peut revêtir également une fonction de développement progressif du droit international¹⁵. En effet, les volontés qui ont donné vie à l'accord ne sont pas momifiées à jamais dans celui-ci ; l'acte juridique qu'est le traité n'est pas sclérosé dans le temps et, étant une création humaine, évolue aussi. Par conséquent, l'interprétation du traité par voie de pratique subséquente peut établir l'émergence d'une volonté ultérieure privilégiant une construction interprétative pratique¹⁶. Cette adaptation du traité à la réalité évite, dans bien des cas, que l'engagement conventionnel ne soit balayé par une réalité désormais étrangère au cadre normatif. Afin de battre en brèche un *changement fondamental de circonstances*, voire la caducité du traité suite à la *survenance d'une situation rendant impossible l'exécution*, les parties adaptent constamment le traité pour qu'il n'y ait pas de décalage important entre la réalité normative et la réalité factuelle¹⁷. Dans les effets, il y a certainement un continuum entre la volonté initiale, la volonté émergente jusqu'à la modification voire à l'extinction du traité, mais, au niveau ontologique la différence n'est plus de degré, mais bien au contraire de substance. Dans ce contexte de frontière entre modification et interprétation, Sir Gerald Fitzmaurice évoque l'« *emergent purpose* » que la pratique applicative du traité par les parties révélerait¹⁸ : une sorte de « *quasi-legislative function* ». L'étroite consanguinité idéale entre cette théorie et l'interprétation téléologique saute immédiatement aux yeux¹⁹ ; cette affinité conceptuelle est d'ailleurs mise en relief par une frange minoritaire de la

¹⁵ « Lorsque la Convention a été signée en 1950, la peine de mort n'était pas perçue en Europe comme une peine inhumaine et dégradante et était prévue par les législations d'un certain nombre d'Etats. Depuis lors, on observe dans toute l'Europe une abolition de fait. Pareille évolution témoigne de l'accord des Etats contractants pour modifier l'article 2 § 1 », *Öcalan c. Turquie* (Requête no 46221/99), CourEDH (Grande Chambre), jugement du 12 mai 2005, § 157 (c'est nous qui soulignons).

¹⁶ *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie/Malaisie), arrêt du 17 décembre 2002 : *CIJ Recueil 2002*, §§ 59-62, pp. 656-657.

¹⁷ Comme le dit le juge ANZILOTTI dans son opinion dissidente jointe à l'avis consultatif de la CPJI dans la question relative au régime douanier austro-allemand, il y a des traités qui tiennent compte d'une évolution possible des circonstances (Avis consultatif du 5 septembre 1931 : *CPJI Recueil A/B 41*, p. 55). *Contra* : *Sud-Ouest africain* (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), arrêt du 18 juillet 1966 (deuxième phase) : *CIJ Recueil 1966*, § 16, p. 23 : « Les intentions qu'ils auraient pu avoir si le Mandat avait été rédigé beaucoup plus tard, une fois connues certaines circonstances absolument imprévisibles à l'origine, comme la dissolution de la Société des Nations et ses suites, sont sans pertinence ».

¹⁸ Sir G. FITZMAURICE, *op. cit.* (1951), p. 8 note 2.

¹⁹ Voir entre autres : S. ALY, *L' « interprétation évolutive » en droit international public*, Genève (Mémoire IHEID, n° 576), 1997, p. 57 ; *op. dissidente du juge PADILLA NERVO jointe à l'arrêt de la CIJ en 1966 (Sud-Ouest africain...op. cit., p. 456)*.

jurisprudence internationale²⁰. Toutefois, il y a lieu de souligner que les contours conceptuels de la figure de l'interprétation téléologique et de celle de l'interprétation par voie de pratique subséquente établissant une volonté émergente sont distincts et ne sauraient être assimilables. La deuxième méthode interprétative se révèle être moins « dangereuse » que la première du fait que celle-ci induit l'interprète à introduire dans l'opération logique des éléments (de jugement) étrangers à la volonté authentique des parties. En d'autres termes, si l'interprète se plaçait dans la perspective téléologique il risquerait de se faire guider par des considérations de droit objectif inhérentes à l'existence même du traité et tirées de la nature des choses, nécessaires d'après lui à la réalisation de la volonté qu'il cherche par là à interpréter. C'est ne tautologie, pourtant, que de vouloir discerner la volonté des parties en partant du postulat que les buts et les finalités qu'elles se proposent nous sont connus, car c'est justement par le truchement de l'analyse de la pratique subséquente que l'on découvre l'*emergent purpose*, et non pas en posant celui-ci comme axiome. De Visscher évoque, de manière moins drastique la possibilité que « *les fins que les Parties se sont assignées ne se dégagent que progressivement au cours de l'application du traité et qu'elles imposent des correctifs à la pratique initiale* », en raison également « *d'un changement imprévu dans les circonstances* »²¹. Dans un registre similaire, mais non pas tout à fait identique, la CourEDH a parlé d'évolution des « *intentions des parties* »²². Avant de clore cette section, il est impossible de passer sous silence l'énorme influence qu'a exercée la CourEDH à cet égard : c'est la convention qui « vit » et évolue, nous dit la Cour de Strasbourg. A ce propos De Schutter emploie la fort heureuse expression d'« indexation » des droits contenus dans la CEDH eu égard aux évolutions socio-économiques²³. La CEDH, en tant qu'espèce particulière du genre de traité-loi, invite – avec certaines limites dont la CourEDH est elle-même consciente²⁴ – à l'interprétation évolutive, tout aussi bien parce qu'elle vise à protéger des

²⁰ *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, avis consultatif du 3 mars 1950 : *CIJ Recueil* 1950, p. 23 (op. dissidente du juge AZEVEDO). Dans la doctrine, la connexion opérationnelle entre interprétation téléologique et interprétation par voie d'analyse de la pratique subséquente a été favorablement soulignée par J.-P. COT, *op. cit.*, pp. 648-649.

²¹ Ch. DE VISSCHER, *op. cit.*, pp. 123-124.

²² CourEDH, *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres Etats contractants*, décision du 12 décembre 2001, § 64. « *S'agissant d'un traité normatif, il y a lieu d'autre part de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties* », *Wemhoff c. Allemagne*, CourEDH, arrêt du 27 juin 1968 (Requête no 2122/64), § 8

²³ O. DE SCHUTTER, « L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : un essai en démolition », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1992, p. 85.

²⁴ « *Néanmoins - et je tiens à le souligner - l'interprétation évolutive est une méthode qui doit être appliquée avec beaucoup de circonspection. J'admets également que, dans certains cas, la Cour a atteint les limites qui circonscrivent l'interprétation d'un traité international. Parfois, elle semble même les avoir dépassées en s'aventurant sur un terrain qui n'est plus celui de l'interprétation d'un traité mais celui de la politique législative qui n'appartient pas à une cour de justice, mais qui est du domaine du législateur (ou dans le cadre international, des Etats contractants)* », F. MATSCHER, « Quarante ans d'activités de la Cour européenne des droits de l'homme », *RCADI*, vol. 270 (1997-VIII), pp. 283-284.

droits concrets qui touchent à l'être humain. C'est dire que l'interprétation effective est caractérisée par « l'exigence d'effectivité »²⁵. En effet, la démarche consistant à adopter l'interprétation évolutive vise à « [...] protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »²⁶ ; ce qui fit dire à la Cour qu'il s'agit d'une « interprétation évolutive » d'un « instrument vivant »²⁷ dont le contenu s'apprécie « [...] à la lumière des conditions d'aujourd'hui »²⁸. L'interprétation évolutive est induite par la nécessité ressentie par les Etats parties à la CEDH d'adapter celle-ci aux nouvelles exigences en matière de protection des droits de l'homme, afin que ses « dispositions ne sauraient s'interpréter uniquement en conformité avec les intentions de leurs auteurs telles qu'elles furent exprimées voici plus de quarante ans »²⁹. Certes, la nature des droits protégés et l'exigence de leur sauvegarde effective font assurément le lit à l'interprétation évolutive³⁰ ; il n'est donc pas un mystère que cette dernière soit absolument congéniale aux droits de l'homme. Le mérite revient d'ailleurs à la CourEDH d'avoir forgé la conception organiciste³¹, biologique³² du traité international : « La Convention est sans conteste "un instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelles"; pour déterminer s'il lui faut considérer un traitement ou une peine

²⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6^{ème} éd. ref., 2003, § 224, p. 369.

²⁶ CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979, n° 6289/73, § 24. De même : *Cruz Varas et autres c. Suède* (20 mars 1991, Requête no 15576/89) ; CourEDH, *Inze c. Autriche*, arrêt du 28 octobre 1987, A 26, § 41 ;

²⁷ CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avr. 1978, n° 5856/72, § 31). Cette expression est désormais devenue un classique dans le lexique de la CourEDH en particulier et des droits de l'homme en général : *Selmouni c. France* (Requête n° 25803/94), arrêt du 28 juillet 1999, § 101 ; *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres Etats contractants*, décision du 12 décembre 2001, § 64 ; *Inze c. Autriche*, arrêt du 28 octobre 1987, A 126, § 41 ; Elle a désormais essaimé tous azimuts, et a été empruntée même par les organes onusiens préposés à la protection des droits de l'homme (Constataion du 2 octobre 2003 par le Comité des droits de l'homme de l'ONU...*op. cit.*, § 10.3).

²⁸ *Ibid.*, § 31. Cf. aussi CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, § 41. La pratique diplomatique institutionnelle a immédiatement emprunté cette expression fort séduisante pour indiquer par exemple des traités à la procédure de révision simplifiée (ou en tout cas moins lourde).

²⁹ *Loizidou c. Turquie...op. cit.*, § 71.

³⁰ Cf. également la Cour interaméricaine des droits de l'homme : « The Court has previously indicated that this focus is particularly important for international human rights law, which has advanced substantially by the evolutive interpretation of international protection instruments. On this point, this Court has understood that « [t]his evolutive interpretation is consequent with the general rules of the interpretation of treaties embodied in the 1969 Vienna Convention. Both this Court [...] and the European Court [...] have indicated that human rights treaties are living instruments, the interpretation of which must evolve over time in view of existing circumstances » (*The Right to Information on Consular Assistance, supra note 34, para. 114*), *Affaire Villagrán Morales et autres c. Guatemala*, jugement du 19 novembre 1999 (fond), C 63, § 193.

³¹ Il a justement été observé à cet égard que « Il y a là une doctrine organiciste, développée notamment à props des « traités-lois » et des traités constitutifs des organisations internationales ... » (J. COMBACAU, *Droit des traités*, 1^{ère} éd., Paris, P.U.F. (coll. « Que sais-je ? »), 1991, p. 34). De même, l'op. individuelle du juge Ammoun joint à l'avis de la CIJ de 1971 (*Conséquences juridiques...op. cit.*, § 5, p. 75). Comme le dit le TMI de Nuremberg au sujet des conventions internationales relatives au droit de la guerre « This law is not static but by continual adaptation follows the needs of a changing world » (Jugement du 1er octobre 1946, *AJIL*, vol. 41 (1947), p. 219).

³² Comme si la CourEDH – organe qui concentre l'interprétation de la CEDH – prenait continument le pouls de l'évolution sociale.

donnés comme inhumains ou dégradants aux fins de l'article 3 (art. 3), "la Cour ne peut pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des Etats membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine » (arrêt *Tyrer* précité, série A n° 26, pp. 15-16, § 31) »³³. La Cour européenne des droits de l'homme, en formation de Grande Chambre, a rendu le 12 novembre 2008 (*Demir et Baykara c. Turquie*, requête n° 34503/97) un important arrêt qui confirme solennellement et à l'unanimité la solution de la formation de Chambre saisie initialement (21 novembre 2006, deuxième section). Dans cette décision, la Cour systématise encore davantage sa méthode herméneutique « évolutive » qu'elle a portée sur les fonts baptismaux depuis quelques décennies déjà. Sa contribution est double et elle s'insère à merveille dans le mécanisme de la règle interprétative prévue par l'article 31 § 3 lit. b) et c) de la CVDT. En premier lieu, par sa référence à l'évolution (matérielle) ; en second lieu, et c'est tout aussi important, sinon davantage, par son recours à l'environnement normatif entourant la CEDH (c'est-à-dire les autres instruments internationaux en la matière) : on retrouve les deux types de l'interprétation évolutive (« endogène » et « exogène ») à la fois, conspirant aux fins du développement progressif du droit international. Les références dans la jurisprudence de la CourEDH réitérant la caractéristique « vivante » de la CEDH ne se comptent désormais plus. Avant de terminer, cependant, il convient de rappeler qu'un autre type de traité – que les traités-loi (et plus particulièrement ceux relatifs aux droits de l'homme) – se prête naturellement à l'application de l'interprétation évolutive par pratique subséquente, ce sont les traités institutionnels³⁴. Dans nombreux avis consultatifs et arrêts³⁵, la CIJ s'est référée à la pratique des organes de l'ONU (et à la – absence de – réaction des Etats membres) afin de conclure à une interprétation évolutive de la Charte : « Cette interprétation de l'article 12 devait cependant évoluer par la suite... La Cour

³³ CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, n° 14038/88, § 102 [c'est nous qui soulignons].

³⁴ Cette méthode est également évoquée et employée dans des ordres juridiques rigides prévoyant un système de constatation centralisée, comme dans l'UE : « une interprétation évolutive, c'est-à-dire une lecture modernisée du traité, tenant compte des besoins nouveaux apparus après sa rédaction » (G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit communautaire général*, Paris, Sirey, 1999, p. 159). D'ailleurs, en droit interne, il convient de rappeler la contribution de la « sociological jurisprudence » qui a mis en exergue l'adaptation physiologique et harmonieuse – par le juge – du droit constitutionnel eu égard aux circonstances mouvantes de la base sociale (Cf. i.a. E. J. HART, « The Wages of Crying Wolf : A Comment on *Roe v. Wade* », *Yale Law Journal*, vol. 82 (1973), pp. 920-949).

³⁵ « Conformément à la règle coutumière d'interprétation qui a trouvé son expression à l'article 31 [de la CVDT] ... il doit être [tenu compte, en même temps que du contexte : ... b) [d]e toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité]. La Cour a eu l'occasion d'appliquer cette règle d'interprétation à plusieurs reprises (voir *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1991, p. 69-70, par. 48 ; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 582-583, par. 373, et p. 586, par. 380 ; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 21-22, par. 41 ; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 18, par. 33) ; ... », *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, avis consultatif 8 juillet 1996 : *CIJ Recueil* 1996, § 19, p. 75.

estime que la pratique acceptée de l'Assemblée générale, telle qu'elle a évolué, est compatible avec le paragraphe 1er de l'article 12 de la Charte»³⁶. Un peu comme si l'organe judiciaire principal des Nations Unies voulait exorciser le spectre de la modification par pratique subséquente ; car cette évolution (interprétative) n'est pas sans rappeler – de par ses modalités et surtout par son ampleur – la modification de l'art. 27 § 3 CNU. C'est le destin inéluctable des constitutions rigides ! La CIJ – précisément dans sa fonction institutionnelle – n'a guère dédaigné de recourir à l'interprétation évolutive (dans sa dimension endogène) afin de construire une véritable théorie des pouvoirs implicites³⁷. L'idée n'est pas nouvelle et a affleuré dès la création de l'ONU ; s'il fallait en trouver le premier paladin celui-ci serait sans doute le juge Alvarez et son « *droit international nouveau* » induit de l'émergence d'une « nouvelle conscience internationale universelle ». Selon le juge chilien, ce nouveau droit comporte une approche interprétative différente notamment pour ce qui est de ce nouveau type de traités, à savoir ceux instituant des organisations internationales (nouveaux venus sur la scène de la subjectivité juridique internationale). D'après ce nouveau paradigme herméneutique, il ne faut pas être « esclave du texte », mais en revanche, le « mettre en harmonie avec les nouvelles conditions de la vie internationale »³⁸. Ce qui se traduit, sur le plan de la méthodologie interprétative, avec un recours de plus en plus restreint aux travaux préparatoires (ce qui sera le cas, pour *tout type* de traités avec l'art. 32 de la CVDT), et un emploi massif à l'interprétation par pratique subséquente, sous-tendue par la méthode téléologique³⁹. Les ténus cloisons – déjà peu étanches au départ – entre interprétation et modification deviennent de plus en plus évanescents, presque osmotiques ; voire, et il n'est pas oiseux de le relever, c'est par l'interprétation que l'on introduit les modifications ! Les échos de la vision du juge Alvarez ne tardèrent pas à se répercuter quelques années plus tard dans feuilleton de la question du Sud-Ouest africain⁴⁰. Enfin, l'interprétation évolutive par pratique

³⁶ *Mur en Palestine...op. cit.*, §§ 27-28, pp. 149-150.

³⁷ *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949 : *CIJ Recueil* 1949, pp. 180-184, 187-188 ; *Statut international du Sud-Ouest africain...op. cit.*, p. 167 (op. individuelle du juge Read) ; *Effets des jugements des tribunaux administratifs des Nations Unies*, avis consultatif du 13 juillet 1954 : *CIJ Recueil* 1954, p. 157.

³⁸ Op. dissidente du juge ALVAREZ jointe à : *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, avis consultatif du 3 mars 1950 : *CIJ Recueil* 1950, pp. 12, 17.

³⁹ « ((O))n peut introduire par l'interprétation des modifications plus ou moins importantes dans les traités, y compris la Charte des Nations Unies. Cela étonne bien des personnes qui croient que ce document est immuable, mais ces modifications sont la conséquence naturelle du dynamisme de la vie internationale. Il faut choisir entre le maintien immuable des textes, même s'ils conduisent à des résultats déraisonnables, et la modification de ces textes si cela est nécessaire. Le choix n'est pas douteux », *Ibid.*, pp. 18-19. De même, en le citant : op. individuelle du juge DE CASTRO jointe à l'avis consultatif de la CIJ de 1971 sur la question de la Namibie (*Conséquences juridiques...op. cit.*, p. 184).

⁴⁰ *Sud-Ouest africain...op. cit.*, p. 439 (Op. dissidente du juge JESSUP).

subséquente est largement employée dans d'autres pans du droit international : en matière de différends territoriaux⁴¹, en droit de la mer⁴², etc.

II. INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE EXOGÈNE (PAR RENVOI AU SYSTÈME NORMATIF)

Le traité international n'est pas conclu et ne déploie pas ses effets dans le vide (*in vacuo iuris*), dans un désert juridique ; au contraire, il existe et fonctionne grâce et dans un système juridique, ne serait-ce que parce lorsque les Etats concluent un traité, « *they use the language of nations* »⁴³. Il a non seulement besoin de celui-ci – en tant qu'institution – mais aussi il doit se coordonner vis-à-vis d'autres règles – particulières (aux Parties) – et générales afin d'éviter des relations conflictuelles. Sont légion les dispositions contenues dans la CVDT qui font un renvoi – explicite et implicite – aux autres règles de droit international général, comme si cette convention jetait – dès sa naissance – des ancrs pour s'arrimer à la terre ferme du Droit. Par ailleurs, les Etats qui créent le traité, sont – ou sont censés être – conscients de l'environnement normatif dans lequel leur créature s'encastrea, que ce soit pour déroger au droit existant, pour le préciser voire pour le développer. Leur intention est déterminée précisément par le droit existant : il est impossible dès lors, en empruntant l'heureuse expression de l'Organe d'appel de l'OMC, d'« isoler cliniquement »⁴⁴ un traité et *a fortiori* une organisation internationale que celui-ci institue. Ce sont parfois des règles de fonctionnement propre à tout système juridique en général ou à l'ordre international en particulier (en matière de sources, responsabilité internationale, de subjectivité internationale, etc.), ou encore de règles consacrant des valeurs fondamentales et fondatrices de l'ordre international : les premières ont été qualifiées justement de *ius cogens* structurel et les secondes de *ius cogens* matériel⁴⁵. De surcroît, à côté de ces

⁴¹ Encore tout récemment, la CIJ dans : *Souveraineté sur Pedra Blanca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge...op. cit.*, § 276.

⁴² « *However, although acts prior to 8 August 1998 cannot form the basis of a finding by the Tribunal that Suriname violated an obligation under the Convention, such acts are relevant to the Tribunal's consideration of Suriname's subsequent conduct to the extent that they provide the background for that conduct and inform the Tribunal's interpretation of it* », Tribunal arbitral (entre la Guyane et le Suriname) établi conformément à l'article 287 de la UNCLOS, sentence arbitrale rendue le 17 septembre 2007, § 457 (www.pca-cpa.org).

⁴³ Affaire *Christern* (Germany v. Venezuela), Mixed Claims Commission, sentence arbitrale du 1^{er} juillet 1892, *RSA*, vol. X, p. 364.

⁴⁴ Etats-Unis (*Normes concernant l'essence nouvelle et anciennes formules*), WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, pp. 18-19.

⁴⁵ « ... ((L))es règles impératives ne se limitent pas, dans un système juridique, à celles que la société qui sous-tend ce système, ici la communauté internationale, considère comme « essentielles pour la sauvegarde de ses intérêts fondamentaux », et qui constituent les normes impératives d'un ordre public ou d'un *ius cogens*, par désignation et choix social. A côté de ce *ius cogens* substantiel, il existe dans tout ordre juridique d'autres normes impératives qui sont inhérentes à l'idée même de droit ou d'ordre juridique, telle *pacta sunt servanda*, et qui sont ainsi imposées par nécessité logique ou juridique pour

règles indérogables, donc applicables « en toutes circonstances » – et pour lesquelles ne valent pas les circonstances excluant l'illicéité de la responsabilité internationale⁴⁶ – il y a les autres règles « ordinaires » applicables entre les Parties, quelle que soit leur source. Celles-ci, compte tenu de l'horizontalité normative et de l'égalité entre sources qui en découle, sont légitimement appelées à s'appliquer : il y aura donc conflit entre normes ... dans le temps⁴⁷. Or, l'article 31 § 3 lit. c) « 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 »⁴⁸. Toutefois, la question est largement débattue si cette disposition doit s'entendre comme englobant également la dimension dynamique (ou diachronique)⁴⁹ en sus de celle statique⁵⁰ ; en d'autres termes, s'il faut interpréter le traité au regard de l'environnement normatif existant au moment de son application⁵¹. Selon d'aucuns, l'ordre juridique constitue un système « inscindible » en « perpétuel devenir » étant donné que ses normes tendent naturellement à s'adapter aux exigences sociales⁵². Il s'ensuit que si l'un des principes change, ceci ne peut pas ne pas engendrer des modifications dans l'ordre juridique ainsi que dans le contenu des autres normes, ne serait-ce que parce que ces dernières se retrouveront dans un système différent par rapport à celui existant auparavant. Le traité est un *instrument vivant* appelé à interagir avec les évolutions du système international formé lui aussi – entre autres – d'instruments vivants en constante mutation. La notion du temps est indissociable de la vie des traités internationaux, car le droit international, comme toute autre création humaine,

que le système puisse exister et fonctionner de manière régulière. Il s'agit là d'un *jus cogens* « systémique » ou logique » (G. ABI-SAAB, « Que reste-t-il du 'crime international' », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 87).

⁴⁶ Cf. art. 26 du Texte d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat adopté par la CDI en 2001.

⁴⁷ C'est le cas de figure que la CVDT régit en son art. 30 qui consacre le principe de *lex posterior derogat legi priori*. Ce n'est donc pas à proprement parler une problématique d'interprétation des traités, mais plutôt d'application des traités dans le temps : la preuve que ces deux aspects – application et interprétation – sont, comme la CDI eut à l'endurer elle-même, étroitement enchevêtrés.

⁴⁸ *Fragmentation du droit international... op. cit.*, § 17.

⁴⁹ Nous l'aurions pu également la dénommer « synchronique » afin de souligner mise en phase du traité avec l'environnement normatif ; quoiqu'il en soit, nous ne pouvons pas l'appeler « uchronique », car cela irait à l'encontre de toute conception du Droit.

⁵⁰ COMBACAU (*op. cit.*, p. 34) emploie le couple antagoniste « statique » et « dynamique » pour signifier les mêmes phénomènes.

⁵¹ Force est de préciser que la thématique particulière de la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général – cas de figure désormais codifié en l'art. 64 CVDT – ne sera pas abordée ici. On ne peut pas s'empêcher de relever – *in limine litis* – comme cette disposition constitue un cas particulier (son régime l'est !) de l'interprétation (et application) systémique dynamique, de la même manière que son frère aîné – l'art. 53 CVDT – représente un cas particulier de l'interprétation (et application) systémique statique.

⁵² Pour le juge Guillaume (op. individuelle jointe à l'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt du 13 juillet 2009, § 10), la CIJ « se prononce en faveur tantôt de l'interprétation contemporaine, tantôt de l'interprétation évolutive ». A cet égard, une liste est utilement dressée montrant la répartition ; cette casuistique, révèle une répartition presque égale au point de vue numérique.

évolue lui aussi ; c'est la problématique du droit intertemporel⁵³. Dans cet ordre d'idées, nous pouvons mieux apprécier le fameux passage dans l'affaire de l'Île de Palmas dans lequel l'Arbitre unique Huber pose le principe selon lequel la création d'un droit subjectif et son existence ultérieure doivent être régies eu égard au droit objectif en vigueur dans les deux différentes phases :

« *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 manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law.* »⁵⁴

Dans l'optique du principe du droit intertemporel, tel que nous venons de le décrire, force est de distinguer – par rapport au droit (objectif) en vigueur à l'époque – entre la création du titre (fondement du droit subjectif réel) et son maintien. Le paradigme de Huber ne manque cependant pas de susciter des perplexités chez certains auteurs, dont Combacau pour qui « *Ces deux propositions [la création et le maintien d'un droit subjectif] peuvent n'être pas logiquement contradictoires mais leur articulation paraît énigmatique au premier abord, en ce que la seconde semble priver la première du plus gros de son effet utile : à quoi bon affirmer qu'un droit a été constitué à un moment M 1 sous l'empire d'une loi si l'on admet qu'une autre loi survenue en M 2 puisse anéantir presque tout ce en quoi il consistait aux yeux de son bénéficiaire, sinon pour la période qui a couru de M 1 à M 2* »⁵⁵. « Presque », en effet, mais ce *presque* est important puisqu'il représente la naissance du droit, sans laquelle, bien évidemment, son maintien ultérieur ne serait pas concevable. Il n'y a donc pas de contradiction ni, pire, de oxymoron entre les deux principes⁵⁶. Encore, selon le juge Al-Khasawneh, l'application du principe de droit intertemporel – tel que délinéé par l'arbitre Max Huber – aurait empêché – en conformité avec le principe de légalité – la poursuite des « *auteurs de crimes internationaux commis dans le cadre de la seconde guerre mondiale, crimes qui, pour beaucoup d'entre eux, ne relevaient pas du droit positif* »⁵⁷. Or, cela aurait pu être vrai si l'on s'était tenu à la première facette du principe (celui relatif à la création du droit) ; en, revanche, c'est par l'application de son second volet que la criminalisation est possible (tout en respectant l'exigence du *nullum crimen*

⁵³ Pour un sobre examen de la problématique générale en droit international, cf. M. SORENSEN, « Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international », in *AIDI*, session de Rome (1973), Basel, 1973, pp. 1-49 [rapport provisoire]. Voir également : P. TAVERNIER, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public: problèmes de droit intertemporel ou transitoire*, Paris, LGDJ, 1970 ; G. DISTEFANO, *op. cit.* (2002), pp. 131-146.

⁵⁴ *Island of Palmas Case (Netherlands / USA)*, sentence arbitrale 4 avril 1928, *RSA*, vol. II, p. 845.

⁵⁵ « L'écoulement du temps », in *Le droit international et le temps*, colloque de la SFDI en 2000 (Paris), Paris, 2001, p. 80.

⁵⁶ Cf. *infra* note 94. Autant la création du titre territorial doit se faire dans le respect des règles juridiques en vigueur à cette époque, autant son maintien est régi par les nouvelles exigences du droit international général en la matière, faute de quoi le titre perdrait de sa force, voire s'effacerait. V. aussi G. DISTEFANO, *op. cit.* (2002), p. 137.

⁵⁷ *Différend terrestre et maritime... op. cit.*, § 16, p. 503.

sine lege prævía). Ce deuxième aspect – bien évidemment tout aussi important que le premier et indissociable de celui-ci – incarne la dimension essentiellement évolutive du droit⁵⁸.

Aussi bien la CDI que l'IDI se penchèrent sur la question du droit intertemporel et l'interprétation / application des traités ; compte tenu des limites assignées à la présente contribution, il ne sera pas possible d'examiner, ne serait-ce que de manière fragmentaire, les débats fort enrichissants qui y eurent lieu. Toutefois, il y convient, en faisant abstraction du processus, évoquer les résultats – quelque peu différents – auxquels parvinrent les deux tentatives de codifications. La CDI empoigna la problématique du droit intertemporel aussi bien au niveau de l'interprétation des traités qu'à celui de leur application ; deux étapes qui se retrouvent en effet dans l'article 56 présenté par le Rapporteur spécial, M. Waldock :

« 1. *Tout traité doit être interprété compte tenu du droit en vigueur à l'époque où il a été rédigé.*

2. *Sous réserve du paragraphe 1, l'application d'un traité est régie par les règles du droit international en vigueur à l'époque où le traité est appliqué »*⁵⁹.

Il n'est nullement question ici de retracer la fugace et tourmentée histoire législative de cette disposition. Il importe néanmoins de souligner que, lors des premiers débats au sein de la CDI, apparurent des dissensions sur – en amont – l'opportunité de traiter de cette matière⁶⁰ et – en aval – sur la solution que cette disposition prônait. A la fin, il fut décidé d'« ajourner l'examen de cet article » et de demander « au Rapporteur spécial de bien vouloir revoir cette question »⁶¹ ; la révision aboutit en fin de compte à sa suppression. Toutefois, parallèlement et *simultanément*, le Rapporteur avait présenté ce qui deviendra le futur article 31 § 3 CVDT, à savoir l'art. 73 avec, cependant, un libellé inquiétant (« Effet d'une règle coutumière ou d'un accord postérieur sur l'interprétation du traité »), car la coutume (une source exogène par rapport au traité) y faisait son irruption. Comme le dit Sir Humphrey Waldock lui-même :

« *Il semble qu'il y ait trois processus d'évolution du droit pouvant agir sur l'interprétation et l'application [à nouveau ensemble ...] d'un traité :*
a) *l'apparition d'une règle de droit international coutumier ne faisant pas partie du traité mais intéressant la matière sur laquelle il porte ; b) la conclusion d'un accord ultérieur entre les parties au traité ; c) le développement d'une pratique*

⁵⁸ « Il paraît juste de considérer que, loin d'être contradictoires, ces deux règles sont complémentaires, l'une constituant indéniablement le corollaire de l'autre », A. MARTIN, *op. cit.*, p. 445.

⁵⁹ ACDI, 1964, vol. II, p. 5 [c'est nous qui soulignons].

⁶⁰ Pour : REUTER (729^{ème} séance, ACDI, vol. I, p. 38) ; YASSEEN (*ibid.*, pp. 40-41), AGO, quoique avec des réserves (*ibid.*, pp. 41-42), BARTOS (*ibid.*, p. 39). *Contra* : JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (*ibid.*, p. 36) ; TABIBI (*ibid.*, pp. 37-38).

⁶¹ *Ibid.*, p. 43. Les raisons de cette décision sont bien résumées par le Président (AGO) : « *les principes inscrits aux paragraphes 1 et 2 de l'article 56 sont considérés exacts dans une large mesure, mais ... l'on craint que la façon dont ils sont rédigés et le fait qu'ils soient juxtaposés ne puissent créer une équivoque* » (*loc.cit.* ; c'est nous qui soulignons).

ultérieure concernant l'application [seulement, cette fois-ci] du traité et constituant la preuve du consentement tacite des parties à la modification du traité ou à l'extension de son application »⁶².

Si on laisse de côté l'alinéa b), qui échappe au présent champ d'investigation, il convient de relever d'une part que les liens de parenté avec l'art. 56 sont, de l'aveu même du Rapporteur, nombreux, car l'alinéa a) « *porte sur l'évolution du droit international coutumier ... commenté[e] aux paragraphes 4 et 5 du commentaire de l'article 56* »⁶³ ; d'autre part, l'alinéa c) s'apparentait quant à lui au futur art. 38 du projet⁶⁴.

Ces promiscuités ne manquèrent pas de susciter force perplexités au sein de la CDI. Finalement, sur la proposition de son Président (Ago), la Commission décida de demander au Rapporteur spécial de remanier le texte⁶⁵. En 1966, la CDI se pencha sur l'art. 69 (« Règle générale d'interprétation ») – préfigurant déjà clairement le futur art. 31 – qui héritait à la fois de l'art. 73 (que l'on vient de voir) et du paragraphe 1^{er} du défunt art. 56. Il sera successivement remanié par Waldock – à la lumière de « *certaines suggestions faites par les gouvernements* » – et le fragment « *à l'époque de sa conclusion* » sera supprimé⁶⁶. Les débats révèlent une CDI décidément rassurée (soulagée ?) par l'éviction – du moins terminologique – de la question du droit intertemporel⁶⁷, Jiménez de Aréchaga se « *félicita[nt] de la suppression de première branche de ce que l'on appelle le droit intertemporel dans les articles sur l'interprétation, le facteur temps [devant] être considéré comme implicitement couvert par la notion de bonne foi* »⁶⁸. L'interprétation de bonne foi du texte du traité devra ainsi permettre de déterminer si les notions y contenues sont statiques ou évolutives. Sur cette question, qui est celle de savoir si le renvoi est fixe ou mobile, la plupart des membres apprécièrent le nouveau texte du Rapporteur spécial, dans la mesure où il ne prenait pas position et laissait une ample marge de discrétion à l'interprète. En amont de cette détermination, se trouve le besoin de déceler l'intention des parties⁶⁹, mais comme le dit El-Erian, il est important que cette règle d'interprétation ne fasse pas « *obstacle au développement*

⁶² Troisième rapport sur le droit des traités, *ACDI*, vol. II, 1964, § 32, p. 63.

⁶³ *Ibid.*, § 33, p. 63.

⁶⁴ Relatif à la modification d'un traité par voie de pratique subséquente ; cette disposition sera malheureusement supprimée lors de la Conférence diplomatique à Vienne (v. à cet égard : G. DISTEFANO, *op. cit.* (1994), pp. 54-67).

⁶⁵ R. AGO, en clôturant le débat, distingua trois catégories idéelles de pratique ultérieure eu égard à leurs effets juridiques : « *[a] une pratique pas très définie, mais constituant un élément auxiliaire d'interprétation ; [b] une pratique absolument concordante et définie et qui équivaut à une sorte d'accord interprétatif ; [c] la pratique qui correspond à une modification du traité* » (*Ibid.*, § 58, p. 311).

⁶⁶ Cet alinéa sera successivement relégué dans le § 3 lit. c) de cette disposition, toute suite après la pratique subséquente. Il ne sera plus dès lors remanié ni changé d'emplacement (*infra* note 73)

⁶⁷ 870^{ème} séance, *ACDI*, vol. I (deuxième partie), § 21, p. 206 (intervention de P. REUTER) ; § 50, pp. 208-209 (M. CASTRÉN) ; 871^{ème} séance, § 38, p. 217 (intervention de M. TSURUOKA).

⁶⁸ *Ibid.*, § 72, p. 211.

⁶⁹ 872^{ème} séance, *ibid.*, § 9, p. 219 (intervention du Rapporteur spécial).

progressif du droit international [si elle ne devait pas] permettre de tenir compte des modifications »⁷⁰ du système normatif entourant le traité. A l'opposé, le Président (M. Yasseen)⁷¹, tint à réitérer la distinction entre interprétation et modification d'un traité et, tout en soulignant le besoin de se référer – aux fins de l'interprétation du traité – aux règles du système juridique international, il affirma qu'il fallait rechercher ce « *que les parties ont voulu au moment de la conclusion* »⁷², à savoir une interprétation systémique statique ou évolutive. Toutefois, dans ce jeu étrange de renvois, la CDI finit par déplacer la problématique de sorte que l'on doit désormais interpréter le texte afin de déterminer si celui-ci doit être soumis à une lecture statique ou dynamique.

En fin de compte, la suppression du deuxième paragraphe de l'art. 56 conjointement avec l'élimination de toute référence à la dimension temporelle dans le premier paragraphe (qui deviendra, rappelons-le, le futur art. 31 § 3, lit. c)⁷³, révèle non seulement la volonté de la CDI de ne pas traiter de la question du droit intertemporel, mais également, sa prise de position par rapport à la différence entre application et interprétation, les deux aspects étant régis respectivement par le deuxième et premier paragraphe du défunt art. 56. Or, en supprimant le paragraphe relatif à l'application (56 § 2), la CDI nous indique que la question de l'interprétation « *ne relève pas du droit intertemporel ; l'évolution du droit international a une influence sur l'application de l'accord [l'article 56 § 2 justement], mais non sur son sens. Toutefois [et semble être un aveu d'impuissance]* »⁷⁴, *cette façon de voir est probablement trop subtile pour qu'on puisse en tenir compte lorsqu'on rédige une convention* »⁷⁵. La Conférence diplomatique à Vienne ne bouleversera pas cette articulation⁷⁶ qui sera adoptée telle que proposée par la CDI.

⁷⁰ 871^{ème} séance, *ibid.*, § 31, p. 216.

⁷¹ Cf. M.K. YASSEEN, *op. cit.*, p. 68.

⁷² *Ibid.*, §§ 51-53, p. 218.

⁷³ Lors de la 883^{ème} séance, la CDI adoptera l'art. 69, dont le § 3 lit. b.) et c) seront les futurs art. 31 § 3 lit. b) c).

⁷⁴ Confession réitérée par Sir Humphrey Waldock en tant qu'Expert conseil à la Conférence de Vienne : « *Quant à la question de l'élément temporel – dit-il – toutes les manières de l'envisager dans ses rapports avec l'interprétation soulèvent des difficultés considérables. Après s'être efforcée de vaincre ces difficultés, la Commission a dû renoncer à couvrir cette question dans son projet car elle s'est rendu compte qu'il lui aurait fallu s'attaquer [à l'instar de feu article 38 du Projet] au problème tout entier des rapports entre le droit des traités et le droit coutumier* » (Séances de la Commission plénière, 34^{ème} séance, 23 avril 1968, § 74, p. 200).

⁷⁵ 872^{ème} séance, *ibid.*, § 9, p. 219 (intervention du Rapporteur spécial). A la Conférence diplomatique à Vienne, le délégué grec s'exprima justement ainsi : « *D'ailleurs le langage évolue ; par exemple, le terme « territoire », qui signifiait autrefois exclusivement la terre ferme, s'applique maintenant à la mer territoriale et, peut-être, au plateau continental. Ainsi le facteur temps exerce une influence sur la signification des mots* » (Séances de la Commission plénière, 32^{ème} séance, 22 avril 1968, § 8, pp. 186-187).

⁷⁶ L'amendement proposé par la délégation tchécoslovaque visant à ramener l'alinéa c) là où il se trouvait avant son « déclassement » (c'est-à-dire en tant qu'alinéa b) du § 1^{er} de l'art. 69 ne fut pas adopté.

L'IDI – quant à lui – se pencha à deux reprises sur la question (en 1956 et en 1975) ; la deuxième fois, saisi du rapport de M. Sorensen, il adopta lors de sa session de Wiesbaden en 1975 une résolution (« *Le problème intertemporel en droit international public* »), dont si la première phrase du § 4 fait sienne la solution finalement retenue par la CDI qui laissait à l'interprète, se basant sur la bonne foi, de décider si opter, aux fins de la détermination de la date critique, pour celle au moment de la conclusion ou pour celle au moment de son application, la seconde en revanche va bien plus loin et exhume le deuxième alinéa du défunt art. 56 proposé jadis par Sir Humphrey Waldock :

« Lorsqu'une disposition conventionnelle se réfère à une notion juridique ou autre sans la définir, il convient de recourir aux méthodes habituelles d'interprétation pour déterminer si cette notion doit être comprise dans son acception au moment de l'établissement de la disposition ou dans son acception au moment de l'application. Toute interprétation d'un traité doit prendre en considération l'ensemble des règles pertinentes de droit international applicables entre les parties au moment de l'application »⁷⁷.

Comme l'on pouvait s'imaginer, Sir Gerald Fitzmaurice⁷⁸, qui venait de fustiger sans ambages – 4 ans auparavant l'avis de la CIJ dans la question de la Namibie – fulmina avec la même véhémence contre la deuxième phrase (qui par ailleurs ne faisait que reprendre la *ratio decidendi* de la CIJ)⁷⁹ en proposant sa suppression⁸⁰... mais en vain. En conséquence, l'IDI a paru être plus réceptif à l'interprétation évolutive (exogène) que la CDI (et la CVDT). Sous l'éclairage de ce rapide survol, comment faut-il interpréter l'art. 31 § 3 lit c) ? D'ailleurs, serait-il lui-même assujéti à la loi du temps ?⁸¹ Pourrait-on parler d'un « *aggiornamento* » permanent ?⁸² Nous pensons que trois peuvent être ses

⁷⁷ Résolution de l'IDI « Le problème intertemporel en droit international public » (www.idi-iil.org). Cf. *supra* note 68.

⁷⁸ L'ancien juriste du Foreign Office avait déjà défendu – dans un article fort remarqué (« The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4 : Treaty Interpretation and Other Treaty Points », *BYIL*, vol. 33 (1957), pp. 212, 225-227) – le principe de la contemporanéité (date de conclusion) aux fins de l'interprétation du traité (« Major Principle VI »).

⁷⁹ « [L]e rapporteur explique qu'il tient particulièrement au maintien de cette phrase et il regretterait beaucoup que l'Institut ne se prononce pas dans le même sens que la CIJ sur ce sujet » (*AIDI*, 1975, p. 354). C'est nous qui soulignons.

⁸⁰ « [L]e seul fait que la phrase en question figure dans cet avis n'est pas une raison suffisante pour la reproduire ici... », *ibid.*, p. 357. D'autres membres de l'Institut se rallièrent à cette demande d'amendement, qui fut cependant rejetée par 28 voix contre 17 (*ibid.*, p. 370).

⁸¹ La codification de l'IDI étant intervenue après celle de la CDI (ainsi qu'à la suite de l'avis de la CIJ dans la question de la Namibie), devrait-on en tenir compte aux fins de la lecture de cet article ?

⁸² Dans l'affaire de l'*Usine MOX* (application de la Convention OSPAR entre l'Irlande et la Grande-Bretagne), le tribunal arbitral ne rejette pas, nous semble-t-il, l'exigence d'adapter le traité en question aux évolutions du système normatif. Si finalement, il ne put accéder à la demande de l'Irlande visant à prendre en considération l'évolution du droit international de l'environnement, c'est simplement (et l'on pourrait éventuellement et uniquement critiquer cette constatation) parce que les instruments invoqués « *has not yet become law : Lest it produce anachronistic results that are inconsistent with current international law, a tribunal must certainly engage in actualisation or contemporarization when construing an international instrument that was concluded in an earlier period* » (Sentence arbitrale du 2 juillet 2003, § 103, www.pca-cpa.org).

limites (ou ses raisons) ? : a) le renvoi intrinsèque (termes évolutifs contenus dans le traité) ; b) l'intention des parties ; c) l'objet et but du traité⁸³. Ces trois critères ne sont évidemment pas exclusifs mais complémentaires.

A. Termes intrinsèquement évolutifs

Il est hors de doute que les caractéristiques intrinsèquement évolutives⁸⁴ des termes de la disposition invitent tout naturellement à privilégier l'interprétation évolutive⁸⁵. La CIJ, après avoir déclaré – dans son malheureux arrêt de 1966 sur la question du *Sud-Ouest africain* – que « pour dégager le sens d'une notion juridique dans un contexte historique, il faut tenir compte de la manière dont cette notion était comprise à l'origine dans le contexte »⁸⁶, réfutant ainsi, en contraste avec la doctrine et la jurisprudence arbitrale et judiciaire antérieures, la possibilité que les termes soient intrinsèquement évolutifs, corrige le tir, fort judicieusement, en 1971 (toujours au regard de la même question) :

« Sans oublier la nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion, la Cour doit tenir compte de ce que les notions consacrées par l'article 22 du Pacte – « les conditions particulièrement difficiles du monde moderne » et « le bien-être et le développement » des peuples intéressés – n'étaient pas statiques mais par définition évolutives et qu'il en allait de même par suite de la notion de « mission sacrée de civilisation ». On doit donc admettre que les parties au Pacte les ont acceptées comme telles. 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 le domaine auquel se rattache la présente procédure, les cinquante dernières

⁸³ Le juge BEDJAOUÏ (*op. cit.*, §§ 8-12, pp. 122-124), dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Gabcikovo / Nagymaros*, parle de : a) l'intention des parties ; b) caractère intrinsèquement statique ou dynamiques des notions contenues dans ses dispositions ; c) l'importance (degré) du changement du système normatif.

⁸⁴ Sur la notion de « clause de renvoi (ou d'aspiration) » ainsi que sur la nécessité de la distinguer de ses faux semblants, cf. *Usines de pâte à papier...*, §§ 62-63. Le renvoi au système normatif – qu'il soit statique ou évolutif – ne signifie pas cependant *télescopage* de la compétence de l'organe juridictionnel, à moins d'une disposition expresse ou d'une intention par ailleurs établie : « La prise en considération, aux fins de l'interprétation du statut de 1975, des règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les Parties, qu'il s'agisse de règles de droit international général ou de règles contenues dans les conventions multilatérales auxquelles les deux Etats sont parties, est toutefois sans incidence sur l'étendue de la compétence conférée à la Cour en vertu de l'article 60 du statut de 1975, qui demeure circonscrite aux différends concernant l'interprétation ou l'application du statut » (*Op. cit.*, § 66) »

⁸⁵ Cf. J. SALMON, « Changements et droit international public », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 430. En ce sens : *Fragmentation du droit international...* *op. cit.*, § 23.

⁸⁶ *Sud-Ouest africain...* *op. cit.*, § 16, p. 23. *Contra* : *op. dissidente* du juge JESSUP (p. 439) ; *op. dissidente* du juge PADILLA NERVO (pp. 456, 463, 467-8).

années ont marqué, comme il est dit plus haut, une évolution importante ... Dans ce domaine, comme dans les autres, le corpus iuris gentium s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer »⁸⁷.

La CIJ ne manquera pas d'y faire recours dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer Egée*⁸⁸ ainsi que dans la fréquemment citée affaire du *Projet Gabčíkovo / Nagymaros*⁸⁹. Dans ce dernier arrêt la CIJ dira que ces dispositions, qui contiennent un renvoi « intrinsèquement évolutif », sont considérées comme des normes « d'aspiration » de l'environnement normatif dans le traité. La CIJ tint à préciser que c'était donc le traité de 1977 lui-même qui prévoyait cette « aspiration » et non pas le droit des traités internationaux qui, en l'art. 31 § 3 lit. c) parle d'« interprétation » et non pas d'adaptation et encore moins d'application. En d'autres termes, il ne s'agissait pas ici d'interpréter le traité à la lumière du système normatif, mais d'appliquer les règles pertinentes de celui-ci ; et pour ce faire, il faut une disposition expresse du traité (ou à tout le moins une volonté implicite mais réelle). On retrouve la distinction abordée plus haut (et élégamment écartée par la CDI en supprimant le feu art. 56) entre interprétation et application. En effet, il ne suffisait pas d'abroger cette disposition du projet d'articles pour empêcher la survenance des casse-têtes qu'il essayait – tant bien que mal – de résoudre, tant il est vrai que le juge Bedjaoui ressasse avec force cette distinction (« il ne faut pas confondre la « définition » d'un concept et le « droit » applicable à ce concept »)⁹⁰. Après avoir réaffirmé cette différenciation ontologique et avoir admis le principe de l'interprétation évolutive, le juge Bedjaoui s'empresse aussitôt de corseter cette

⁸⁷ *Conséquences juridiques...op. cit.*, § 53, pp. 31-32 [c'est nous qui soulignons]. Comme avait dit avec force raison le juge TANAKA dans son opinion dissidente jointe au malheureux arrêt de la CIJ en 1966 sur le Sud-Ouest africain : « On a simplement précisé ce qui manquait de précision il y a quarante ans. Ce qui aurait dû être clair depuis quarante ans se trouve dégagé grâce à la création d'une règle nouvelle de droit coutumier, équivalant à une interprétation authentique dont l'effet est rétroactif » *Statut du Sud-Ouest africain... op. cit.*, p. 294 ; il ajoute que les demandeurs (à savoir l'Éthiopie et le Libéria) font état d'une « évolution continue, dynamique et croissante » de l'obligation du Mandataire (p. 293). *Contra* : op. dissidente du juge FITZMAURICE selon lequel « [s]on interprétation de la situation se fonde, de manière orthodoxe, sur ce qui [lui] paraît avoir été l'intention des principaux intéressés à l'époque. L'attitude de la Cour, marquant l'aboutissement d'une philosophie différente qui m'est étrangère, se fonde sur les intentions d'entités et d'organes nouveaux et distincts quelque cinquante années plus tard. Ce n'est pas là un critère juridiquement valable... » (*op. cit.*, § 7, p. 223).

⁸⁸ « Il serait alors quelque peu surprenant que le sens de la réserve relative aux différends ayant trait au « statut territorial » de la Grèce n'évolue pas lui aussi en fonction des changements d'étendue territoriale de l'Etat grec entraînés par le « développement des rapports internationaux », *Plateau continental de la Mer Egée* (Grèce c. Turquie), arrêt du 19 décembre 1978 (compétence de la Cour) : *CIJ Recueil* 1978, § 78, p. 33. Ajoutant que le « sens de la clause ... vari[ant] avec l'évolution du droit », il fallait « tenir compte de l'évolution des règles du droit international relatives aux droits d'exploration et d'exploitation d'un Etat riverain sur le plateau continental » (§§ 79, 80 (pp. 33, 34)). Cf. *supra* note 75

⁸⁹ « 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 [dans le texte anglais : « static »] 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 », *Gabčíkovo/Nagymaros...op. cit.*, § 112, pp. 67-68.

⁹⁰ *Ibid.*, § 5, p. 121.

dernière en posant comme axiome la « *primauté du principe du « renvoi fixe » sur celui du « renvoi mobile* ». En d'autres termes, selon ce principe – qui ne semble cependant pas être irréfutable – en cas de doute on renvoie aux fins de l'interprétation au droit existant au moment de la conclusion du traité ; c'est seulement dans « hypothèses exceptionnelles » que l'on fera référence au droit « *qui aura ultérieurement évolué* »⁹¹. Quoi qu'il en soit – et pour ce qui nous concerne ici – la Cour en admet le principe⁹², mais en réfute l'application en le cas d'espèce⁹³.

La cause célèbre, au sujet des termes intrinsèquement évolutifs, est due à l'esprit – ironie du sort ? – de Max Huber dans la question des *Biens britanniques au Maroc espagnol*, où il est question d'appréhender le terme « convenable ». L'arbitre suisse sera amené à adopter une lecture évolutive (actualisante) : « *l'usufruit d'une résidence consulaire ... qui soit, au point de vue des exigences actuelles, aussi 'convenable' à cette fin [du traité] que la maison à Rio-Martin l'était au point de vue de celles du début du XIX^e siècle* »⁹⁴. En regard du but du traité (*infra* C), l'arbitre effectue une comparaison diachronique afin de déterminer l'obligation de l'Espagne de mettre à la disposition de la Grande-Bretagne une demeure consulaire *relativement* convenable ; là où l'adverbe *renvoie* à une indexation normative de l'obligation⁹⁵. Cet « *aggiornamento* » par le truchement des notions intrinsèquement évolutives a essaimé en droit international humanitaire⁹⁶,

⁹¹ *Ibid.*, § 8, p. 122. Le juge conclut : « *Sans qu'il faille renoncer à l'« interprétation évolutive » qui peut être utile et même nécessaire dans des hypothèses très limitées, il convient de dire qu'elle ne peut pas être appliquée automatiquement à n'importe quelle affaire* » (§ 12, p. 123)

⁹² « *Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions a un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité - qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures -, de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des Etats envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement* » (§ 140, p. 78). Cf. l'op. individuelle du juge WEERAMANTRY qui, renvoyant à l'avis de la CIJ du 1971 dans la question de la Namibie, évoque l'art. 31 § 3 lit. c) (p. 114) ; op. individuelle du juge BEDJAOUI (§ 18, p. 124) : « *en accueillant en l'espèce le principe dit de l'interprétation évolutive d'un traité ...* ».

⁹³ La responsabilité pour agir, dit la CIJ, était conjointe et non pas unilatérale (telle que prévue précisément par le Traité de 1977) ; notamment au niveau de la constatation de l'apparition de ces nouvelles normes. Or, dans le cas d'espèce, seule la Hongrie avait relevé l'émergence de ces nouvelles normes de droit international relatives à l'environnement.

⁹⁴ *Affaire des Biens britanniques au Maroc espagnol*, Réclamation n° 51, décision du 1^{er} mai 1925, RSA, vol. 2, p. 726. Comme le commenta très correctement Lord Arnold McNair, cette décision – de l'arbitre unique Max Huber – « *in no way conflicts with his [du même arbitre] important ruling as to the inter-temporal law in the Island of Palmas case* » (*op. cit.*, p. 468). Cf. *supra* A.

⁹⁵ L'art. 52 de la CVDT – avec sa référence aux « principes incorporés dans la Charte des Nations Unies » – appartient de plein droit à la catégorie des notions évolutives.

⁹⁶ On ne peut pas passer sous silence le flot d'encre qui coula par rapport à l'article 6 § 5 du Deuxième protocole additionnel de 1977 aux 4 Conventions de Genève de 1949. La doctrine a largement discuté si cette disposition pouvait être invoqué afin de fonder en droit des amnisties pour des crimes de guerre ; à cette fin, les auteurs ont eu recours aux différents éléments de la règle générale d'interprétation, voire à

pénal⁹⁷, de la mer⁹⁸; même les corps de règles, prétendent « *self-contained* »⁹⁹ ne sont pas à l'abri de la « contamination systémique évolutive », ni les ordres juridiques régionaux hautement institutionnalisés, qui plus est avec un organe de constatation centralisé (comme l'UE)¹⁰⁰.

B. Intention des parties

Selon Lord McNair, s'il convient en principe de privilégier la signification qu'un terme revêtait au moment de la conclusion du traité, il y a des cas, cependant, où c'est l'intention même des Parties qui invite à dévier de ce principe¹⁰¹. Dans la récente affaire relative aux *Usines de pâte à papier*, la CIJ renvoie à son arrêt dans l'affaire entre le Costa-Rica et le Nicaragua :

« il existe des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été, ou peut être présumée avoir été, de conférer aux termes employés – ou à certains d'entre eux – un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international » (Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt du 13 juillet 2009, par. 64). « Ainsi, l'obligation de protéger et de préserver, énoncée à l'article 41 a) du statut, doit être interprétée conformément à une pratique acceptée si largement par les Etats ces dernières années que l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement »¹⁰².

un mélange d'entre eux. NAQVI (Y., « Amnesty for War Crimes : Defining the Limits of International Recognition », *Revue Internaitonale de la Croix-Rouge*, n° 851 (2003), p. 85) penche pour une interprétation systématique et téléologique à la fois.

⁹⁷ La chambre d'appel du TPIY dans son retentissant arrêt du 2 octobre 1995 affirmera que l'expression « lois et coutumes de la guerre » n'a plus la même signification qu'en 1907 (*Le Procureur c. Tadic*, www.un.org/icty, § 87).

⁹⁸ Le tribunal arbitral dans l'affaire Guinée-Bissau / Sénégal sur la délimitation, affirme que le concept de « plateau continental » est un « concept dynamique » et penche dès lors pour une interprétation évolutive de l'accord franco-portugais de 1960 (Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau / Sénégal), *RSA*, vol. XX, § 85, p. 152).

⁹⁹ « [N]ous observons que le contenu ou la référence de l'expression générique « ressources naturelles » employée dans l'article XX g) ne sont pas « statiques » mais plutôt « par définition évolutifs ». Il convient donc de noter que les conventions et déclarations modernes font souvent référence aux ressources naturelles comme étant é la fois des ressources biologiques et non biologiques », *Affaire des « Crevettes »*, 12 octobre 1998 (WT/DS58/AB/R), 130. L'ORD renvoie en note de bas de page au fragment de l'avis consultatif de la CIJ en 1971, en en citant verbatim quelques extraits (*supra* note 87).

¹⁰⁰ CJCE, *Affaire Commission c. Irlande* (61/77), arrêt du 16 février 1978, §§ 48-50 : « Le renvoi de cette disposition aux "lois en vigueur" dans les différents états membres en ce qui concerne la délimitation des eaux maritimes relevant de leur souveraineté ou de leur juridiction est à interpréter comme visant les lois applicables de moment en moment au cours de la période de validité du règlement en cause ; 49 Que cette interprétation est la seule compatible avec l'objet et le but de ce règlement, qui est d'établir un régime commun pour l'exercice de la pêche dans l'ensemble des eaux maritimes dépendant des états membres ; 50 Qu'il en résulte que toute extension des zones maritimes en question comporte automatiquement une extension identique du domaine d'application du règlement... » (c'est nous qui soulignons).

¹⁰¹ MCNAIR, Lord Arnold, *op. cit.*, p. 467. De même : E. JIMENEZ DE ARECHAGA, « International Law in the Past Third of a Century », *RCADI*, vol. 159 (1978-I), p. 49 ; M.K. YASSEEN, *op. cit.*, p. 67.

¹⁰² *Usines de pâte à papier...op. cit.*, § 204 (c'est nous qui soulignons).

L'intention des parties, attribuant un caractère évolutif au traité, semblerait donc être pour la CIJ le critère-maître afin de savoir si les termes du traité ont été revêtus d'une signification actualisante. Pour le juge Guillaume, celle-ci représente le critère que doit suivre l'interprète aux fins du choix de la dimension temporelle de l'interprétation, par ailleurs « *telle a été la démarche suivie à juste titre par la Cour* ». Toutefois, s'empresse-t-il d'ajouter aussitôt, cette démarche n'est pas immune de problèmes, puisque « *dans la plupart des cas, les Parties ne précisent pas dans le texte si elles entendent figer les termes qu'elles emploient ou accepter que ce sens puisse évoluer. Par conséquent, il est nécessaire de recourir à des présomptions* »¹⁰³. Ce qui n'est pas peu troublant en regard du postulat volontariste à la base du traité international. De surcroît, l'intention des parties – à elle tout seule – ne doit pas devenir le totem sur l'autel duquel tout doit être sacrifié, du but du traité jusqu'à l'intégrité et à la cohérence du système ; sorte de moloch auquel l'on offre des victimes sacrificielles pour en obtenir les grâces (faveurs). Faut-il donc, comme l'affirment certains auteurs¹⁰⁴, s'en remettre principalement, sinon exclusivement à l'intention des parties, laquelle cependant n'apparaît pas comme telle dans cette disposition ? Pourquoi alors ne pas décroître le degré de fiction – et de subjectivisme sous-jacent – en faisant recours au but du traité ou de la disposition en question¹⁰⁵. De plus, l'exigence de l'actualisation ne présuppose-t-elle justement que l'on regarde à la finalité du traité ?

C. Objet et but du traité

En effet, si certaines notions sont évolutives *per se* (par exemple « statut territorial »)¹⁰⁶, d'autres se voient attribuer un telle caractéristique, en interprétant l'objet et le but du traité. En effet, dire qu'une notion est intrinsèquement évolutive signifie présupposer qu'elle poursuit un but sous-jacent qui requiert à l'interprète de l'adapter. Jadis Grotius avait mis en exergue la nécessité de considérer la possibilité des potentialités évolutives d'un traité¹⁰⁷ par référence à son objet et son but. Dans l'affaire de *Namibie* en 1971, sans que la CIJ ne la mentionne *expressis verbis* – vraisemblablement pour ne pas s'exposer aux critiques (qui ne manqueront cependant pas de fuser...) –

¹⁰³ *Différends relatifs à des droits de navigation et des droits connexes... op. cit.*, (op. individuelle, §§ 14, 15).

¹⁰⁴ Entre autres : le juge GUILLAUME dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la CIJ du 13 juillet 2009 (fond) dans l'affaire entre le Costa-Rica et le Nicaragua, § 10 ;

¹⁰⁵ En ce sens : H. THIRLWAY, « The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989 », *BYIL*, vol. LX (1989), pp. 136-137 ; S. ALY, *op. cit.*, pp. 45, 46 ; R. BERNHARDT, *op. cit.* (1999), p. 16

¹⁰⁶ Cf. *Plateau continental de la Mer Egée*.

¹⁰⁷ « *Mais il faut remarquer, au sujet du motif [du traité], qu'il comprend souvent certaines choses non au point de vue de leur existence actuelle, mais au point de vue de la possibilité qu'elles existent, moralement considérées [potentia moraliter considerata]* », *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), trad. du latin par P. PRADIER-FODÉRÉ, Paris, P.U.F., 1999, L. II, Ch. XVI, § 25.1, pp. 409-410. En ce sens, également : P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^{ème} éd., Paris, 2008, pp. 339-340 ; *Oppenheim's International Law*, 9th edition (ed. by Sir Robert Jennings and Sir Robert Watts), vol. I, Harlow, 1992, p. 1281.

l'interprétation téléologique semble l'avoir guidée dans la qualification du caractère dynamique – plutôt que statique – de ces notions¹⁰⁸ ; ou encore, le tribunal arbitral dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol*. Dans l'affaire « Rhin de fer », soumise à la Cour permanente d'arbitrage, cette dernière penche à bon escient pour un mélange adroit entre les différentes composantes de la « règle générale d'interprétation » contenue en l'article 31 de la CVDT¹⁰⁹ dans la mesure où elle fait appel à la fois à l'intention des parties et (avec une certaine préférence) à l'objet et au but du traité afin d'étayer une approche évolutive des droits et obligations des parties. Après avoir rappelé que ceux-ci restent « *in principle applicable to the adaptation and modernisation requested by Belgium* », la Cour conclut – non sans avoir préalablement considéré que sa lecture est « compatible with the principle of effectiveness » – que :

« *Applying this dynamic and evolutive approach to a treaty that was meant to guarantee a right of commercial transit through time, the Tribunal concludes that a request for a reactivation of a line long dormant, with a freight capacity and the means to achieve that considerably surpassing what had existed before for nearly 130 years, is still not to be regarded as a request for a "new line."* »¹¹⁰.

Aux fins d'une lecture actualisante du traité, son objet et son but ont été invoqués dans le domaine du droit de la mer¹¹¹, du droit de la guerre¹¹², des droits des peuples autochtones¹¹³, du droit fiscal international¹¹⁴, des droits de l'homme¹¹⁵. Il importe cependant d'explorer l'articulation entre l'intention des parties et le but que celles-ci se sont fixées par le traité. Il n'est pas osé d'affirmer que le second sert parfois à révéler la première, à l'instar de l'instrument avec la finalité¹¹⁶. Enfin, l'interprétation évolutive est fille du but du traité ; en effet, si les parties ressentent le besoin d'adapter (la lecture du)

¹⁰⁸ Cf. *Mur en Palestine...*, § 88, p. 172.

¹⁰⁹ Faut-il préciser au passage que le singulier choisi pour « règle » signifie que l'article 31 contient une règle avec différents éléments et non pas plusieurs règles subordonnées hiérarchiquement.

¹¹⁰ In the *Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway* (Belgium / Netherlands), sentence arbitrale du 24 mai 2005 (www.pca-cpa.org), §§ 83-84. *Contra* : affaire *MOX – OSPAR* (EIRE / UK), sentence arbitrale du 12 juillet 2003 (www.pca-cpa.org).

¹¹¹ Plateau continental (Libye / Malte), arrêt du 3 juin 1985 : *CIJ Recueil* 1985, § 34, pp. 33-34. De même dans l'affaire « *Rego Sanles* » - relativement au droit de la mer – où la Cour d'appel de Rennes affirma que « ... le droit de Genève est abrogé par la pratique généralisée des zones économiques exclusives de 188 milles, pratique, au demeurant suivie par l'Espagne (partie défenderesse) ... », Décision du 26 mars 1979, *AFDI*, vol. 26 (1980), p. 823.

¹¹² Affaire relative à l'*Or de la Banque nationale d'Albanie*, sentence arbitrale du 20 février 1953, *USA/F/IRU, RSA*, vol. XII, pp. 40-42.

¹¹³ Cour suprême du Canada, 20 juillet 2005, *Marshall 2*, pars. 19-20 (au sujet des revendications des populations autochtones (les « Micmacs ») sur les forêts du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Ecosse).

¹¹⁴ J. MALHERBE, *Droit fiscal international. Impôts sur les revenus. Théorie générale. Droit belge. Éléments de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 36.

¹¹⁵ Constatation du 2 octobre 2003 par le Comité des droits de l'homme de l'ONU (Communication n° 829/1998, M. Roger Judge), § 10.3.

¹¹⁶ Cf. op. dissidente du juge SIR LOUIS JETTÉ jointe à la sentence arbitrale rendue le 17 octobre 1903 dans l'affaire de l'« *Alaska Boundary* » entre les EU et le RU, *RSA*, vol. 15, p. 518.

traité à l'évolution du système normatif, c'est parce qu'elles croient que le but (art. 31 § 1 CVDT) doit l'emporter sur le texte (figé)¹¹⁷. Il importe donc de transcender le texte du traité pour que son but puisse être atteint face à et en conformité avec cette évolution.

¹¹⁷ R. MONACO, C. CURTI GIARDINO (*Diritto internazionale pubblico. Parte generale*, 3^{ème} éd., Turin, UTET, 2009, p. 216) affirment que le texte du traité n'est pas un « *documento 'pietrificato'* » (à savoir gravé dans le marbre).