

Document:-
A/CN.4/SR.3186

Compte rendu analytique de la 3186e 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/>)*

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

s'agissant d'identifier le droit international coutumier. Cela semble également nier l'existence d'un système de droit international. Pourtant, l'un des thèmes du rapport qui a recueilli l'appui de pratiquement tous les membres qui ont pris la parole est celui de l'unité du droit international. M. Murphy, par exemple, a appelé l'attention sur le paragraphe 1 des conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international¹⁴⁶, à savoir que le droit international est un système, non une accumulation aléatoire de normes.

5. M. Forteau a demandé que l'on se penche sur la nature des règles régissant l'identification des règles du droit international coutumier, parfois appelées «règles de reconnaissance» ou «règles relatives aux règles». C'est à juste titre que M. Murase a contesté l'utilisation de l'expression «règles secondaires» et le renvoi dans la première note du paragraphe 22 du rapport aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁴⁷. La Commission n'a pas à s'occuper des règles secondaires, au sens où les règles relatives à la responsabilité de l'État ou du droit des traités sont secondaires.

6. S'agissant de la relation entre les travaux de la Commission et ceux de l'Association de droit international qui, en 2000, a adopté la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général¹⁴⁸, le Rapporteur spécial espère que le résultat des travaux de la Commission attirera davantage l'attention. Le fait que la Commission travaille en contact étroit avec les États et que le résultat de ses travaux est présenté à l'Assemblée générale des Nations Unies confère à ce résultat une qualité et un statut particuliers. De plus, la Commission a aujourd'hui beaucoup plus de documents à examiner et elle doit tirer les enseignements de la manière dont la Déclaration de Londres elle-même a été accueillie.

7. Le Rapporteur spécial indique que, lorsqu'il élaborera ses rapports futurs, il aura à l'esprit l'observation faite par M. Gómez Robledo concernant la relation hiérarchique entre le droit international coutumier et un traité incompatible avec celui-ci, une question complexe. Il a pris dûment note de la question de M. Gómez Robledo concernant la référence, au paragraphe 37 du rapport, aux actes de bienveillance et de courtoisie. En ce qui concerne les observations de M. Peter sur l'absence de références à la jurisprudence et aux auteurs africains, il rappelle que la réunion de matériels sur le sujet est une responsabilité collective que le Rapporteur spécial n'a pas à assumer seul.

8. Comme l'a demandé M. Park, il souhaite clarifier sa position sur le point de savoir s'il y a différentes approches

de la formation et de l'identification du droit international coutumier dans les différents domaines du droit international, mais moyennant deux réserves: premièrement, une réponse plus définitive sera donnée lorsque les recherches seront plus avancées et, deuxièmement, ce n'est pas la position du Rapporteur spécial lui-même qui compte mais celle de la Commission. Le sentiment du Rapporteur spécial coïncide avec ce qu'a dit M. Tladi: l'idée d'une approche unique, si elle est correcte, ne doit pas être tenue pour acquise. Le Rapporteur spécial pense avec M. Huang que les critères relatifs à la formation et à l'identification du droit international coutumier devraient être unifiés et ne devraient pas être différents selon les branches du droit international ou le public auquel l'on s'adresse. Il pense comme M. Park que la Commission ne devrait pas accepter ou envisager favorablement l'idée qu'il y a fragmentation dans la formation du droit international coutumier. Il pense aussi comme M. Park et d'autres orateurs que la Commission ne doit pas distinguer entre les branches du droit en tant que telles, qui ne sont de toute manière pas objectivement séparables les unes des autres. Dans le même temps, la nature des éléments disponibles et pertinents pour apporter la preuve de l'existence d'une règle de droit international coutumier peut varier en fonction de la règle étudiée ou dont on affirme l'existence.

9. Le Rapporteur spécial indique qu'il n'avait pas l'intention d'accorder une place indue au paragraphe 1 *b* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice mais qu'il s'agit de la disposition conventionnelle sur le sujet la plus largement acceptée, disposition qui en outre oblige 193 États. Il sait gré à M. Hmoud d'avoir rappelé que le droit international coutumier était déjà contraignant avant l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et à M. Gómez Robledo d'avoir appelé l'attention sur certaines limitations de l'Article 38: il ne s'agit pas d'une liste exhaustive des sources et il a été rédigé à une époque où les États étaient considérés comme les seuls acteurs du droit international.

10. Le Rapporteur spécial explique qu'au paragraphe 64 du rapport il a voulu indiquer ce que certains commentateurs avaient dit au sujet de la pratique de la Cour internationale de Justice, et non dire que la Cour avait utilisé deux approches distinctes dans son raisonnement. De même, au paragraphe 62, il s'agissait d'indiquer l'existence de deux manières différentes de rédiger certaines parties d'un arrêt, non de deux méthodes différentes pour déterminer si une règle du droit international coutumier existe. Le juge Tomka a précisément souligné ce point.

11. En ce qui concerne la terminologie, le Rapporteur spécial fait observer qu'un obstacle à la prévisibilité et à la rationalité en ce qui concerne le droit international coutumier était précisément l'obscurité de certains des arguments avancés. Même si, ayant à l'esprit la mise en garde de M. Forteau, il n'a pas l'intention d'essayer d'imposer une terminologie unique et exclusive, il pense avec M. Candioti et M. El-Murtadi Suleiman Gouider que l'un des mérites du travail de la Commission dans de nombreux domaines a été d'introduire une certaine uniformité terminologique, et ce, dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. Cela représente une contribution précieuse à l'établissement de la langue commune des États que le droit international aspire à être.

¹⁴⁶ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 186, par. 251.

¹⁴⁷ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

¹⁴⁸ «London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law» (Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général) et commentaire (résolution 16/2000: Formation du droit international coutumier général, adoptée le 29 juillet 2000 par l'Association de droit international, *Report of the Sixty-ninth Conference, London, 25-29th July 2000*, p. 39).

12. Manifestement, comme M. Huang l'a fait observer, la Commission doit réaliser un équilibre entre certitude et souplesse. M. Hmoud l'a très bien dit : même si la Commission ne fait que décrire l'état actuel du droit en adoptant un ensemble de conclusions, ces conclusions contribueront assurément à promouvoir l'état de droit et une meilleure compréhension de ce qui constitue ou non le droit international coutumier, à éviter les différends et à instituer un degré de certitude juridique qu'à défaut seule la jurisprudence pourrait apporter.

13. Des suggestions utiles ont été faites au sujet des deux projets de conclusion figurant dans le premier rapport et le Rapporteur spécial indique qu'il en tiendra compte lorsqu'il les révisera. Il lui faudra revoir l'alinéa *a* du projet de conclusion 2 comme la Commission avancera dans l'étude du sujet et il tiendra compte des suggestions concernant l'ajout d'expressions comme « principes généraux du droit ».

14. Il entend incorporer un grand nombre des observations spécifiques faites par les membres dans ses rapports ultérieurs. Certains ont souligné la nécessité d'examiner les sujets suivants : les agents de l'État dont les déclarations et le comportement doivent être considérés comme pratique de l'État ; les arguments formulés par les États devant la Cour internationale de Justice ; le rôle des organisations internationales en ce qui concerne la pratique des États et l'*opinio juris* ; le rôle des résolutions de l'Organisation des Nations Unies ; la pratique du Conseil de sécurité ; la pratique des organisations régionales ; la jurisprudence des cours constitutionnelles ; et le rôle éventuel du « droit souple » *de lege ferenda*.

15. Des membres ont relevé l'absence de recueils de la pratique de nombreux États. Dans un premier temps, il pourrait être utile d'établir une liste exhaustive des recueils et des publications existant dans ce domaine et le Rapporteur spécial apprécierait de bénéficier d'une assistance à cet égard.

16. Il indique qu'il a tiré du débat des conclusions utiles dont il tiendra compte dans ses rapports futurs. Il a notamment constaté que l'approche axée sur deux éléments, qui appelle une évaluation de la pratique des États et de l'*opinio juris*, a recueilli un appui général. Dans le même temps, on a reconnu que ces deux éléments pouvaient parfois être imbriqués et que le poids relatif à accorder à chacun pouvait varier.

17. De l'avis général, des indications sur le sujet doivent en premier lieu être recherchées dans l'approche adoptée par les États et les autres acteurs internationaux et dans celle des cours et tribunaux internationaux, à commencer par la Cour internationale de Justice, y compris, comme l'a rappelé M. Saboia, dans ses avis consultatifs. On a de même généralement estimé que le résultat des travaux devrait être de nature essentiellement concrète, destiné en particulier à ceux qui ne sont pas nécessairement des spécialistes du droit international, et qu'il devait s'agir d'un ensemble de conclusions, accompagnées de commentaires, qui ne soient pas indûment prescriptives. Des membres de la Commission ont de plus souligné la nécessité d'envisager la relation entre le droit international coutumier et d'autres sources du droit international, en particulier les traités et les principes généraux du droit. Un intérêt particulier a été

exprimé en ce qui concerne la relation entre le droit international coutumier et les principes généraux du droit, qui doivent peut-être être distingués des principes généraux du droit international. De nombreux membres semblent aussi souhaiter que l'on tienne compte du droit international coutumier régional et le Rapporteur spécial indique qu'il réfléchira aux restrictions énoncées par M. Caflisch en ce qui concerne la « coutume bilatérale ».

18. La grande majorité des orateurs estime que la Commission ne devrait pas étudier le *jus cogens* en détail dans le cadre du présent sujet. Pour certains, celui-ci doit être étudié dans le cadre d'un sujet distinct, faisant valoir qu'une proposition à cet effet est justement à l'examen au Groupe de travail sur le programme de travail à long terme.

19. Il a été décidé de demander de nouveau aux États de fournir des informations sur leur approche de l'identification du droit international coutumier. Il conviendrait de fixer le 31 janvier 2014 comme date limite, étant entendu que les informations doivent être reçues en temps voulu pour être de quelque utilité. L'idéal serait que les États fournissent des informations exhaustives, mais ne serait-ce qu'un ou deux bons exemples de leur approche seraient les bienvenus.

20. Pour ce qui est du titre du sujet, de l'avis général, la Commission ne devrait envisager que les sources formelles, par opposition à substantielles, du droit international. Le débat a porté sur deux points de terminologie : le terme « identification » a été considéré comme quelque peu ambigu et on a débattu du point de savoir si le mot « formation » devrait figurer dans le titre du sujet. Pour le Rapporteur spécial, ces deux questions se résoudreont d'elles-mêmes au fur et à mesure que les travaux progresseront. Quoi qu'il en soit, de l'avis général, l'objectif de l'étude du sujet est de fournir des indications à ceux qui sont appelés à appliquer les règles du droit international coutumier, et afin de déterminer si de telles règles existent, il est nécessaire d'envisager tant les conditions auxquelles leur formation est subordonnée que les types de preuves établissant que ces conditions sont remplies.

21. Même si bon nombre de membres approuvent le titre actuel, il a été convenu de recommander qu'il devienne *Identification of customary international law*, « La détermination du droit international coutumier » et *La identificación del derecho internacional consuetudinario* en anglais, français et espagnol respectivement ; des membres de la Commission ont donné les traductions correspondantes en chinois, en arabe et en russe. Ce changement est recommandé étant entendu que les questions touchant les éléments formateurs du droit international coutumier et la preuve de l'existence des règles de ce droit continuent de faire partie du sujet.

22. Le PRÉSIDENT déclare qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite modifier le titre du sujet à l'examen comme proposé par le Rapporteur spécial en anglais, en français et en espagnol, respectivement, avec les modifications correspondantes en arabe, en chinois et en russe, et approuver les autres conclusions et recommandations figurant dans le premier rapport.

Il en est ainsi décidé.

Application provisoire des traités (suite)
[A/CN.4/657, sect. D, A/CN.4/658, A/CN.4/664]

[Point 7 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

23. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen du premier rapport du Rapporteur spécial sur l'application provisoire des traités (A/CN.4/664).

24. M. FORTEAU dit que, si l'étude du Secrétariat sur le sujet (A/CN.4/658) a contribué à clarifier la différence entre application provisoire et entrée en vigueur provisoire des traités, de nombreuses autres difficultés demeurent.

25. Tout d'abord, le Rapporteur spécial aurait pu donner dans son rapport des informations sur la jurisprudence existante sur le sujet. Cela aurait permis aux membres de se faire une idée de la mesure dans laquelle cette jurisprudence est suffisamment étoffée ou convergente et de déterminer dans quelle mesure la Commission pourra en déduire des conclusions utiles.

26. Certains passages du rapport, par exemple le paragraphe 22 relatif à la pratique conventionnelle, ne sont pas suffisamment étayés par des exemples concrets, ce qui ne permet pas toujours d'en comprendre clairement la portée ou la valeur. L'orateur ne doute cependant pas que, dans ses rapports futurs, le Rapporteur spécial étayera ses arguments de manière plus détaillée. Il lui serait aussi reconnaissant de donner des éclaircissements sur les six questions résumées au paragraphe 53 de son rapport.

27. M. Forteau indique qu'il n'est pas d'accord avec l'objectif décrit au paragraphe 54, à savoir encourager un recours plus fréquent à l'application provisoire des traités. Il n'appartient pas à la Commission de formuler des encouragements, ni d'ailleurs de dissuader, mais bien d'identifier les règles régissant l'application provisoire des traités afin de renforcer la certitude juridique en cas de recours à ce mécanisme.

28. Pour la même raison, M. Forteau ne pense pas comme M. Murase que la Commission devrait encourager la ratification des traités plutôt que leur application provisoire. La décision de ratifier ou non un traité relève de l'appréciation souveraine de chaque État. Les États sont libres de préférer l'application provisoire à la ratification, et la Commission n'a pas à s'immiscer dans cette décision politique.

29. L'orateur ne partage pas non plus les vues de M. Petrič, selon lequel l'application provisoire des traités doit être considérée comme une exception à certaines valeurs bien établies. Pour M. Forteau, les choses sont plus simples: l'application provisoire des traités est une pratique régie par le droit international et la Commission doit l'étudier sans porter sur elle de jugement de valeur ni discuter de sa légitimité.

30. Le Rapporteur spécial semble hésiter quant à l'objectif de l'étude du sujet: s'agit-il uniquement de recenser la pratique conventionnelle des États ou de dégager les règles du droit international coutumier régissant

l'application provisoire des traités? Le Rapporteur spécial semble douter de l'existence de telles règles lorsqu'il affirme, au paragraphe 17 de son rapport, que l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 n'établit qu'une «norme minimale» puis précise, au paragraphe 21, qu'il n'y aurait aucune «réglementation uniforme dans ce domaine». Pour M. Forteau, l'existence même de l'article 25 suffit à établir qu'il existe des règles générales sur l'application provisoire des traités. Ainsi, l'une des tâches prioritaires de la Commission est précisément de recenser quelle a été la pratique dans l'application de l'article 25, pour déterminer quelles règles générales prévalent dans ce domaine. Ce faisant, la Commission doit isoler les règles supplétives et, pour le surplus, renvoyer au régime que met en place chacun des traités qui a recours à l'application provisoire. La *lex specialis* sera sans doute omniprésente en la matière, mais cela n'exclut nullement de dégager les règles générales applicables, si peu nombreuses soient-elles.

31. Le Rapporteur spécial semble préjuger certaines réponses à apporter à plusieurs questions de fond. Par exemple, il estime à l'alinéa a du paragraphe 23 de son rapport que l'intention d'appliquer provisoirement un traité doit être exprimée sans ambiguïté. Un tel critère devra être étayé et débattu par la Commission; il ne peut être tenu pour acquis au stade actuel, préliminaire, des travaux.

32. Le Rapporteur spécial paraît estimer que l'acceptation de l'application provisoire d'un traité par un État signifie nécessairement que cet État est lié par le traité en question. M. Forteau souscrit lui-même à cette conclusion, qui paraît découler clairement des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969 examinés aux paragraphes 74 à 79 de l'étude du Secrétariat. Une fois encore, cependant, la Commission ne doit pas donner l'impression qu'elle procède par postulats. Dans le plan d'étude de 2011¹⁴⁹, il est indiqué que quatre thèses s'opposent en ce qui concerne l'effet de l'application provisoire; chacune devrait être confrontée à la pratique et à la jurisprudence avant d'aboutir à une conclusion finale. Il faudra en particulier tenir compte du fait que chaque traité peut paramétrer à sa guise l'effet de l'application provisoire.

33. Les rapports entre le droit interne et le droit international en matière d'application provisoire des traités est l'une des questions fondamentales et le Rapporteur spécial devrait expliquer comment il entend en traiter. L'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 régit la question des «ratifications imparfaites» en ce qui concerne l'entrée en vigueur, et non l'application provisoire, d'un traité. Il appartient à la Commission de déterminer la mesure dans laquelle les règles énoncées à l'article 46 doivent être étendues, *mutatis mutandis*, à l'application provisoire.

34. Il y a en la matière deux approches possibles. La première, restrictive, consiste à considérer qu'un État qui s'est engagé au plan international à appliquer provisoirement un traité n'est finalement pas lié par cet engagement lorsqu'il apparaît que son droit interne lui interdisait de consentir à l'application provisoire. La seconde, plus libérale, consiste à considérer que l'État ne sera pas lié par cet

¹⁴⁹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), annexe III, par. 4.

engagement que dans le cas extrême où le consentement aura été exprimé en violation manifeste d'une règle de droit interne d'importance fondamentale. La question de l'effet juridique du droit interne sur l'engagement international d'appliquer provisoirement un traité mérite un examen approfondi. Elle a été largement débattue dans les affaires impliquant la Fédération de Russie qui ont été tranchées par la Cour permanente d'arbitrage en 2009¹⁵⁰.

35. Aux fins de cet examen, il convient de se placer dans l'ordre juridique approprié, à savoir la perspective du droit international. La Commission devrait uniquement viser à déterminer dans quelle mesure le droit international érige le respect du droit interne en limite au recours à l'application provisoire des traités. Le droit international n'interdit pas à un État de s'engager sur le plan international en violation d'une disposition de son droit interne. La souplesse du droit international à cet égard est reflétée au paragraphe 1 *b* de l'article 25 de la Convention de Vienne. Ainsi, seules les atteintes fondamentales au droit interne doivent empêcher l'application provisoire. On peut regretter qu'un tel régime tolère certaines distorsions entre le droit interne et le droit international, mais c'est aux États qu'il appartient d'assurer la cohérence entre l'un et l'autre, ou de stipuler dans leurs traités que l'application provisoire de ceux-ci n'est possible que si elle est conforme au droit interne.

36. Parmi les autres questions que ne mentionne pas le Rapporteur spécial mais qui devraient être abordées, on peut citer les règles relatives aux réserves en cas d'application provisoire d'un traité; les règles applicables aux clauses substantielles du traité et à ses clauses finales; le champ d'application précis de l'article 24, paragraphe 4, de la Convention de Vienne par rapport à celui de l'article 25 du même texte; et les problèmes d'interprétation dus à l'application provisoire.

37. Enfin, il serait prématuré de se prononcer sur la forme que devra prendre le résultat final des travaux de la Commission sur le sujet.

38. M. CAFLISCH dit qu'il faut distinguer entre l'entrée en vigueur d'un traité, régie en principe par l'article 24 de la Convention de Vienne de 1969, et son application provisoire, régie par l'article 25 du même texte. Le mandat de la Commission se limite à cette dernière.

39. Lorsque le traité est en vigueur dans son intégralité, il a force obligatoire pour tous les États qui ont consenti à être liés par lui. Cela ne signifie pas nécessairement qu'un État partie soit responsable de toute inobservation par lui des dispositions du traité car celles-ci, bien qu'elles soient entrées en vigueur, peuvent ne pas lui être applicables. Ainsi, les Conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire et les Protocoles y relatifs peuvent être en vigueur pour de nombreux États, mais de nombreuses dispositions de ces textes ne deviendront applicables qu'en cas de *casus belli*. En outre, conformément au paragraphe 4 de l'article 24 de la Convention de Vienne de 1969, certaines des dispositions du traité seront applicables

même avant l'entrée en vigueur de celui-ci; il peut en être de même d'autres dispositions ou même de toutes les dispositions si le traité le prévoit ou si les États ayant participé à la négociation en sont convenus d'une autre manière.

40. Le sujet relève essentiellement du droit international mais a aussi des aspects de droit constitutionnel. L'application provisoire est un outil permettant de combattre la lenteur des procédures parlementaires. Elle peut ainsi entrer en conflit avec les règles du droit interne régissant la conclusion des traités. Cela soulève la question de savoir si l'article 46, relatif au droit interne régissant la conclusion des traités, s'applique également, *mutatis mutandis*, à l'application provisoire. Il serait donc utile d'en savoir davantage sur ce que prévoient les divers ordres juridiques internes, même si une étude exhaustive sur ce point paraît impossible.

41. Pour ce qui est du régime juridique de l'application provisoire, le Rapporteur spécial, aux paragraphes 36 à 40 de son rapport, s'interroge sur les effets d'une telle application sur la responsabilité de l'État. M. Caflisch souscrit à la conclusion provisoire du Rapporteur spécial (par. 37) selon laquelle, à l'instar de n'importe quel autre accord entre États, un accord sur l'application provisoire produit des effets juridiques au niveau international. L'application provisoire cesse i) avec l'entrée en vigueur du traité (article 25, paragraphe 1, de la Convention de Vienne) ou ii) à l'égard d'un État qui notifie aux autres États appliquant provisoirement le traité qu'il n'a pas l'intention d'y devenir partie (art. 25, par. 2). La question qui se pose est celle de savoir si un État qui a fait une telle notification pour se débarrasser de son obligation conventionnelle provisoire peut ultérieurement modifier sa position en informant les autres États qu'il s'est ravisé et qu'il souhaite devenir partie au traité après tout.

42. M. Caflisch ne pense pas que, comme on l'a dit, la Commission doive abandonner le sujet parce qu'il pousserait les États à délaissier les procédures normales de conclusion des traités. La Commission n'est pas chargée de «moraliser» le droit international. De plus, l'application provisoire est expressément prévue par l'article 25 de la Convention de Vienne. Il est tout à fait normal que la Commission indique aux États comment cet outil peut être utilisé et quelles sont les conséquences juridiques de son utilisation.

43. M. ŠTURMA dit que l'application provisoire des traités peut avoir des effets positifs ou négatifs et des implications constitutionnelles significatives. Il est intéressant de noter qu'aucune définition de l'application provisoire ne figure dans la Convention de Vienne et que l'article 25 semble avoir été incorporé assez hâtivement à celle-ci, afin de tenir compte d'une pratique existante des États, sans en définir précisément le régime juridique. Quoi qu'il en soit, l'application provisoire n'est provisoire que d'un point de vue temporel: elle crée des obligations définies. Même une fois qu'elle a cessé, les effets des règles appliquées provisoirement sont les mêmes que ceux découlant de l'application d'un traité qui est en vigueur.

44. Le droit interne, en particulier le droit constitutionnel, peut limiter considérablement la possibilité pour les gouvernements d'accepter l'application provisoire. La

¹⁵⁰ *Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. Fédération de Russie, Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie et Veteran Petroleum Limited (Chypre) c. Fédération de Russie.*

situation est toutefois variable selon les États. Ceux-ci peuvent être divisés en trois groupes, sur la base d'études faites par le Conseil de l'Europe parmi ses États membres et observateurs.

45. Dans le premier groupe, le plus important, c'est l'organe compétent pour conclure le traité qui décide de son application provisoire. Les traités concernés sont principalement ceux conclus et appliqués par l'exécutif sans la participation du parlement. Parmi les pays appartenant à ce premier groupe, on peut citer l'Italie, la France, la Belgique, le Royaume-Uni, la Pologne, la Finlande, l'Autriche et la Slovaquie.

46. Le deuxième groupe comprend les États qui autorisent l'exécutif à accepter l'application provisoire même lorsque la conclusion d'un traité nécessite le consentement du parlement. L'application provisoire n'est exclue qu'en ce qui concerne les traités internationaux dont des dispositions sont incompatibles avec des règles constitutionnelles. Parmi les pays entrant dans ce groupe, on peut citer l'Allemagne, la Suisse, l'Espagne, la Grèce, la Croatie, la Fédération de Russie, le Kazakhstan et la République tchèque.

47. Le troisième groupe comprend les États qui n'autorisent jamais l'application provisoire. Tel est le cas de certains pays d'Amérique latine, du Portugal et de Chypre.

48. Si cette brève étude ne prétend pas à l'exhaustivité, elle montre que l'application provisoire des traités, tout en étant une exception dans la pratique conventionnelle, est néanmoins relativement fréquente. M. Šturma ne pense pas que les États devraient être encouragés à y recourir plus souvent : ils le font déjà en de nombreuses occasions. Comme le montre le rapport, ce recours n'est pas limité aux accords commerciaux ou autres accords économiques mais concerne aussi des instruments traitant de toute une série de questions, y compris les questions politiquement délicates.

49. Ce qui manque au rapport à l'examen est un plan de travail plus détaillé, décrivant le processus devant aboutir à l'adoption de directives ou de conclusions. S'il est important de ne pas trop réglementer l'institution de l'application provisoire des traités et de conserver sa souplesse à l'article 25 de la Convention de Vienne, il incombe à la Commission de fournir des éclaircissements quant à cette institution.

50. Les problèmes les plus complexes touchent la compatibilité de l'obligation d'appliquer provisoirement un traité avec les dispositions du droit interne. C'est pourquoi les États devraient déclarer si et dans quelle mesure ils ne sont pas à même d'appliquer provisoirement les traités. La formulation précise de telles déclarations permettrait d'éviter de graves problèmes, y compris de responsabilité en cas de manquement à des obligations conventionnelles.

51. M. HUANG dit que, bien que l'application provisoire des traités soit depuis longtemps une pratique généralement acceptée par la communauté internationale, les règles la régissant doivent être clarifiées. La Commission peut donner aux États des indications précieuses simplement en expliquant les conditions, les effets et la cessation de l'application provisoire.

52. En ce qui concerne la méthode, l'étude du sujet devrait reposer sur une analyse approfondie des abondantes pratiques et jurisprudences internationales et nationales, y compris les sentences arbitrales. L'article 25 de la Convention de Vienne dispose qu'un traité peut être appliqué à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur mais, en pratique, le moment où commence cette application varie énormément. La pratique interne des États en matière d'application provisoire est aussi extrêmement diverse. Le prochain rapport du Rapporteur spécial devrait donc contenir un examen approfondi de la pratique nationale et internationale.

53. La Commission devrait aussi étudier les effets juridiques de l'application provisoire des traités, en particulier les droits et obligations qui en découlent, puisque l'article 25 de la Convention de Vienne n'indique pas ces effets et qu'il y a beaucoup d'incertitudes à cet égard. Des droits et des obligations découlent-ils de l'application provisoire pour un État signataire ? Ces droits et obligations doivent-ils prendre immédiatement fin lorsqu'un État met fin unilatéralement à l'application provisoire ? Une fois le traité entré en vigueur, quels droits et obligations résiduels les États qui ont appliqué le traité à titre provisoire conservent-ils ? Ces questions méritent d'être examinées avec soin.

54. Une autre question est celle de la relation entre l'application provisoire des traités et d'autres règles énoncées dans la Convention de Vienne. Il ressort clairement de celle-ci que l'application provisoire est une règle conventionnelle spéciale qui est différente des dispositions générales figurant dans d'autres articles. La réglementation et la clarification du régime de l'application provisoire amèneront inévitablement à se pencher sur la relation entre celle-ci et les articles 18, 26, 27 et 46 de la Convention de Vienne. Cette dernière ayant été une des réalisations majeures de la Commission, il appartient à celle-ci de donner sur ces questions une interprétation faisant autorité.

55. Si l'article 25 de la Convention de Vienne ne renvoie pas explicitement à la relation entre l'application provisoire et le droit interne, la plupart des traités autorisant l'application provisoire la subordonnent au respect de ce droit. Durant la négociation de la Convention de Vienne, certains États ont fait observer que, comme l'application provisoire pouvait être décidée par l'exécutif au moment de la signature du traité, elle risquait de permettre à celui-ci de se soustraire à l'autorité du législateur en matière d'approbation des traités. En pratique, certains traités tentent déjà de régler ces questions, par exemple en exigeant que l'application provisoire soit approuvée par le parlement ou en stipulant qu'elle n'est possible que si un pays a déjà mené à bien sa procédure de ratification alors que le traité lui-même n'est pas entré en vigueur. Constituent des exemples pertinents l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, qui stipulent clairement qu'un État peut déclarer qu'il appliquera le traité à titre provisoire lorsqu'il aura mené à bien sa procédure interne de ratification alors que le traité n'est pas encore entré en vigueur. L'essentiel est de réaliser un équilibre approprié

entre l'application provisoire et le droit interne, en garantissant les effets de l'application provisoire en tant que règles du droit international tout en laissant assez de latitude aux États s'agissant d'y avoir recours compte tenu de leur droit interne.

56. M. HASSOUNA dit que, bien que le rapport souligne la nécessité de distinguer entre les expressions « application provisoire » et « entrée en vigueur provisoire », la question semble n'être pas seulement terminologique, car leur signification même semble controversée. Il est remarquable que la Convention de Vienne elle-même ne mentionne pas l'« entrée en vigueur provisoire » des traités. La Commission peut donc apporter une importante contribution en clarifiant les conséquences juridiques des deux notions.

57. On suppose généralement, comme indiqué au paragraphe 39 du rapport, que le régime défini à l'article 25 de la Convention de Vienne repose sur l'hypothèse de l'application provisoire alors que le traité n'est pas encore en vigueur. Or, dans le cas d'un traité multilatéral ratifié par certains États mais non par d'autres, le traité est réputé être en vigueur, mais seulement pour les parties qui l'ont ratifié. Il est manifestement nécessaire de clarifier le point de vue à partir duquel l'état du traité est évalué. L'analyse par la Commission de la pratique des États devrait donc distinguer entre les divers types de traités afin d'explicitier les divers cas possibles d'application d'un traité à titre provisoire.

58. Celle-ci peut être utile dans certains cas particuliers d'urgence ou de nécessité juridique ou politique. On pourrait donc développer l'idée que dans certains cas l'application provisoire ne prête pas à controverse. Il faut aussi examiner la pratique des États, en particulier en ce qui concerne leurs prescriptions constitutionnelles.

59. Une analyse de la relation entre l'article 25 et l'article 24 semble être nécessaire si l'on veut bien comprendre le sujet. La responsabilité internationale de l'État et les conséquences découlant de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986.

60. Comme de nombreux États ont dit craindre que l'application provisoire des traités soit utilisée pour contourner les prescriptions du droit interne sur la ratification des traités, il conviendrait d'évaluer ses effets éventuels sur la stabilité et la sécurité des relations conventionnelles.

61. Le Rapporteur spécial devrait établir un calendrier précis pour l'examen du sujet, mais la décision de savoir s'il convient d'adopter des directives, des clauses types ou des conclusions devrait être prise ultérieurement. L'objectif final des travaux devrait être d'apporter davantage de clarté, d'uniformité et de cohérence, les États pouvant recourir à cette pratique en cas de nécessité légitime.

62. Sir Michael WOOD dit qu'il ne pense pas quant à lui que l'application provisoire soit d'une manière ou d'une autre exceptionnelle ou nécessairement antidémocratique, et que la Commission doive examiner les droits internes, notamment constitutionnels, en détail. Certes, il n'appartient pas à la Commission d'encourager ou de déconseiller activement l'application provisoire, mais il faut espérer que

le résultat de ses travaux donnera aux États des indications claires quant à la manière de procéder le cas échéant. La principale tâche de la Commission consistera à synthétiser les connaissances en la matière et à établir un guide pratique pour aider les États et d'autres à négocier de nouvelles clauses, et à interpréter et appliquer celles qui existent déjà. Si l'accent doit être mis sur l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969, la Commission doit aussi avoir à l'esprit la Convention de Vienne de 1986.

63. L'orateur dit qu'il n'est pas totalement d'accord avec les conclusions de M^{me} Anneliese Quast Mertsch, dont un des ouvrages est cité dans la dernière note du paragraphe 18 du rapport, selon laquelle l'effet juridique de l'application provisoire est contesté en pratique et n'a guère été traité en doctrine¹⁵¹. Le fait qu'elle soit parvenue à ces conclusions après une étude très approfondie montre néanmoins qu'il est utile que la Commission examine le sujet. La pratique ainsi que la jurisprudence et les articles de doctrine récents et importants sur le sujet ne manquent pas.

64. L'observation, au paragraphe 7 du rapport, selon laquelle les expressions « entrée en vigueur à titre provisoire » et « application à titre provisoire » renvoient à des concepts juridiques bien distincts risque quelque peu d'induire en erreur. Telle ne semble pas avoir été l'opinion la plus répandue lorsque, à la Conférence de Vienne, la première de ces expressions a été remplacée par la seconde à l'article 25¹⁵² : il semble qu'il s'agissait seulement de choisir la terminologie la plus appropriée, le concept désigné par les deux expressions étant essentiellement le même. Il n'y a pas non plus de distinction claire entre l'une et l'autre dans la pratique des États ou la doctrine sur le sujet.

65. L'orateur dit qu'il ne comprend pas ce que signifie la déclaration, au paragraphe 17, selon laquelle l'article 25 « établit la norme minimale en la matière ». Dans les paragraphes qui suivent, le Rapporteur spécial semble donner à penser que l'article 25 laissait certaines questions fondamentales sans réponse, y compris celle des effets juridiques de l'application provisoire. Toutefois, on peut déduire de l'article 25, lu à la lumière de ses travaux préparatoires, qu'à moins que les parties n'en conviennent autrement la décision d'appliquer le traité à titre provisoire implique que les parties concernées sont liées par les droits et obligations qu'il énonce de la même manière que s'il était en vigueur.

66. L'orateur pense avec le Rapporteur spécial que le contenu et la portée de l'application provisoire d'un traité dépendent en grande partie des termes dans lesquels cette application est envisagée. Il ne voit pas pourquoi il est nécessaire d'étudier certaines questions touchant à la responsabilité de l'État. Si l'application provisoire d'un traité crée des droits et des obligations juridiques entre les États qui l'appliquent provisoirement, les règles secondaires de

¹⁵¹ A. Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*, Leyde, Brill, 2012, p. 22.

¹⁵² *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, Documents de la Conférence (A/CONF.39/11/Add.2, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.5), document A/CONF.39/14, p. 155 et 156, par. 224 ii b, 227 b et 230.*

la responsabilité de l'État doivent s'appliquer comme à l'accoutumée en cas de violation.

67. Sir Michael Wood n'est pas convaincu qu'il soit nécessaire d'étudier les questions énumérées aux alinéas *a*, *b*, *c* et *f* du paragraphe 53 du rapport. La question la plus importante est celle des effets juridiques de l'application provisoire, une question régie par les termes de l'accord la prévoyant. Il semble exister dans l'opinion, la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine un quasi-consensus selon lequel les droits et obligations d'un État qui est convenu d'appliquer provisoirement un traité sont les mêmes que si le traité était en vigueur.

68. M. MURPHY dit que le fait que 24 États ont pris la parole sur le sujet à la Sixième Commission démontre l'intérêt que suscite l'application provisoire des traités. Si le rapport porte sur de nombreux points intéressants, il est difficile de voir exactement quelles questions le Rapporteur spécial entend étudier et la liste figurant au paragraphe 53 n'offre pas aux travaux futurs de la Commission un cadre rigoureux. L'objet de l'étude est essentiellement de clarifier le sens de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 au moyen d'une analyse approfondie de ses termes et de la pratique des États.

69. Si le Rapporteur spécial doit élaborer des directives sur le sujet, une idée qu'appuie M. Murphy, un certain nombre de questions doivent être examinées, dont certaines sont abordées dans le rapport. La Commission devrait clarifier la terminologie en définissant ce que signifie, à l'article 25, l'expression «application à titre provisoire» des traités. L'orateur indique que s'il est enclin à convenir avec le Rapporteur spécial que les expressions «application à titre provisoire» et «entrée en vigueur à titre provisoire» ne sont pas synonymes, la Commission doit être prudente s'agissant de les considérer comme désignant des concepts juridiques totalement distincts, puisqu'elles visent essentiellement à avoir le même effet juridique. Dans le cadre des travaux qu'elle a menés sur le droit des traités dans les années 1960, la Commission ne semble pas avoir pris la décision consciente d'exclure la pratique de l'«application à titre provisoire» lorsqu'elle a visé l'«entrée en vigueur à titre provisoire». Les travaux préparatoires de la Conférence de Vienne n'indiquent pas non plus que le remplacement de l'expression «entrée en vigueur à titre provisoire» par «application à titre provisoire» découle de la décision de viser seulement une forme de pratique et non l'autre. Les deux expressions sont utilisées pour désigner la même pratique, au moyen de laquelle les États décident dans certaines situations de donner un effet juridique à un traité avant sa ratification, tout en se donnant la possibilité de ne pas procéder à celle-ci.

70. M. Murphy pense avec le Rapporteur spécial que, bien que le Manuel des traités de l'Organisation des Nations Unies¹⁵³ vise l'«entrée en vigueur à titre provisoire» et non l'«application à titre provisoire», il semble considérer ces deux concepts juridiques comme étant essentiellement identiques.

71. La Commission devrait indiquer comment un État peut exprimer son consentement à l'application provisoire d'un traité sur la base de la pratique des États, compte tenu du fait que c'est le traité concerné qui énonce les règles spécifiques. Ce faisant, elle n'encouragerait pas les États à recourir à l'application provisoire ni ne le leur déconseillerait, pas plus que dans le cadre de ses travaux sur les réserves aux traités elle n'a encouragé les États à formuler des réserves ou leur a déconseillé de le faire. Une question connexe est celle de savoir si, lorsqu'un traité multilatéral négocié par des États doit être appliqué à titre provisoire, cette application provisoire ne concerne que les États qui ont signé le traité, les États qui ont consenti à l'adoption du traité ou tous les États qui ont négocié le traité. On comprend mal ce que veut dire le Rapporteur spécial lorsqu'il déclare au paragraphe 35 que l'application provisoire de l'Accord sur les frontières maritimes entre les États-Unis et Cuba¹⁵⁴ est un exemple pertinent de «subterfuge permettant d'échapper aux impératifs juridiques internes».

72. La Commission devrait reconnaître les conséquences juridiques de la décision d'appliquer un traité à titre provisoire, notamment le fait qu'il s'agit d'une obligation juridiquement obligatoire dont la violation aurait des conséquences dans le domaine de la responsabilité de l'État. La Commission devrait aussi indiquer comment ces conséquences juridiques diffèrent de celles découlant de l'article 18 de la Convention de Vienne.

73. Elle devrait clarifier la manière dont il peut être mis fin à l'application provisoire d'un traité et se demander si les règles énoncées à l'article 25 codifient des règles du droit international coutumier qui sont contraignantes même en ce qui concerne les traités ne relevant pas de la Convention de Vienne.

La séance est levée à 13 heures.

3187^e SÉANCE

Vendredi 26 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. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Jacobsson, 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.

¹⁵³ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.2 (disponible à l'adresse suivante: <https://treaties.un.org/>, sous l'onglet *Ressources*).

¹⁵⁴ Signé à Washington le 16 décembre 1977, *International Legal Materials*, vol. 17 (1978), p. 110.