

**DÉCLARATION COMMUNE DE M^{ME} LA JUGE CHARLESWORTH, M. LE JUGE BRANT,
M^{ME} LA JUGE CLEVELAND ET M. LE JUGE AURESCU**

[Traduction]

*Relation entre droit international coutumier et traités relatifs aux changements climatiques — Rejet par la Cour de l'argument selon lequel les traités relatifs aux changements climatiques ont force de *lex specialis* — Ambiguïté dans le raisonnement de la Cour — Droit coutumier et droit conventionnel conservant une existence distincte au regard du droit international général et du droit relatif aux changements climatiques — Examen du respect par les États des traités relatifs aux changements climatiques ne suffisant pas pour apprécier leur respect des règles coutumières.*

1. L'avis consultatif rendu accorde une place prépondérante à la question de la relation qu'entretiennent le droit international coutumier et le droit conventionnel dans le domaine des changements climatiques. Le droit coutumier impose à tous les États des obligations générales en matière de prévention des dommages significatifs à l'environnement et de coopération pour protéger ce dernier, obligations qui sont liées de manière intrinsèque. Les traités relatifs aux changements climatiques prévoient des mesures spécifiques que les États parties doivent prendre pour atténuer ces changements et s'y adapter.

2. La relation entre ces deux sources de droit a fait quelque peu débat entre les participants à la procédure. D'un côté, un petit nombre d'entre eux ont soutenu que les traités relatifs aux changements climatiques avaient force de *lex specialis*. Selon cette analyse, le comportement des États à l'égard des changements climatiques doit être apprécié au regard des seules règles conventionnelles applicables et les obligations de droit coutumier sont sans pertinence. De l'autre, nombreux sont ceux qui ont fait valoir que les deux sources de droit coexistaient et que les traités relatifs aux changements climatiques ne se substituaient pas au droit international coutumier. La Cour — à bon droit, selon nous — rejette sans équivoque l'argument selon lequel les traités relatifs aux changements climatiques ont force de *lex specialis* par rapport aux autres règles du droit international (avis consultatif, par. 171).

3. L'avis, aux paragraphes 309 à 315, précise la relation entre les traités relatifs aux changements climatiques et le droit international coutumier. Au paragraphe 314, la Cour dit que

« [p]uisqu'il est difficile de déterminer abstraitement dans quelle mesure les traités relatifs aux changements climatiques et la pratique relative à leur application influent sur la manière dont il convient d'appréhender les obligations coutumières pertinentes et sur l'application de celles-ci, la Cour considère que, à ce stade, le respect intégral et de bonne foi des traités relatifs aux changements climatiques, conformément à l'interprétation qu'elle en a donnée ... tend à indiquer que l'État en question satisfait en substance aux obligations coutumières générales qui lui incombent de prévenir les dommages significatifs à l'environnement et de coopérer. Pour autant, il ne s'ensuit pas que les obligations coutumières seraient honorées dès lors que les États s'acquitteraient des obligations leur incombant en vertu des traités relatifs aux changements climatiques ... Si les traités et le droit international coutumier s'éclairent mutuellement, ces deux sources établissent des obligations indépendantes qui ne se recoupent pas nécessairement. » (Références omises.)

4. Au paragraphe 315, la Cour ajoute en outre ceci :

« [Il n'est] pas exclu qu'un État non partie qui coopère avec la communauté des États parties aux trois traités relatifs aux changements climatiques comme le ferait, dans la pratique, un État partie puisse, dans certaines circonstances, être réputé honorer ses obligations coutumières du fait d'une pratique conforme au comportement exigé des États au titre des traités relatifs aux changements climatiques. À défaut de faire montre d'une telle coopération, en revanche, il lui appartient, et à lui seul, de démontrer que ses politiques et pratiques sont conformes à ses obligations coutumières. »

5. Prise isolément, cette caractérisation de la relation entre le droit coutumier et le droit conventionnel pour ce qui est des changements climatiques apparaît ambiguë et potentiellement trompeuse. Elle doit cependant être lue à la lumière de l'ensemble de l'avis consultatif, conjointement avec les conclusions pertinentes qui y figurent. Selon nous, les paragraphes 314 et 315 ne doivent pas être interprétés comme laissant entendre que le respect des règles coutumières ne peut être évalué qu'au regard des traités relatifs aux changements climatiques, puisque la Cour rejette expressément cette interprétation en soulignant qu'il ne suffit pas que les États s'acquittent des obligations mises à leur charge par ces traités pour considérer qu'ils satisfont à leurs obligations coutumières. Comme le constate la Cour, les traités et le droit international coutumier établissent des obligations indépendantes qui ne se recoupent pas nécessairement. Toute autre interprétation serait contraire aux règles du droit international et à l'avis dans son ensemble.

6. En outre, il convient d'interpréter les paragraphes 314 et 315 de l'avis en tenant compte du fait que la Cour a rejeté sans ambages l'argument selon lequel les traités relatifs aux changements climatiques ont force de *lex specialis* (par. 168-171). Nous notons également qu'il est à plusieurs reprises souligné dans l'avis que les sources de droit international pertinentes « s'éclairent mutuellement » (voir les paragraphes 335 et 354). Ce faisant, comme le relève la Cour, le droit international coutumier et les traités relatifs aux changements climatiques continuent d'exister indépendamment, et leur respect doit être apprécié séparément.

7. Cette position est conforme à la jurisprudence de la Cour, laquelle a confirmé que, lorsque le droit coutumier et le droit conventionnel traitent de la même question, ils conservent l'un et l'autre leur caractère distinct. Comme l'a dit la Cour en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*),

« [s]ur plusieurs points, les domaines réglementés par les deux sources de droit ne se recouvrent pas exactement et les règles substantielles qui les expriment n'ont pas un contenu identique. Mais de plus, lors même qu'une norme conventionnelle et une norme coutumière intéressant le présent litige auraient exactement le même contenu, la Cour ne verrait pas là une raison de considérer que l'intervention du processus conventionnel doive nécessairement faire perdre à la norme coutumière son applicabilité distincte »¹.

8. Dans cette affaire, la Cour a estimé que la Charte des Nations Unies était « bien loin de couvrir la totalité du domaine de la réglementation de l'usage de la force dans les relations internationales »². On peut en effet se demander si, même en théorie, il pourrait y avoir identité parfaite entre le contenu d'un traité et les règles coutumières applicables dans un contexte spécifique. Jia signale que « les traités ne sauraient rendre pleinement compte de la pratique générale, ni prédire

¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), *fond*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 94, par. 175.

² *Ibid.*, p. 94, par. 176.

les grandes tendances d'évolution des pratiques à l'avenir, et [que] ... la coutume finit toujours par dépasser et supplanter les traités »³. Il constate ainsi une « absence d'équivalence dans la durée ... entre les traités et la pratique générale »⁴.

9. Selon nous, c'est le terme « complémentarité » qui qualifie le mieux la relation entre le droit coutumier et les règles conventionnelles. Dinstein définit cette notion de la manière suivante :

« Dans la plupart des différends entre États, le droit applicable est un écheveau au sein duquel s'entremêlent traités et coutume. Ce dernier regroupe plusieurs règles (certaines nées des traités, d'autres découlant de la coutume), qui sont complémentaires et s'entrelacent. Il y a de nombreuses raisons à cela. Tout d'abord, il est bien rare qu'un traité, en particulier lorsqu'il vise à réglementer un vaste domaine du droit international (et ce, que l'intention des rédacteurs soit de codifier la coutume ou de faire évoluer progressivement le droit international), traite de l'ensemble des questions susceptibles de se poser en la matière. Lorsqu'un sujet particulier n'est pas couvert par le traité, le droit international coutumier continue de le régir entre les Parties, tant contractantes que non contractantes. »⁵

10. Si cette conclusion est valable en droit international général, elle s'applique avec une force particulière au droit relatif aux changements climatiques. Dans le contexte des obligations que ce droit impose aux États, les règles coutumières s'appliquent plus largement que les traités relatifs aux changements climatiques⁶. Ces derniers ne visent pas à codifier les règles coutumières, ni d'ailleurs à les modifier, mais constituent une tentative d'élaboration progressive de règles spécifiques en matière d'atténuation des changements climatiques et d'adaptation à leurs effets, et, en général, du droit relatif aux changements climatiques⁷. Autrement dit, le respect par un État de ses engagements au titre des traités relatifs aux changements climatiques ne permet pas de présumer et n'implique pas automatiquement qu'il respecte ses obligations coutumières quant à l'atténuation de ces phénomènes, et inversement⁸.

11. Cette interprétation transparaît également dans les déclarations d'un certain nombre d'États qui, en devenant parties à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et à l'accord de Paris, ont signifié qu'aucune disposition de ces accords ne pouvait être interprétée comme dérogeant aux principes du droit international général. Sur les 43 participants ayant répondu à une question posée pendant la procédure orale au sujet de la valeur de ces déclarations, 38 ont considéré que celles-ci confortaient l'interprétation voulant que les traités relatifs aux changements climatiques ne dérogent ni ne se substituent au droit international général.

³ Bing Bing Jia, « The Relations between Treaties and Custom », *Chinese Journal of International Law*, 2010, vol. 9 (1), p. 94 ; voir aussi James Crawford, « Chance, Order, Change », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 201[3], vol. 365, p. 110, par. 169 (« [L]e droit international coutumier est un dialogue à travers le temps : à l'instar d'un bon café, il faut le laisser infuser. En revanche, un traité est une promesse ou une proposition assortie de délais qui se fait généralement l'écho d'un point de vue propre au moment où elle est formulée. »).

⁴ Bing Bing Jia, « The Relations between Treaties and Custom », *Chinese Journal of International Law*, 2010, vol. 9 (1), p. 97.

⁵ Yoram Dinstein, « The Interaction Between Customary International Law and Treaties », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2006, vol. 322, p. 383, par. 229.

⁶ Voir Benoit Mayer, *International Law Obligations on Climate Change Mitigation*, OUP, 2022, p. 88.

⁷ *Ibid.*, p. 127.

⁸ *Ibid.*, p. 119.

12. Il convient d'interpréter l'avis consultatif comme appuyant le point de vue selon lequel les règles conventionnelles et coutumières conservent, au regard du droit international général et du droit relatif aux changements climatiques, une existence distincte et leur propre champ d'application. Bien qu'ils se renforcent mutuellement, ces corpus de droit sont indépendants, et le respect par les États de chacun d'eux doit être apprécié séparément.

13. Pour ces raisons, nous estimons que l'avis, lu dans son ensemble, confirme que le simple respect par un État des traités relatifs aux changements climatiques ne permet pas d'apprécier si cet État respecte les règles coutumières. En bref, les traités ne sauraient servir d'indicateurs aux fins de l'évaluation du respect des règles du droit international coutumier.

(Signé) Hilary CHARLESWORTH.

(Signé) Leonardo BRANT.

(Signé) Sarah H. CLEVELAND.

(Signé) Bogdan AURESCU.
