

Document:-
A/CN.4/SR.3185

Compte rendu analytique de la 3185e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2013, vol. I

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://legal.un.org/ilc/>)*

terminologique. Il serait sans conteste utile d'établir un court lexique des termes pertinents dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. Cependant, chaque langue a son propre génie et, selon son expérience, à peine un débat sur les termes est clos et voici qu'un nouveau fait son apparition.

67. Concernant l'éventail de moyens pouvant être utilisés, il ne fait aucun doute que la pratique des États, décrite par la Cour internationale de Justice comme devant être « fréquente et pratiquement uniforme » dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (par. 74) jouit d'un statut à part. Il y a aussi la riche et importante pratique de groupes d'États : actions, déclarations et communiqués conjoints, et les résolutions des organes de l'Organisation des Nations Unies et des organes conventionnels. Les éléments du droit international coutumier sont donc étroitement liés à la volonté des États. L'exercice consistant à identifier ces éléments revient essentiellement à recueillir des faits qui permettent de déterminer l'existence d'une règle coutumière et le processus qui a mené à cette situation. Ce n'est pas facile, en particulier en raison du grand nombre d'États et d'organisations internationales qui défendent des positions différentes et s'inscrivent dans un contexte différent.

68. Cela pourrait expliquer pourquoi seulement un petit nombre d'États n'a jusqu'à présent pas répondu à la demande d'informations de la Commission sur la pratique des États. Indépendamment de la pratique de certains groupes, il existe une pratique unilatérale limitée de la part de ce que l'on appelle les États nouvellement indépendants, qui ont fait objection, peu après leur création, à un certain nombre de règles de droit international coutumier, faisant valoir qu'ils n'avaient pas participé à leur formation.

69. La démarche suivie par les organisations internationales et d'autres acteurs intergouvernementaux peut également être précieuse pour faire une étude de la pratique. Ainsi, dans son avis consultatif de 1980 sur l'*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*¹³⁸, la Cour internationale de Justice semble avoir déduit des accords existants entre les États et les organisations internationales quelques règles coutumières ayant trait aux droits et obligations des organisations et de leur pays hôte. La Cour s'est fondée sur trois résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies pour dire que le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles était l'un des principes du droit international coutumier, même si elle a conclu que ce principe ne s'appliquait pas en l'espèce. Certains ont fait valoir que l'étude de la pratique des organisations internationales devrait tenir compte des domaines de compétence limitée de ces organisations, tandis que d'autres estiment que des aspects de la pratique telle que celle de l'Assemblée générale relèvent davantage de la pratique des États que de la pratique des organisations.

¹³⁸ Pour le texte de l'Accord entre l'Organisation mondiale de la Santé et le Gouvernement de l'Égypte pour déterminer les privilèges, immunités et facilités accordés en Égypte par le Gouvernement à l'Organisation, aux représentants de ses Membres, à ses experts et à ses fonctionnaires, signé au Caire, le 25 mars 1951, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 223, n° 3058, p. 87.

70. Au nombre des sources à consulter, le rapport mentionne la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, laquelle a pour mission essentielle de vérifier le droit coutumier et d'interpréter les traités. La Cour établit l'existence de règles coutumières et leur contenu en se fondant sur les ressources importantes dont elle dispose et sur la haute expertise technique de ses juges. Si les décisions de la Cour relatives à la formation des règles coutumières sont parfois décrites, y compris dans les opinions séparées de ses propres juges, comme étant vagues, incohérentes, et comme omettant d'analyser une pratique suffisamment fréquente et convaincante, leur importante contribution à l'élucidation du droit coutumier est reconnue. Dans certaines affaires, en particulier celles qui portent sur la délimitation maritime, le rôle de la Cour n'a pas seulement été d'énoncer des règles coutumières pour en déduire les principes généraux.

71. M. El-Murtadi Suleiman Gouider se félicite de ce que les activités de plusieurs cours et tribunaux internationaux seront examinées dans les futurs rapports, de même que les travaux d'autres organes. Toutes ces activités ont trait au droit international coutumier et ont un effet sur ce droit. En ce qui concerne les travaux futurs, il ne doute pas que le Rapporteur spécial saura sûrement surmonter les « graves obstacles », comme l'avait indiqué l'Association de droit international, qui sont inhérents à la formulation des règles du droit international coutumier¹³⁹.

La séance est levée à 13 h 10.

3185^e SÉANCE

Mercredi 24 juillet 2013, à 10 h 5

Président : M. Bernd H. NIEHAUS

Présents : M. Caffisch, M. Candiotti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Jacobsen, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Nolte, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Formation et identification du droit international coutumier (suite) [A/CN.4/657, sect. E, A/CN.4/659, A/CN.4/663]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du premier rapport du Rapporteur spécial sur la formation et l'identification du droit international coutumier (A/CN.4/663).

¹³⁹ International Law Association, rapport final du Comité sur la formation du droit international coutumier général, *Report of the Sixty-ninth Conference, London, 25-29th July 2000*, p. 713.

2. M. HUANG félicite le Rapporteur spécial pour le caractère pragmatique de son premier rapport et la clarté de sa démarche. Concernant l'intitulé du sujet, outre l'intitulé actuel, le Rapporteur spécial a proposé : « Identification du droit international coutumier » ou « Détermination du droit international coutumier ». Cette question devrait être examinée parallèlement à celle de l'objet des travaux. Au regard de cet objet, les deux premières formules, très similaires, sont toutes deux acceptables, la deuxième présentant l'avantage d'être plus concise. La troisième, en revanche, n'est pas appropriée, car elle risque de donner à penser que la Commission s'arroge le pouvoir de déterminer le droit international coutumier. Par ailleurs, les résultats des travaux de la Commission devraient prendre la forme de conclusions ou de principes directeurs, ainsi que l'a proposé le Rapporteur spécial. Les règles dégagées devraient allier précision et souplesse, afin de préserver le pouvoir discrétionnaire des juges appelés à les appliquer.

3. À la prise en compte d'éventuelles différences entre les critères de formation et d'identification de la coutume selon les branches du droit international, il conviendrait de préférer une approche uniforme, qui mette en évidence des critères universellement applicables à tous les domaines du droit international et par tous les destinataires des règles dégagées, pour ne pas accentuer encore la fragmentation de ce droit et affaiblir du même coup la coutume.

4. M. Huang partage l'opinion de la plupart des membres de la Commission sur la nécessité d'écarter le *jus cogens* du champ du sujet à l'examen. En effet, ainsi qu'il ressort du libellé de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, ces normes ont une nature différente de la coutume, en ce qu'elles ont une valeur normative supérieure, et ne relèvent pas de la catégorie des sources formelles du droit international. Concernant les relations de la coutume avec les autres sources du droit international, il conviendrait de s'intéresser au rôle des traités dans la formation et la preuve de l'existence de la coutume. Peut-on notamment déduire l'existence d'une règle coutumière du caractère universel d'un traité, comme le laisse entendre le Rapporteur spécial lorsqu'il indique qu'il convient de rechercher des cas dans lesquels une règle coutumière a été identifiée sans qu'il soit fait référence aux critères de la pratique et de l'*opinio juris* ?

5. Enfin, à propos des principes généraux du droit, M. Huang fait observer lui aussi qu'il est malaisé de les distinguer de la coutume et que l'on peut se demander s'il faut les considérer comme des règles coutumières.

6. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ remercie le Rapporteur spécial pour la qualité remarquable de ses analyses et félicite le Secrétariat pour son étude (A/CN.4/659), dont il souligne la grande utilité. Il souscrit globalement à la manière dont le Rapporteur spécial a abordé le sujet à l'examen dans son premier rapport.

7. Compte tenu de l'objectif assigné aux travaux de la Commission, il paraît opportun de ne pas dissocier les questions de l'identification et de la formation des règles de droit international coutumier, car il est vrai que leur identification est étroitement liée à la manière dont elles se sont formées. L'intitulé « Identification du droit

international coutumier » est toutefois acceptable. Quant aux résultats des travaux, on peut en effet leur donner la forme de conclusions assorties de commentaires, en veillant toutefois à éviter une formulation trop prescriptive.

8. Concernant la question du *jus cogens*, il serait certes utile que la Commission se penche sur ces normes supérieures exprimant des valeurs essentielles partagées par la communauté internationale. Mais, comme l'a écrit le Rapporteur spécial, il serait préférable de ne pas le faire dans le cadre du sujet à l'examen, ce qui n'interdit pas de se référer de temps à autre, dans tel ou tel contexte précis, aux règles du *jus cogens*.

9. Malgré la multiplication des traités et les efforts de codification réalisés dans différents domaines du droit international, le droit coutumier demeure une source primordiale du droit international, d'autant que la codification d'une règle coutumière laisse subsister la règle coutumière originelle et donc, comme la Cour internationale de Justice l'a précisé dans l'Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, deux règles au contenu identique, l'une coutumière et l'autre conventionnelle, peuvent conserver une existence autonome (par. 178). De surcroît, rien n'empêche la règle coutumière de continuer à évoluer. De manière générale, il faudra que le Rapporteur spécial examine plus avant les interactions entre coutume et traités, ceux-ci ayant selon la Cour internationale de Justice (affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*) un triple effet sur la coutume : déclaratif, cristallisateur et créateur. Il serait intéressant d'étendre cet examen à certains instruments non contraignants tels que des résolutions précises de l'Assemblée générale des Nations Unies, comme le suggère le Rapporteur spécial.

10. S'il a été l'objet de critiques nourries, le paragraphe 1 b de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui définit les deux éléments de la coutume, n'en fait pas moins autorité. La majorité de la doctrine et de la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux confirme la nécessaire présence de ces deux éléments. L'analyse de la jurisprudence de la Cour effectuée par le Rapporteur spécial gagnerait à être approfondie, mais l'on peut déjà en tirer quelques conclusions importantes. Concernant tout d'abord l'élément matériel de la coutume, il apparaît clairement que le fait qu'il se soit écoulé un bref laps de temps n'empêche pas la formation d'une règle coutumière si, dans ce laps de temps, la pratique des États est générale (affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*). La Cour ne parle pas pour autant, comme le suggèrent certains membres de la doctrine, de coutume instantanée, pas plus d'ailleurs que de coutume immémoriale. Dans le même arrêt, elle précise encore que cette pratique doit être « fréquente et pratiquement uniforme » (par. 74) (mais non unanime). Concernant ensuite l'élément subjectif de la coutume, il apparaît que celui-ci est difficile à prouver, d'autant que, comme l'a reconnu la Cour dans la décision rendue en l'Affaire du droit de passage sur le territoire indien, il peut parfois coïncider avec l'élément matériel. Par ailleurs, la Cour se réfère parfois aux résolutions de l'Assemblée générale pour prouver l'existence de l'*opinio juris* (avis consultatif dans l'affaire du *Sahara occidental*), ou encore elle s'appuie sur l'attitude des États vis-à-vis d'une résolution de l'Assemblée

générale (affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*). Elle a d'ailleurs relevé la valeur normative de ces résolutions dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, indiquant qu'elles peuvent « fournir des éléments de preuve importants » de l'*opinio juris* (par. 70). Il serait bon que la Commission examine les relations entre la coutume et les résolutions des organes internationaux.

11. En outre, il est important d'établir une distinction entre le droit international coutumier et « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Il résulte des travaux préparatoires du Statut de la Cour internationale de Justice que ces principes ont été introduits à l'Article 38 pour combler d'éventuelles lacunes de l'ordre juridique international et éviter le *non liquet*. Ces principes *de droit*, qui correspondent à des principes communs aux systèmes juridiques nationaux, se distinguent des principes *du droit international*. La Cour y a fait référence en quelques occasions (affaire *Ahmadou Sadio Diallo*). Lorsque ces principes généraux de droit sont invoqués de manière répétée au niveau international, ils deviennent des principes du droit international coutumier. Il est donc essentiel de distinguer entre les principes généraux de droit international tirés des systèmes nationaux, qui constituent une source formelle du droit international, et les principes du droit international, autrement dit, entre les normes de droit international coutumier et les principes du droit international. À cet égard, il est intéressant de relever que l'article 21 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, relatif au droit applicable par cette cour, distingue entre « les principes et règles du droit international » qui viennent, hiérarchiquement, avant les « principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde ».

12. Pour conclure, M. Vázquez-Bermúdez dit qu'il approuve le programme de travail présenté par le Rapporteur spécial, et notamment l'étude de la coutume régionale ou locale qu'il envisage d'entreprendre.

13. M. SINGH félicite le Rapporteur spécial pour la qualité de ses travaux et son approche réaliste du sujet à l'examen.

14. Le présent sujet recouvre à la fois la formation et l'identification du droit international coutumier, car ces deux questions sont étroitement liées et, quel que soit l'intitulé finalement choisi, le Rapporteur spécial devrait poursuivre dans la direction qu'il a tracée au paragraphe 15 de son premier rapport. M. Singh souscrit également à la proposition du Rapporteur spécial concernant la forme que devraient prendre les résultats des travaux de la Commission et convient qu'il y a lieu d'exclure le *ius cogens* du champ du sujet.

15. L'analyse des relations entre la coutume internationale et les autres sources du droit international, notamment les traités, est essentielle et le Rapporteur spécial a souligné à juste titre qu'il est généralement reconnu que les traités peuvent refléter des règles coutumières préexistantes, ou émergentes, et constituer des éléments de preuve de l'existence de ces règles. Il est également vrai que les règles coutumières continuent de régir les questions qui ne

sont pas visées par des traités, ainsi que les relations entre États parties et non parties à des traités. Lorsqu'il abordera la distinction entre le droit international coutumier et les principes généraux, dans son prochain rapport, le Rapporteur spécial devra faire preuve de prudence, afin de ne pas remettre en cause l'objectif du projet.

16. Le Rapporteur spécial a mené un examen approfondi de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, suivie par les autres cours et tribunaux internationaux ou nationaux, qui a permis de mettre en évidence la présence systématique des deux éléments de la coutume. Mais il serait bon, au vu des critiques formulées à l'égard de cette jurisprudence, que le Rapporteur spécial approfondisse ces analyses dans son prochain rapport, ainsi qu'il l'a annoncé. La prudence qu'il affiche à l'égard du rôle du juge national dans le processus coutumier est également justifiée. C'est avec juste raison, enfin, qu'il mentionne que, si la place éminente de la coutume dans le droit international est largement reconnue par la doctrine, le scepticisme de certains invite à la prudence.

17. M. Singh estime enfin que le programme de travail ambitieux que s'est fixé le Rapporteur spécial est tout à fait approprié.

Application provisoire des traités (A/CN.4/657¹⁴⁰, sect. D, A/CN.4/658¹⁴¹, A/CN.4/664¹⁴²)

[Point 7 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

18. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial, M. Gómez Robledo, à présenter son premier rapport sur l'application provisoire des traités (A/CN.4/664).

19. M. GÓMEZ ROBLEDÓ (Rapporteur spécial), après avoir remercié tous ceux qui ont contribué à l'élaboration du premier rapport sur l'application provisoire des traités, retrace brièvement l'historique des travaux sur le sujet. Il rappelle qu'en 2011 le juge Gaja – ancien membre de la Commission – a présenté un document de travail relatif à certains des problèmes juridiques soulevés par l'application provisoire des traités¹⁴³, dans lequel il soulignait notamment la remarquable diversité des dispositions existantes y relatives, ainsi que la nécessité de définir cette notion pour en déterminer les effets juridiques. En 2012, sitôt désigné Rapporteur spécial, M. Gómez Robledo a mené des consultations informelles avec les membres de la Commission sur des thèmes qu'il jugeait pertinents pour l'examen de la question et, de manière générale, ceux-ci ont estimé qu'il n'était pas souhaitable de se demander dans quelle mesure l'application provisoire des traités contribuait au processus d'identification d'une règle de droit international coutumier, qu'il était prématuré d'établir un questionnaire à l'intention des États et qu'il était trop tôt pour se prononcer sur la question de la forme finale des travaux. Poursuivant l'historique du sujet, M. Gómez Robledo appelle aussi l'attention des

¹⁴⁰ Reprographié, disponible sur le site Web de la Commission.

¹⁴¹ Reproduit dans *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie).

¹⁴² *Idem*.

¹⁴³ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), A/66/10, annexe III.

membres sur l'étude du Secrétariat sur l'application provisoire des traités (A/CN.4/658), dont on peut tirer plusieurs conclusions préliminaires : premièrement, quelles qu'en soient les modalités, l'application d'un traité à titre provisoire engendre une obligation d'exécuter le traité ou une partie de celui-ci ; deuxièmement, ce mécanisme est éminemment facultatif ; troisièmement, l'obligation d'appliquer le traité à titre provisoire prend fin lorsque celui-ci entre en vigueur ou lorsque son entrée en vigueur souffre un retard excessif ou devient moins probable.

20. Le premier rapport sur l'application provisoire des traités a pour principal objectif de mettre en évidence l'intérêt de ce mécanisme : c'est uniquement en procédant de la sorte que la Commission pourra favoriser l'utilisation plus fréquente de la procédure de l'application provisoire par les États. Le rapport traite également d'importantes questions d'ordre terminologique, en particulier celle de la distinction entre « application à titre provisoire » et « entrée en vigueur à titre provisoire », deux expressions qu'il ne faut surtout pas confondre car elles renvoient à des concepts juridiques bien distincts. En ce qui concerne la délimitation du sujet, M. Gómez Robledo dit que, pour l'heure, il a délibérément choisi de ne pas tenir compte de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) – même si elle comporte une disposition sur l'application provisoire des traités – considérant qu'il valait mieux se concentrer à ce stade des travaux sur la pratique des États et sur le régime établi par la Convention de Vienne de 1969.

21. Aux paragraphes 25 à 35 du rapport, M. Gómez Robledo s'est attaché à démontrer que l'objectif de l'application à titre provisoire était de donner un effet immédiat à tout ou partie des dispositions de fond d'un traité ou à certaines d'entre elles, sans attendre la réalisation et les effets des conditions formelles nécessaires à l'entrée en vigueur prévues par celui-ci. Cette partie du rapport contient en outre la liste des principaux motifs pour lesquels les États ont eu recours à la procédure d'application à titre provisoire des traités, à savoir : l'urgence, la souplesse, la précaution ou encore, la transition vers l'entrée en vigueur imminente.

22. Dans les rapports suivants, il faudra examiner la question de savoir si les effets juridiques de l'application à titre provisoire d'une disposition de fond ne dépendent pas davantage, dans certains cas, du contenu même de cette disposition que du régime de l'application provisoire. Ainsi, l'article 18 de la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction prévoit-il la possibilité d'appliquer provisoirement l'article 1 de ce texte, lequel dispose notamment que chaque État partie s'engage à ne « jamais, en aucune circonstance » employer de mines antipersonnel. Autrement dit, l'État qui applique cet article à titre provisoire s'engage à respecter une série d'interdictions de nature permanente. Dès lors, on peut se demander si une fois contracté ce type d'obligation, l'application revêt un caractère provisoire ou si l'on est en présence de deux types d'effets juridiques – en d'autres termes, si c'est la règle de fond qui détermine le régime applicable et les effets juridiques

de l'application provisoire et non la règle supplétive ou auxiliaire énoncée à l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969. La même question se pose à l'égard de futurs traités relatifs aux droits de l'homme ou au droit international humanitaire qui, de par leur nature, engendreront des droits individuels transcendant les simples obligations entre les parties. En outre, étant donné que l'application provisoire relève du contexte à prendre en considération pour interpréter un traité, conformément au paragraphe 2 de l'article 31 de la Convention de Vienne, il serait utile d'entendre les observations du Rapporteur spécial pour le sujet des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, M. Nolte, sur la question.

23. Ainsi qu'indiqué aux paragraphes 36 à 52 du rapport, il est évident que l'application provisoire a des conséquences juridiques ; toutefois, compte tenu de l'examen approfondi que mérite cette question, M. Gómez Robledo propose de l'étudier ultérieurement. La Commission pourrait en revanche étudier sans plus tarder la question des conséquences juridiques de la violation d'obligations contractées en vertu de l'application provisoire et, si elle le juge pertinent, analyser le régime de la responsabilité internationale de l'État. Le cas échéant, elle ne pourra pas ignorer l'avis des rapporteurs spéciaux sur le droit des traités, M. Fitzmaurice et M. Waldock, pour qui l'entrée en vigueur à titre provisoire produit pleinement ses effets. La Commission devra également souligner que l'application provisoire relève du champ d'application de l'article 23 de son projet d'articles sur le droit des traités, adopté en 1966, lequel énonce le principe *pacta sunt servanda*¹⁴⁴, et insister sur le fait que l'application provisoire emporte des obligations qui vont au-delà de l'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur, énoncée à l'article 18 de la Convention de Vienne de 1969. En effet, l'obligation découlant de l'application provisoire peut subsister même après l'entrée en vigueur du traité dont la ratification est retardée, dès lors que l'État ne souhaite pas utiliser le paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne. Cela ne fait aucun doute, en particulier lorsque les gouvernements ont du mal à obtenir la ratification du traité concerné par leurs organes législatifs. Certes, il s'agit là de difficultés de droit interne qui a priori n'intéressent pas la Commission, sauf si son objectif est d'encourager les États à utiliser le mécanisme de l'application provisoire. Les observations des membres de la Commission sur ce point seraient bienvenues.

24. Dans la dernière partie du rapport sont énumérés les différents points qui seront examinés dans le cadre des travaux futurs. Enfin, M. Gómez Robledo dit qu'il a pris note avec intérêt des suggestions faites par les membres de la Commission au sujet de la forme finale des travaux. Pour sa part, il continue de croire que des directives répondraient davantage aux besoins des utilisateurs (les gouvernements) que des clauses types, qui ne permettraient pas de rendre compte de la diversité des situations, de plus en plus nombreuses, où les États recourent à l'application provisoire des traités.

¹⁴⁴ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 229 et 230.

25. M. MURASE s'interroge sur l'objectif des travaux relatifs à l'application provisoire des traités : s'agit-il de compléter le régime établi par l'article 25 de la Convention de Vienne, d'en éclairer l'interprétation ou, ce qui semble plus probable, de clarifier l'intérêt éventuel de l'application provisoire ?

26. La nécessité de l'application provisoire d'un traité dans certaines circonstances n'est pas contestée. Les États y ont souvent recours pour remédier à une situation urgente, pour combler un vide juridique créé par des régimes conventionnels successifs, ou encore pour renforcer la transparence et la confiance entre des États signataires. Ils sont donc informés de cette procédure et conscients de son utilité dans certains cas exceptionnels. La question qui se pose est celle de savoir si le Rapporteur spécial entend en promouvoir l'utilisation dans *d'autres* situations. En outre, indépendamment de cette utilité, il faut s'interroger sur le caractère raisonnable du régime de l'application provisoire des traités, compte tenu, en particulier, des problèmes qu'il peut poser au regard du droit interne et des processus parlementaires de certains pays.

27. L'application provisoire d'un traité peut aussi avoir pour effet de décourager la ratification du traité concerné, comme on l'a vu avec les accords de partenariat économique entre l'Union européenne et le Groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique. Elle peut donner lieu à des différends quant au caractère contraignant des obligations découlant du traité, comme on l'a vu à propos du Traité sur la Charte de l'énergie dans l'affaire *Yukos c. Fédération de Russie*. En tout état de cause, si elle n'emporte rien d'obligatoire, les États peuvent bénéficier des avantages du traité sans s'acquitter des obligations qui leur seraient imposées à la ratification. Comme son nom l'indique, l'application provisoire doit rester une mesure intérimaire dans l'attente de la ratification du traité. Il serait donc plus raisonnable d'encourager la ratification des traités, plutôt que de laisser perdurer leur application provisoire. Une solution consisterait à fixer une durée limitée à l'application provisoire, ou de réserver celle-ci à certaines situations exceptionnelles.

28. Même s'il peut être nécessaire et raisonnable de promouvoir l'application provisoire des traités, on peut s'interroger sur le rôle de la Commission à cet égard. L'application provisoire devrait être envisagée dans le processus même des négociations conventionnelles. C'est une question hautement politique, comme l'illustre le refus de la Conférence des Parties, à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, d'appliquer provisoirement le Protocole de Kyoto tel que modifié pour faire la transition entre deux périodes d'engagement. Il semble donc que la Commission n'ait pas grand-chose à faire dans ce domaine, d'autant que l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 donne déjà aux États des indications suffisamment claires et adaptables.

29. Passant aux conclusions énumérées au paragraphe 53 du rapport, M. Murase dit qu'à son sens la pratique des États ne témoigne pas d'une ignorance du régime de l'application provisoire des traités, qui est largement utilisé. Cette pratique n'illustre pas non plus l'utilité de l'application provisoire des traités. Cette utilité doit être appréciée

à la lumière des bénéfices recherchés dans chaque cas ; par exemple, s'il s'agit simplement de différer la ratification, c'est un abus de la procédure. Il conviendrait peut-être ici de faire une distinction entre les traités bilatéraux à caractère contractuel et les traités multilatéraux à vocation normative. Il semble difficile de déterminer quels sont les systèmes de droit interne les plus représentatifs concernant l'application provisoire des traités, comme le propose le Rapporteur spécial. La Commission pourrait à la rigueur faire une étude comparative des mécanismes constitutionnels des pays en la matière. De même, il semble difficile de faire une généralisation des exigences procédurales relatives à l'application provisoire des traités, qui découlent de la nature de l'accord prévoyant cette application provisoire et sont donc très diverses. La question concernant les liens entre le régime défini à l'article 25 de la Convention de Vienne et d'autres dispositions du droit international n'est pas très claire. L'article 18 de cette convention serait pertinent si la Commission se penchait sur les effets juridiques des traités non ratifiés, mais il ne semble pas opportun d'étendre à ce point la portée du sujet à l'examen. Enfin, pour ce qui est des éventuels effets juridiques de l'application provisoire des traités et, partant, des conséquences juridiques d'une violation des obligations ainsi créées, ils ne peuvent être déterminés qu'au cas par cas.

30. Pour conclure, M. Murase insiste sur la nécessité d'encourager la ratification des traités plutôt que leur application provisoire.

31. M. KITTICHAISAREE félicite le Rapporteur spécial pour son premier rapport et salue l'étude du Secrétariat sur le processus d'élaboration de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969.

32. Il aurait été bon que le Rapporteur spécial fournisse des explications plus détaillées au sujet de l'éventualité d'un conflit entre droit international et droit constitutionnel suscité par l'application provisoire des traités (paragraphe 35 du rapport). Par ailleurs, l'affirmation (au paragraphe 44) selon laquelle « en principe, le droit interne ne constitue pas un obstacle à l'application provisoire », est démentie notamment par l'exemple de la Constitution du Royaume de Thaïlande, qui impose certaines formalités internes *préalables* à la conclusion de certains types de traités, faisant ainsi obstacle à leur application provisoire. Les doutes tenant au respect de leur droit interne exprimés par certains États au cours de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités sont toujours d'actualité. Les mécanismes ou clauses types que le Rapporteur spécial souhaiterait voir élaborés par la Commission ne seront pas utilisés par les États tant que demeurera l'éventualité de ce conflit. À cet égard, il conviendrait, comme il est proposé au paragraphe 53 *c* du rapport, d'analyser de manière approfondie la pratique des États en la matière et de suggérer des solutions pour résoudre ce conflit.

33. S'agissant enfin des effets juridiques de l'application provisoire des traités (par. 53 *f* du rapport), M. Kittichaisaree estime qu'il conviendrait de traiter de la distinction entre l'entrée en vigueur provisoire d'un traité et son application provisoire, et entre l'application provisoire d'un traité et un accord provisoire ou intérimaire, ou encore de la question de savoir si les effets juridiques de l'application provisoire d'un traité ont un caractère

analogue à ceux d'un accord collatéral entre les parties, ou enfin de la relation juridique existant entre les parties qui ont accepté l'application provisoire totale ou partielle d'un traité et les tiers.

34. M. PETRIČ dit que le nouveau sujet à l'examen est délicat et de vaste portée. L'application provisoire des traités est en soi une procédure utile mais exceptionnelle, et l'on ne saurait en tirer une quelconque règle, car cela irait à l'encontre de certaines valeurs fondamentales du monde démocratique contemporain. La Commission doit donc avoir pour objectif de mieux comprendre cette procédure et de la clarifier, éventuellement sous forme de conclusions assorties de commentaires, mais en aucun cas de la promouvoir.

35. Deux éléments importants sont au cœur du sujet: d'une part, l'incidence de l'application provisoire des traités sur la sécurité juridique et, d'autre part, son interférence avec les mécanismes constitutionnels internes. L'application provisoire des traités est souvent un moyen d'éviter la guerre, comme on l'a vu par exemple dans le cas du conflit de Trieste, provisoirement réglé en 1954 par un protocole d'accord qui a été appliqué jusqu'au traité d'Osimo en 1975¹⁴⁵. On peut toutefois imaginer que, sans ce traité, l'arrangement provisoire, qui ne réglait que la question de la délimitation sans se pencher sur celle de la souveraineté, aurait pu continuer d'être appliqué jusqu'en 1991, et qu'alors l'Italie, face à la disparition de la Yougoslavie, aurait pu imposer sa vision unilatérale de la souveraineté sur la zone B du territoire. L'application provisoire des traités est donc étroitement liée à la sécurité juridique. Elle empiète également sur le droit constitutionnel, comme l'ont déjà relevé d'autres membres. Le cas de la Thaïlande a été évoqué, mais en Slovaquie également l'application provisoire d'un traité pourrait soulever des questions de conformité constitutionnelle.

36. Passant au contenu du premier rapport du Rapporteur spécial, M. Petrič dit que l'examen de la pratique peut en effet être sommaire dans un premier temps mais, par la suite, c'est sur la pratique, bien plus que sur la doctrine, que la Commission devra se fonder. Il faudra s'intéresser en particulier à la pratique de l'Union européenne, en raison de la complexité particulière que revêt l'application de traités entre 28 États, ainsi qu'aux travaux du Conseil de l'Europe sur le sujet. La distinction entre « application à titre provisoire » et « entrée en vigueur à titre provisoire » est importante, mais il faut surtout veiller à ne pas s'occuper d'une application provisoire qui ne serait pas prévue dans le traité lui-même ou dans un accord ultérieur, et toujours garder à l'esprit qu'il s'agit, comme le dit le Rapporteur spécial, d'un « mécanisme à vocation transitoire ». Les objectifs de l'application à titre provisoire des traités énoncés aux paragraphes 25 à 35 du rapport sont pertinents, sauf peut-être celui de l'assouplissement du régime des traités (par. 28 à 30). On peut se demander en effet s'il est légitime que l'application provisoire d'un traité permette d'échapper aux règles constitutionnelles, ou de modifier le traité sans suivre la procédure requise.

¹⁴⁵ Traité entre la République italienne et la République socialiste fédérative de Yougoslavie pour la délimitation de la frontière pour la partie non indiquée comme telle dans le Traité de paix du 10 février 1947, signé à Osimo (Ancona, Italie), le 10 novembre 1975, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1466, n° 24848, p. 25.

Sur ce point, la prudence sera de mise. Enfin, les paragraphes 36 à 52, consacrés au régime juridique de l'application provisoire, sont également pertinents, si ce n'est que, contrairement à ce que dit le Rapporteur spécial au paragraphe 44, la question du droit interne doit être prise en considération.

La séance est levée à 13 heures.

3186^e SÉANCE

Jeudi 25 juillet 2013, à 10 h 5

Président: M. Bernd H. NIEHAUS

Présents: M. Caffisch, M. Candiotti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Jacobson, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Nolte, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Formation et identification du droit international coutumier (*fin*) [A/CN.4/657, sect. E, A/CN.4/659, A/CN.4/663]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à résumer le débat sur son premier rapport relatif à la formation et à l'identification du droit international coutumier (A/CN.4/663).
2. Sir Michael WOOD (Rapporteur spécial) exprime sa reconnaissance aux nombreux collègues qui ont participé au débat, qui a été riche et d'une très haute tenue. Ce débat a de plus été enrichi parce qu'il a coïncidé avec la Conférence commémorative Gilberto Amado, donnée par le professeur Paulo Borba Casella sur le sujet de l'*opinio juris*, et par l'utile étude du Secrétariat (A/CN.4/659).
3. Les membres de la Commission semblent souscrire à l'approche fondamentale proposée dans le rapport. Si certains approuvent le calendrier qui y figure, d'autres doutent qu'il soit possible d'achever les travaux sur le sujet en 2016. Le Rapporteur spécial précise qu'il ne saurait être question de procéder de manière indûment hâtive: 2016 doit être un objectif, non une date limite.
4. M. Murase a de nouveau fait valoir que la manière d'envisager l'identification du droit international coutumier dépendait du public auquel on entendait s'adresser. Or cela impliquerait que différentes personnes, s'adressant à différents publics, pourraient de manière tout aussi valide aboutir à des conclusions différentes. M. Murase a aussi dit que chaque État avait sa propre tradition judiciaire