

Document:-
A/CN.4/SR.3233

Compte rendu analytique de la 3233e séance

sujet:
Application provisoire des traités

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2014, vol. I

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

s'y oppose, étant donné le libellé de l'article 25, paragraphe 1 *b*, de la Convention de Vienne de 1969, qui implique que le consentement de tous les États ayant participé à la négociation est nécessaire dans de tels cas, cette situation ne doit pas être considérée comme un cas d'application provisoire mais comme un cas typique dans lequel un État contracte unilatéralement des obligations internationales ou comme une offre d'appliquer le traité à titre provisoire qui a été rejetée.

67. La section D du chapitre II du deuxième rapport, intitulée «Extinction des obligations», semble porter simultanément sur deux questions tout à fait distinctes, à savoir le droit de mettre fin à l'application provisoire et les conséquences juridiques qui en découlent. Pour Sir Michael Wood, ces questions doivent être examinées séparément.

68. S'agissant de l'effet juridique de la cessation de l'application provisoire sur les droits et obligations nés avant cette cessation, le Rapporteur spécial renvoie, par analogie, à l'article 70 de la Convention de Vienne de 1969. Bien que cela paraisse raisonnable, il serait utile que le Rapporteur spécial fournisse une référence faisant autorité à cet égard.

69. Le traitement réservé par le Rapporteur spécial au droit de mettre fin à l'application provisoire semble contestable. Sir Michael Wood dit qu'il ne comprend pas la proposition énoncée au paragraphe 81 du deuxième rapport qui, à sa connaissance, n'est étayée par aucune autorité, selon laquelle un État qui a décidé de mettre fin à l'application provisoire des traités est assujéti à l'obligation d'expliquer à certains autres États s'il a pris cette décision pour d'autres motifs. De plus, ce qu'il faut entendre par «d'autres motifs» n'est pas clair.

70. Pour Sir Michael Wood, l'affirmation, au paragraphe 82 du deuxième rapport, selon laquelle l'application provisoire ne peut être rétractée arbitrairement n'est pas fondée. Elle semble reposer sur une analogie fallacieuse avec le dixième des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques. Il lui semble que la possibilité de mettre fin inconditionnellement à l'application provisoire participe de l'essence de celle-ci, sous réserve de dispositions spécifiques du traité et compte tenu de circonstances particulières de l'espèce.

71. S'agissant du programme de travail futur proposé par le Rapporteur spécial lorsqu'il a présenté son deuxième rapport, Sir Michael Wood se félicite de l'intention de ce dernier de réunir et d'analyser le maximum de données possible sur la pratique des États pour élaborer son rapport suivant et d'étudier plus avant la question des organisations internationales. La Commission pourra aussi vouloir se demander si les règles du droit international coutumier sur l'application provisoire des traités sont les mêmes que celles énoncées dans les conventions de Vienne.

72. Le Rapporteur spécial ne devrait toutefois pas considérer que la pénurie relative d'informations émanant des États sur leur pratique l'empêche de faire avancer les travaux. Il serait certes très utile d'obtenir de telles

informations directement des États, mais cela n'est pas essentiel, car bon nombre d'informations sont dans le domaine public et les questions de droit qui se posent sont relativement claires. Sir Michael Wood encourage le Rapporteur spécial à proposer des projets de texte dans son rapport suivant.

La séance est levée à 13 heures.

3233^e SÉANCE

Mercredi 30 juillet 2014, à 15 heures

Président : M. Kirill GEVORGIAN

Présents : M. Cafilisch, M. Candiotti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Application provisoire des traités (suite) **[A/CN.4/666, partie II, sect. E, A/CN.4/675]**

[Point 8 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. ŠTURMA dit qu'étant donné l'importance théorique comme pratique de l'application provisoire des traités en droit international, le résultat des travaux de la Commission devrait prendre la forme de directives ou de conclusions, qui pourraient également expliquer certains points sur lesquels l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 est muet.

2. Il pense avec le Rapporteur spécial que, premièrement, l'application provisoire des traités produit certains effets juridiques et peut créer des droits et obligations en droit international et que, deuxièmement, la Commission ne doit pas s'intéresser aux législations nationales. L'intention du Rapporteur spécial de réunir davantage d'informations sur la pratique des États avant de présenter des conclusions semble donc illogique. Le manque d'informations ne doit pas l'empêcher de présenter au moins quelques projets de conclusion.

3. La question clé à laquelle il faut répondre en ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 est celle de savoir si les limites qu'assigne le droit interne à la capacité d'un État d'accepter l'application provisoire d'un traité doivent être réputées connues des autres États ou si elles doivent leur être notifiées.

4. Quant à l'aspect temporel de l'application provisoire des traités, visé au paragraphe 35 *a* du deuxième rapport, il convient de noter que dans la pratique de

l'Union européenne l'application provisoire des traités à compter de leur adoption, bien qu'assez inhabituelle, a montré son utilité. La constitution de certains États n'autorise toutefois l'application provisoire qu'une fois que le traité a été ratifié.

5. M. Šturma n'est pas convaincu par l'analyse des actes unilatéraux en tant que fondement juridique de l'application provisoire qui figure aux paragraphes 37 à 41 du deuxième rapport. Les déclarations faites dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)* étaient des actes autonomes régis uniquement par les intentions de l'État en cause et ont placé celui-ci dans une situation juridique nouvelle, alors que les actes accomplis par des États en rapport avec un traité international ne semblent pas pleinement autonomes, parce qu'ils dépendent d'un traité pour leur application provisoire. L'affirmation, au paragraphe 55 du deuxième rapport, selon laquelle l'étendue des obligations [découlant de l'application provisoire] ne peut excéder celle qui est expressément prévue dans le traité est exacte et devrait trouver sa place dans une des conclusions.

6. La question des réserves dans le contexte de l'application provisoire est également étroitement liée à l'expression de la volonté. Il convient de distinguer entre les traités contenant une clause d'acceptation ou de refus de l'application provisoire et ceux qui n'en contiennent pas. C'est probablement uniquement à ce dernier type de traité que les États peuvent formuler des réserves lors de la signature ou de la ratification.

7. L'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle l'article 70 de la Convention de Vienne s'applique à la cessation de l'application provisoire doit être examinée de manière plus approfondie. La question de savoir si le fait que l'application provisoire a pris fin libère les parties de l'obligation de continuer d'exécuter le traité (par. 1 a) dépendra des raisons pour lesquelles et des circonstances dans lesquelles l'application provisoire a pris fin. Le deuxième rapport rend correctement compte des conséquences juridiques d'une violation d'un traité appliqué provisoirement. Le principe *inadimplenti non est adimplendum* ne s'applique que si un État ne notifie pas aux autres États son intention de ne pas devenir partie au traité. De plus, comme l'arrêt rendu dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* l'a confirmé, les conséquences de la violation d'un traité (extinction ou suspension) ne sont pas automatiques. Le régime de la responsabilité s'appliquera effectivement lorsqu'un État manque à ses obligations découlant d'un traité appliqué provisoirement. La conclusion selon laquelle l'article 12 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁸² concerne également l'application provisoire a été confirmée par la décision rendue en 2009 par la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire *Yukos c. Fédération de Russie*.

8. En conclusion, M. Šturma dit qu'il espère que le Rapporteur spécial présentera pour les travaux futurs un programme plus précis.

²⁸² 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.

9. M. MURPHY, après avoir loué la volonté du Rapporteur spécial de réunir davantage d'informations sur la pratique des États, dit qu'il pense comme d'autres membres de la Commission que souvent celle-ci ne reçoit pas systématiquement des informations des États. Le Rapporteur spécial pourra donc devoir trouver les informations nécessaires par lui-même, y compris dans la doctrine. La pratique des États n'est peut-être pas abondante et les attentes doivent être ajustées en conséquence.

10. Il souscrit à la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle l'application provisoire d'un traité crée sans aucun doute un lien juridique et a donc des effets juridiques qui vont au-delà de l'obligation énoncée à l'article 18 de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial aurait toutefois pu être plus systématique dans son analyse juridique, en commençant par la position de la Commission avant la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités de 1968-1969 pour aboutir aux vues exprimées à la Conférence et à la jurisprudence, à la doctrine et aux positions prises par les États depuis la Conférence. Les informations pertinentes sont éparpillées dans le deuxième rapport ou dans l'étude établie en 2013 par le Secrétariat²⁸³, et il aurait été utile d'en faire la synthèse. M. Murphy approuve l'intention du Rapporteur spécial de ne pas mener une étude comparative des législations nationales en ce qui concerne la capacité des États d'appliquer les traités à titre provisoire. Une telle étude serait utile s'agissant d'établir l'existence d'une règle coutumière ou un principe général du droit, mais elle l'est moins s'agissant de la question des différences existant dans les procédures nationales relatives à la conclusion d'engagements conventionnels.

11. Certaines propositions figurant dans le chapitre II du deuxième rapport sont correctes, d'autres douteuses et d'autres encore incorrectes. Comme indiqué aux paragraphes 32 et 33 du rapport, la source de l'obligation d'appliquer un traité à titre provisoire peut être une disposition du traité ou un accord parallèle, l'intention d'appliquer provisoirement un traité peut être explicite ou tacite et l'étendue exacte de l'obligation juridique créée dépend en premier lieu de ce que dit cette disposition ou cet accord parallèle. Au paragraphe 35 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial énumère quatre hypothèses dans lesquelles l'application provisoire peut intervenir, mais il serait souhaitable de donner des exemples pour chacune d'elles. On voit mal comment un système applicable aux États si ceux-ci n'expriment pas l'intention contraire comme celui établi par l'article 45 du Traité sur la Charte de l'énergie relève des hypothèses énoncées. Il pourrait très bien ne pas y avoir d'exemple de la quatrième hypothèse, bien que M^{me} Jacobsson estime que les actes de la République arabe syrienne visés au paragraphe 66 du deuxième rapport peuvent en relever.

12. M. Murphy dit qu'il ne saurait souscrire à l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle le droit des actes unilatéraux des États énonce des règles régissant l'application provisoire des traités ou à tout le moins certaines des quatre hypothèses envisagées. Le Rapporteur spécial devrait d'abord expliquer à laquelle des quatre hypothèses il pense que ce corpus de droit s'applique. Il mentionne une

²⁸³ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/658.

«déclaration unilatérale» au sujet de l'hypothèse envisagée à l'alinéa *c* du paragraphe 35, mais cela vaut aussi pour les hypothèses envisagées aux alinéas *b* et *d* dudit paragraphe, car ces trois hypothèses font toutes intervenir un acte unilatéral. Dire que le droit de l'application provisoire des traités est différent dans l'hypothèse visée à l'alinéa *a* du paragraphe 35 et dans les autres hypothèses prête à confusion. De plus, on peut douter que le droit des actes unilatéraux des États soit directement pertinent en la matière. Dans chacune des quatre hypothèses, il y a un traité, il y a une règle de la Convention de Vienne de 1969 relative à l'application provisoire de ce traité et il y a une décision d'un État d'accepter l'application provisoire; une fois cette acceptation intervenue, une obligation conventionnelle naît entre plusieurs États, et non pour un seul État. Une telle situation n'est pas identique à l'acte unilatéral en cause dans les affaires *Essais nucléaires* ni aux situations étudiées par la Commission en 2006 pour élaborer les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques²⁸⁴: l'existence d'un traité fait toute la différence. Lorsqu'il ratifie un traité ou accepte qu'il soit appliqué à titre provisoire, l'État accomplit techniquement un acte unilatéral, mais ni l'un ni l'autre de ces actes ne peut être considéré comme faisant partie des «actes unilatéraux des États». L'application provisoire d'un traité demeure une relation conventionnelle et l'État tire parti d'un accord permettant l'application provisoire intervenu entre tous les États associés audit traité.

13. Pour M. Murphy, la forme que prend l'accord est dénuée de pertinence s'agissant de l'étendue des droits et des obligations de l'État concerné. Ce qui compte est le contenu du traité sous-jacent et le contenu de l'accord conclu par les États pour appliquer provisoirement ce traité. M. Murphy conteste les affirmations figurant aux paragraphes 53 à 55 du deuxième rapport, en particulier la proposition selon laquelle, dans les hypothèses envisagées aux alinéas *b* et *c* du paragraphe 35, la nature et l'étendue des obligations découlent de la déclaration unilatérale de l'État. Cette affirmation n'est pas vraie s'agissant du Traité sur le commerce des armes cité en exemple par le Rapporteur spécial au paragraphe 56. Lorsqu'un État fait une déclaration par laquelle il accepte l'application provisoire de ce traité, il ne peut en appliquer provisoirement les articles qu'il souhaite. Il ne peut appliquer provisoirement que les articles 6 et 7 et doit appliquer l'un et l'autre et non l'un ou l'autre. La nature et l'étendue de l'obligation ne sont pas définies par la seule déclaration unilatérale de l'État, mais par cette déclaration lue conjointement avec le traité et, pour M. Murphy, avec l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969, pris soit en tant que règle conventionnelle soit en tant que règle du droit international coutumier.

14. De plus, on peut douter que l'acceptation par un État de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice soit un acte unilatéral au sens des Principes directeurs adoptés par la Commission en 2006. L'analogie entre cette acceptation et l'application provisoire des traités n'est pas bonne. Dans l'arrêt qu'elle a rendu sur la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au*

Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), la Cour donnait son opinion sur la possibilité pour les États-Unis de modifier une déclaration dans le contexte du libellé spécifique des deux déclarations des États-Unis lues conjointement avec l'Article 36 du Statut de la Cour. En l'occurrence, la Cour ne se prononçait pas en termes généraux sur les déclarations unilatérales ni même sur les déclarations d'acceptation de sa juridiction obligatoire. En revanche, toute déclaration touchant l'application provisoire doit être lue au regard du texte du traité concerné, qui peut autoriser ou ne pas autoriser l'État déclarant à modifier l'étendue et la teneur de sa déclaration et doit être lu dans le contexte de l'article 25, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969.

15. M. Murphy n'accepte pas la distinction faite par le Rapporteur spécial aux paragraphes 59 à 64 de son deuxième rapport entre les obligations résultant de l'application provisoire qui produisent des effets uniquement dans la sphère nationale de l'État qui a opté pour ce mécanisme et les obligations produisant des effets au niveau international. Le fait que certains traités visent en termes généraux la conduite des États au niveau national alors que d'autres visent cette conduite au niveau international est dénué de pertinence quant à la ratification du traité concerné ou son application provisoire. De plus, le Rapporteur spécial se trompe lorsqu'il dit que les États appliquant provisoirement les articles 6 et 7 du Traité sur le commerce des armes se sont engagés à le faire uniquement au plan interne; pour M. Murphy, ils se sont engagés à appliquer ces articles également au plan international. Beaucoup plus important, on peut supposer que certains aspects d'un traité ne sont pas provisoirement appliqués parce qu'ils impliquent l'entrée en vigueur effective de ce traité. Par exemple, si un traité prévoit le renvoi des différends à un nouvel organe conventionnel mais que cet organe ne verra le jour qu'après l'entrée en vigueur, on peut présumer que les obligations relatives à cet organe énoncées dans le traité ne sont pas provisoirement opérantes.

16. La section D du chapitre II du deuxième rapport porte sur la cessation de l'application provisoire d'un traité. M. Murphy aurait préféré que soit examiné l'article 25, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969, qui semble autoriser les États à mettre fin à l'application provisoire par une notification sans qu'un délai d'attente soit nécessaire. De plus, si apparemment la notification doit indiquer que l'État dont elle émane n'a pas l'intention de devenir partie au traité, l'article 25 ne dit pas que cet État ne peut agir arbitrairement. Cela étant, M. Murphy doute que le paragraphe 82 du deuxième rapport soit correct, car il suit de près et sans justification les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques. Le Rapporteur spécial aurait également dû se demander si le fait que le traité en cause, une fois qu'un État y est devenu partie, interdit expressément la cessation, l'autorise expressément sans condition ou après un certain délai ou est muet sur ce point fait une différence. Pour M. Murphy, les dispositions relatives à l'extinction du traité sont dénuées de pertinence s'agissant de savoir si un État peut mettre fin à son application provisoire. Aux termes de l'article 25, paragraphe 2, de la Convention de Vienne, un État peut y mettre fin aisément, quoi

²⁸⁴ *Annuaire...* 2006, vol. II (2^e partie), p. 169 et suiv., par. 176.

que dise le traité concerné, principalement parce qu'il ne peut être considéré comme lié, dans le cadre d'un régime provisoire, par les dispositions du traité concernant l'adhésion à celui-ci, sa dénonciation ou son extinction. Contrairement à ce qu'affirme le Rapporteur spécial au paragraphe 81, pour mettre fin à l'application provisoire d'un traité, l'État n'a pas à expliquer aux autres États qui appliquent le traité provisoirement si sa décision de mettre fin à l'application provisoire répond à d'autres motifs que son intention de ne pas devenir partie au traité. L'article 25 de la Convention de Vienne a été conçu de manière à permettre aux États de mettre facilement fin à l'application provisoire : la seule chose qu'ils aient à faire est de procéder à la notification prévue au paragraphe 2 de cet article. Il n'y a aucune autre condition et aucune possibilité de savoir quels facteurs, politiques ou autres, ont motivé cette notification.

17. M. Murphy indique qu'il souscrit à ce que dit le Rapporteur spécial aux paragraphes 71, 80 et 83 à 85 de son deuxième rapport. D'une manière générale, il approuve également le chapitre III de ce rapport, relatif aux conséquences juridiques de la violation d'un traité appliqué à titre provisoire. Il conteste toutefois qu'il existe, comme indiqué au paragraphe 89, un « principe de droit international *inadimplenti non est adimplendum* universellement reconnu ». De fait, ce principe est très contesté, au moins s'agissant de savoir s'il a survécu à l'avènement du droit moderne des traités dans le cadre de la Convention de Vienne. Son caractère controversé est illustré par l'affaire concernant l'*Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, dont est saisie la Cour internationale de Justice et dans laquelle les parties se sont vigoureusement opposées sur l'existence de ce principe, la Cour ayant toutefois jugé inutile de décider s'il faisait partie du droit international contemporain. Le Rapporteur spécial n'a pas indiqué s'il avait l'intention d'élaborer des directives ou des clauses types. Pour M. Murphy, un ensemble modeste de directives ou de conclusions serait utile, qui prendrait pour point de départ le libellé de l'article 25 de la Convention de Vienne et traiterait ensuite de plusieurs autres points envisagés dans les premier et deuxième rapports, ainsi que d'autres questions, comme celle de l'application provisoire des traités par les organisations internationales.

18. M. NOLTE dit qu'avant d'aborder des points spécifiques du deuxième rapport, il se doit d'indiquer qu'il a présenté un avis d'expert sur certains aspects du sujet de l'application provisoire des traités dans une procédure arbitrale relevant du Traité sur la Charte de l'énergie, dans laquelle une sentence intérimaire sur la compétence et la recevabilité a été rendue par la Cour permanente d'arbitrage en novembre 2009 dans l'affaire *Yukos c. Fédération de Russie*. Le Rapporteur spécial pourra vouloir évaluer cette sentence dans son rapport suivant. M. Nolte pense avec M. Forteau que le Rapporteur spécial devrait procéder à un examen de la pratique existante et adopter une approche plus inductive du sujet. La proposition, énoncée au paragraphe 14 du deuxième rapport, selon laquelle l'application provisoire d'un traité crée un lien juridique et a donc des effets juridiques n'est pas très claire, mais son auteur est la Commission elle-même, dans son commentaire des projets d'article de 1966 sur le droit

des traités²⁸⁵. Il y a toutefois plusieurs différences entre le commentaire de 1966 et la terminologie utilisée dans le deuxième rapport sur l'application provisoire des traités, et ces différences montrent bien pourquoi la Commission doit s'efforcer de s'exprimer plus clairement.

19. Premièrement, le commentaire de 1966 indique que les clauses prévoyant l'application provisoire d'un traité ont un effet juridique, et non que l'application provisoire en tant que telle a un effet juridique. Toutefois, pour M. Nolte, il conviendrait d'indiquer clairement que l'application provisoire n'a d'effet juridique que si un accord pertinent y relatif a été établi entre les signataires. Un tel accord découle généralement d'une clause prévoyant l'application provisoire, mais il faut toujours déterminer si telle ou telle clause lie les parties et vise à créer une obligation contraignante d'appliquer provisoirement le traité.

20. Deuxièmement, une autre différence entre le commentaire de 1966 et la formule utilisée dans le deuxième rapport est que le premier indique que les clauses d'application provisoire font entrer le traité en vigueur à titre provisoire. Or la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités n'a pas accepté cette proposition de la Commission selon laquelle ces clauses font entrer le traité en vigueur à titre provisoire. On voit donc mal ce qu'entend le Rapporteur spécial lorsqu'il écrit que l'application provisoire a des effets juridiques.

21. Troisièmement, alors que le commentaire de 1966 parle de l'entrée en vigueur du traité, le deuxième rapport mentionne la création d'un lien juridique, sans indiquer clairement si ce lien reposera sur le traité ou sur une promesse unilatérale ou un principe général du droit, comme celui de la bonne foi. M. Nolte partage les doutes exprimés par d'autres membres quant à l'idée que les clauses qui prévoient l'application provisoire doivent être interprétées comme exprimant des promesses unilatérales qui sont contraignantes en vertu des principes adoptés par la Commission en 2006. La Commission devrait s'efforcer d'éclaircir ce point.

22. Bien qu'il soit compréhensible que le Rapporteur spécial ne souhaite pas utiliser des termes plus précis, il devrait indiquer clairement que l'expression « application provisoire » n'a pas d'effets juridiques intrinsèques : c'est l'accord entre les parties sur l'application provisoire du traité qui crée le lien juridique et, s'il est possible que cet accord ait d'autres effets juridiques en vertu des principes généraux du droit ou d'autres sources, ces effets seront des effets dérivés. De plus, il ne s'agit pas seulement d'une question de terminologie ; ce point est au cœur de la pratique des clauses prévoyant l'application provisoire. Les États adoptent de telles clauses parce qu'ils souhaitent appliquer le traité avant d'avoir mené à bien les procédures internes les autorisant à consentir à être liés. Ce souhait est compréhensible mais il est également compréhensible qu'un gouvernement ne puisse prendre un engagement contraignant que son droit interne ne l'autorise pas à prendre.

23. Aux termes de l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969, un État ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un

²⁸⁵ Voir *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 229 (paragraphe 1 du commentaire relatif à l'article 22).

traité, mais cet article n'aide en rien à déterminer si un accord relatif à l'application provisoire crée une obligation juridique autrement que sur la base du traité lui-même, lequel n'est pas encore entré en vigueur. L'article 25 de la Convention de Vienne n'indique pas clairement – c'est ce qu'il incombe à la Commission de déterminer – si l'article 27 constitue une règle d'interprétation selon laquelle, en cas de doute, les parties à un traité contenant une clause d'application provisoire entendent créer par cette clause une obligation d'appliquer provisoirement le traité jusqu'à la notification de cessation prévue au paragraphe 2 de l'article 25. Il y a beaucoup d'arguments en faveur d'une telle interprétation de l'article 25, mais sa portée est nécessairement limitée. L'expression « application provisoire » n'a pas une signification immuable ni un caractère juridique particulier ; tout dépend de l'accord spécifique des parties.

24. Il en est clairement ainsi parce que, dans le cas d'une clause d'application provisoire, l'accord des parties concerne le pouvoir d'un organe étatique particulier de lier l'État alors même que d'autres procédures internes demeurent nécessaires pour que l'ensemble du traité devienne contraignant. Les États ne peuvent prendre d'engagements contraignants, même à titre provisoire, s'ils indiquent que certains obstacles internes doivent encore être levés et certaines conditions remplies dans leur système juridique. C'est pourquoi certaines clauses types sont formulées de manière à limiter les obligations énoncées dans une clause d'application provisoire afin qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qu'autorise le droit interne. Si les États ne peuvent faire fond sur une telle interprétation, ils seront réticents à accepter l'application provisoire d'un traité si ce n'est par des clauses longues et complexes explicitant les limitations imposées par leur droit interne, ce qui ne serait guère commode en pratique. Ils doivent pouvoir convenir d'appliquer le traité autant que faire se peut au regard de leur législation interne sans avoir à expliquer cette législation en détail au niveau international. Même si les États signataires ne voient pas clairement d'emblée dans quelle mesure tel ou tel autre signataire pourra appliquer provisoirement le traité, les parties peuvent très bien accepter cette absence de clarté s'ils savent qu'en contrepartie certaines dispositions du traité seront appliquées durant la phase préliminaire.

25. Pour les raisons exposées par M. Forteau, M. Murphy et d'autres, l'affirmation faite au paragraphe 82 du deuxième rapport, selon laquelle il ne peut être mis fin arbitrairement à l'application provisoire, est contestable. Certes, le principe de la bonne foi s'applique, mais un État signataire n'a pas à donner de raison lorsqu'il notifie à un autre État signataire qu'il met fin à l'application provisoire du traité. Sa décision peut être due à des processus politiques internes, par exemple, et ne doit pas être considérée comme violant le principe de la bonne foi. À cet égard, M. Nolte rappelle l'affirmation de M. Forteau selon laquelle la sentence rendue récemment dans l'*Arbitrage concernant la délimitation de la frontière maritime du golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)* avait confirmé ses doutes au sujet de la proposition adoptée par la Commission en 2013, à savoir qu'un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne n'était pas nécessairement contraignant. Réfutant cette affirmation, M. Nolte relève que le Tribunal

arbitral a cité la partie pertinente du rapport de 2013 de la Commission²⁸⁶ et a simplement déclaré qu'il ne considérerait pas l'échange de lettres spécifiquement en cause dans cette affaire comme revêtu d'une autorité suffisante pour constituer un accord ultérieur entre les parties (par. 165 de la sentence). Ainsi, il n'a pas dit qu'un accord ultérieur au sens du paragraphe 3 a de l'article 31 devait être contraignant : il n'a pas contesté l'affirmation de la Commission. Réfutant plus avant la position de M. Forteau, M. Nolte indique qu'un accord sur l'application provisoire d'un traité est généralement un acte conventionnel formel, ce qui n'est pas nécessairement le cas des accords et de la pratique ultérieurs visés à l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne.

26. Le deuxième rapport a fourni une excellente base pour le débat de la Commission. Les principaux aspects du sujet devant être étudiés dans les futurs rapports sont l'établissement de l'interprétation appropriée des clauses d'application provisoire des traités et en particulier la question de savoir si les signataires entendent par ces clauses créer une obligation juridiquement contraignante ; les aspects pratiques de l'élaboration des traités ; l'importance pour les gouvernements de respecter leurs droit et procédures internes ; et la nécessité de circonscrire l'application provisoire des traités de manière à ce que ce mécanisme demeure un outil utile pour les États signataires sans avoir d'effet dissuasif ni créer des attentes risquant d'être déçues.

27. M. KAMTO dit que l'approche du Rapporteur spécial est trop prudente ; son intention de ne pas élaborer de conclusions tant qu'il n'a pas reçu davantage d'informations sur la pratique des États risque de freiner ses travaux, car l'expérience montre que la plupart des États ne répondent pas aux questions de la Commission ou ne réagissent qu'une fois que la Commission a déjà adopté des projets d'article, de directive ou de conclusion. Il y a suffisamment de jurisprudence pour éclairer au moins certains aspects du sujet à l'examen.

28. La validité juridique d'une clause prévoyant l'application provisoire doit être appréciée du point de vue du droit international et à la lumière du droit interne, puisque l'application provisoire d'un traité ne peut assurément pas produire d'effets juridiques si les conditions de validité d'un traité opposable aux parties ne sont pas remplies, en particulier celles énoncées à l'article 24, paragraphe 4, de la Convention de Vienne. S'il en était autrement, l'application provisoire commencerait en principe dès que le texte du traité est adopté.

29. À la différence du Rapporteur spécial, M. Kamto estime qu'il serait utile de procéder à une étude comparative des prescriptions du droit interne concernant l'application provisoire des traités, car dans la plupart des pays la possibilité de cette application relève du droit constitutionnel. Cela est confirmé par le fait que la Cour permanente d'arbitrage a jugé que la validité juridique de l'article 45 du Traité sur la Charte de l'énergie était une question qui ne relevait pas du droit international public mais du droit constitutionnel de l'un des signataires parties au différend,

²⁸⁶ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 30 (paragraphe 5 du commentaire relatif au projet de conclusion 4).

comme le Rapporteur spécial l'indique au paragraphe 29 de son deuxième rapport. Le Rapporteur spécial a tort de faire fond sur la déclaration de la Cour permanente de Justice internationale citée au paragraphe 18 de son rapport, car si les lois sont « de simples faits »²⁸⁷, elles ne sont pas dénuées d'effet en droit international. En outre, l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969, aux termes duquel une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité, est sans préjudice de l'article 46 du même texte, qui attribue des effets directs en droit international à certaines dispositions du droit interne des États. Étant donné les conclusions auxquelles la Cour internationale de Justice est parvenue au paragraphe 265 de son arrêt rendu en 2002 dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, la Commission devrait déterminer ce qu'est une règle du droit interne d'importance fondamentale pour la signature d'un traité et quelle est la manière appropriée de rendre une telle règle publique.

30. En France et dans presque tous les pays francophones, si le pouvoir de conclure des traités appartient à l'exécutif, certains traités doivent être ratifiés par le parlement. Dans ces pays, un traité ne peut être appliqué à titre provisoire que s'il concerne une matière relevant de la compétence exclusive de l'exécutif, ou si le parlement a donné son autorisation préalable. Le Rapporteur spécial devrait se pencher sur ces questions pour formuler des projets de conclusion, directive ou article sur les conditions régissant la validité des clauses prévoyant l'application provisoire.

31. Bien que l'article 25 de la Convention de Vienne indique que l'application provisoire nécessite un accord entre les parties ou les États ayant participé à la négociation, rien dans cet article n'interdit formellement à un État de faire une déclaration unilatérale d'application provisoire en dehors de cette règle. La question qui se posera alors sera celle des effets de cette déclaration, en particulier lorsque le traité est muet sur la question de l'application provisoire. En ce qui concerne le paragraphe 60 du rapport à l'examen, il serait intéressant de savoir si, par une déclaration unilatérale dans laquelle il s'engage à appliquer un traité provisoirement, un État peut créer des obligations à la charge d'autres États avant l'entrée en vigueur de ce traité lorsque ces États n'ont pas signé la clause prévoyant l'application provisoire.

32. Il faut faire une distinction entre l'application provisoire des traités bilatéraux et celle des traités multilatéraux. S'agissant de ces derniers, l'application provisoire place dans des situations très différentes les États ayant participé à toutes les négociations ou à certaines d'entre elles, les États qui ont participé aux négociations et ceux qui n'y ont pas participé, les États qui ont décidé d'appliquer provisoirement le traité et les États qui ont accédé au traité alors qu'il était déjà en vigueur. En vertu de l'article 19 de la Convention de Vienne, une réserve peut être formulée au moment de la signature d'un traité, en d'autres termes durant son application provisoire. Il s'agit là encore d'une question que le Rapporteur spécial devrait étudier.

33. M. KITTICHAISAREE dit que, comme l'application provisoire d'un traité dépend, entre autres choses, des dispositions du droit interne et de la situation particulière de chaque État, l'identification de la pratique des États telle que reflétée dans leur droit interne serait instructive.

34. On voit mal comment le Rapporteur spécial peut conclure, au paragraphe 14 de son deuxième rapport, que l'application provisoire produit des effets juridiques au-delà de l'obligation de ne pas priver le traité de son objet et de son but consacrée à l'article 18 de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial évoque les réserves au paragraphe 25, mais il serait utile de déterminer si les règles relatives aux réserves énoncées aux articles 19 à 23 de la Convention de Vienne s'appliquent également aux traités appliqués provisoirement. Le Rapporteur spécial pourra vouloir se pencher sur la pratique des États qui considèrent l'application provisoire uniquement comme un gentleman's agreement sans effets juridiques. En ce qui concerne les paragraphes 48 et 49 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial aurait dû expliquer pourquoi les États qui ont participé à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités ont opté pour l'expression « application à titre provisoire » et non pour « entrée en vigueur provisoire ». Aux paragraphes 60 à 68 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial fait une distinction entre les obligations découlant de l'application provisoire qui produisent des effets exclusivement au plan interne et celles qui produisent des effets au plan international. Il serait toutefois intéressant de savoir pourquoi il n'a pas envisagé plus tôt dans son rapport la possibilité de distinguer entre les droits créés par l'application provisoire au plan interne d'une part et au plan international de l'autre. De même, on voit mal pourquoi le Rapporteur spécial présume que l'article 70 de la Convention de Vienne s'applique *mutatis mutandis* au régime résultant de la cessation de l'application provisoire.

35. M. Kittichaisaree dit qu'il espère qu'il sera répondu à ces questions dans le rapport suivant du Rapporteur spécial.

La séance est levée à 16 h 20.

3234^e SÉANCE

Jeudi 31 juillet 2014, à 10 heures

Président : M. Kirill GEVORGIAN

Présents : M. Al-Marri, M. Caflisch, M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

²⁸⁷ Voir *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt du 25 mai 1926, fond, C.P.J.I. série A n° 7, p. 19.