Document:-
A/CN.4/SR.3277

Compte rendu analytique de la 3277e séance

sujet:
<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2015, **vol. I**

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

Copyright © Nations Unies

de certains de ces crimes, comme la torture, est un élément constitutif du crime. D'autre part, en mettant ainsi l'accent sur les représentants de l'État, on risque de donner l'impression que l'acte n'est pas attribuable à l'État et d'exonérer celui-ci de sa responsabilité internationale.

76. Dans le dernier paragraphe de la section B du chapitre I, avant de proposer l'alinéa *f* du projet d'article 2, la Rapporteuse spéciale fait observer que le fait qu'un crime international soit considéré comme un « acte accompli à titre officiel » ne signifie pas nécessairement que le représentant de l'État qui s'en rend coupable bénéficie de l'immunité. Étant donné la gravité particulière des crimes en question en droit international, il faut en tenir compte pour définir la portée de l'immunité de la juridiction pénale étrangère. Cet examen doit toutefois avoir lieu dans le cadre de celui des exceptions à l'immunité, qui doivent faire l'objet du rapport suivant de la Rapporteuse spéciale.

77. S'agissant du futur programme de travail, M. Saboia juge la proposition de la Rapporteuse spéciale réaliste. En conclusion, il recommande que les deux projets d'article proposés soient renvoyés au Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 heures.

3277e SÉANCE

Jeudi 23 juillet 2015, à 15 h 5

Président : M. Narinder SINGH

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

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) [A/CN.4/678, partie II, sect. D, A/CN.4/686, A/CN.4/L.865]

[Point 3 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du quatrième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (A/CN.4/686).

2. Mme JACOBSSON dit que l'analyse approfondie de la jurisprudence des tribunaux internes effectuée par la Rapporteuse spéciale est utile en ce qu'elle révèle les incohérences de cette jurisprudence. Elle se félicite que les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et la notion que traduit l'expression « un acte, deux responsabilités » aient également été analysés en profondeur, mais elle pense avec M. Nolte que la Commission ne devrait pas s'intéresser à la souveraineté quant au fond. Elle se félicite de la décision de consacrer les rapports futurs aux limites et exceptions à l'immunité : dès lors que la Commission a achevé les stades initiaux de ses travaux, elle doit se pencher sur les questions les plus délicates. Il existe également entre les exceptions à l'immunité et les règles procédurales un lien important qui doit être analysé.

3. S'agissant de la définition d'un acte accompli à titre officiel, la Rapporteuse spéciale semble postuler d'emblée que seuls les actes à l'égard desquels un tribunal étranger peut exercer sa compétence pénale sont pertinents. Elle décrit clairement les principales caractéristiques des infractions pénales et le lien direct existant entre celles-ci et la personne qui les commet. Mais les mots « et qui, de par sa nature, constitue un crime » figurant à l'alinéa *f* du projet d'article 2 sont ambigus.

4. Le paragraphe 3 du projet d'article 6, qui dispose que les anciens chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione materiae*, semble superflu puisque le paragraphe 7 du commentaire du projet d'article 4[301] dit la même chose.

5. En conclusion, Mme Jacobsson est favorable au renvoi des deux projets d'article au Comité de rédaction.

6. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit que, dans son quatrième rapport, la Rapporteuse spéciale a franchi une étape majeure dans l'examen du sujet en proposant une analyse des éléments matériel et temporel de l'immunité *ratione materiae*. S'agissant de la notion d'« acte accompli à titre officiel », qui est au cœur de l'analyse, la Rapporteuse spéciale fait observer, au paragraphe 32 de son rapport, que le droit international contemporain ne définit pas un tel acte. Elle passe ensuite longuement en revue la jurisprudence des tribunaux nationaux à la recherche de critères permettant d'identifier les actes en question. Recenser les éléments communs à ces jurisprudences et législations internes aurait néanmoins été utile.

7. Sur la base de son analyse, la Rapporteuse spéciale propose une définition de l'« acte accompli à titre officiel » dont M. Vázquez-Bermúdez approuve la première partie mais non la seconde, qui lui pose des problèmes. Ces problèmes tiennent à la description de la nature pénale des actes en cause et découlent d'une légère erreur de traduction à partir de l'espagnol. Le libellé pourrait être amélioré dans le sens indiqué par M. Caflisch.

8. Une conséquence du caractère pénal de l'acte est ce que la Rapporteuse spéciale appelle « un acte, deux responsabilités ». L'effet des exceptions à l'immunité, qui doivent être étudiées dans le rapport suivant, sera d'une importance cruciale s'agissant du contenu et de la portée de l'acte. La Commission devra décider si les actes de représentants de l'État qui constituent des infractions peuvent être accomplis à titre officiel. Les actes *ultra*

---

[301] Voir *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 53 et 54.

vires, les actes *jure gestionis* et les crimes internationaux peuvent également être des exceptions à l'immunité des représentants de l'État, même si, s'agissant des crimes internationaux, une étude détaillée pourra être nécessaire. Comme le relève la Rapporteuse spéciale, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont, dans leur opinion individuelle commune jointe à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, contesté que les crimes internationaux graves puissent être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu'un État seul peut exercer. Se livrer à la torture, par exemple, n'est pas une fonction normale de l'État : il s'agit d'un crime international commis par un représentant de l'État. Cela ne signifie toutefois pas que l'acte ne peut pas être attribué à l'État aux fins de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. M. Vázquez-Bermúdez pense avec la Rapporteuse spéciale qu'affirmer qu'un crime international ne peut être considéré comme ayant été commis à titre officiel risque de manière perverse et à n'en pas douter inintentionnelle de donner à penser que les crimes internationaux sont des actes qui ne sont pas attribuables à l'État et ne peuvent être imputés qu'à leur auteur.

9. En ce qui concerne l'élément temporel de l'immunité *ratione materiae*, M. Vázquez-Bermúdez estime comme la Rapporteuse spéciale qu'il n'est pas controversé, et que l'immunité *ratione materiae* peut être invoquée à tout moment après la commission de l'acte, que le représentant soit en fonctions ou ait quitté ses fonctions. S'agissant du projet d'article 6, qui définit la portée temporelle de l'immunité *ratione materiae*, il pense que le paragraphe 3, qui dispose que les anciens membres de la troïka jouissent de cette immunité, est une disposition importante qui ne devrait pas être reléguée dans le commentaire, même si elle serait peut-être plus à sa place dans le projet d'article 5, qui concerne les personnes jouissant de l'immunité *ratione personae*.

10. M. Vázquez-Bermúdez appuie pleinement le programme de travail futur concernant les limites et exceptions à l'immunité et les questions procédurales, mais il estime que des garanties devront être énoncées pour prévenir les procès pénaux politiquement motivés.

11. Enfin, rappelant l'argument de M. Hmoud selon lequel la justification de l'immunité *ratione materiae* est comparable à celle de l'immunité des agents consulaires, dont il est admis qu'elle est au bénéfice de l'État et vise à permettre l'exercice efficace de fonctions étatiques, M. Vázquez-Bermúdez souligne que, dans le préambule de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, de 1963, le principe de l'égalité souveraine des États n'en est pas moins mentionné.

12. M. HMOUD fait observer qu'il a voulu dire que tout critère concernant le moment auquel l'immunité *ratione materiae* intervient devrait reposer sur la nécessité d'assurer l'exercice efficace des fonctions de l'État.

13. M. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER dit que le rapport à l'examen présente une analyse des éléments normatifs temporels et substantiels de l'immunité *ratione materiae* et propose des conclusions et des projets d'article qui en découlent. Il est axé sur les caractéristiques d'un acte accompli à titre officiel en tant que question fondamentale en matière d'immunité *ratione materiae* et expression bien établie pour désigner des actes spécifiques. La Rapporteuse spéciale ne s'est écartée ni des travaux antérieurs de la Commission sur le paragraphe 2 du projet d'article 4, ni de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, ni des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

14. De nombreuses approches auraient pu être adoptées aux fins de l'étude d'un sujet aussi complexe, mais la Rapporteuse spéciale s'est efforcée de demeurer dans les limites assignées aux travaux en axant son rapport sur l'immunité des représentants de l'État et l'immunité de la juridiction étrangère. Dans un souci de cohérence, il importe de tenir compte des crimes les plus graves et donc de la complémentarité avec le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Dans ce contexte très spécifique, il n'est nul besoin de s'arrêter aux distinctions entre immunité de l'État et immunité *ratione personae* ou entre la juridiction pénale et la juridiction civile, ni d'établir des listes exhaustives d'actes accomplis à titre officiel, étant donné toutes les difficultés que présenterait une telle entreprise eu égard aux législations nationales et au droit international.

15. Le programme de travail futur qui est proposé montre qu'il importe d'étudier les limites et exceptions à l'immunité, une question très complexe et intéressante. M. El-Murtadi Suleiman Gouider compte participer au débat la concernant et est favorable au renvoi des projets d'article au Comité de rédaction.

16. M. GÓMEZ ROBLEDO remercie la Rapporteuse spéciale pour son quatrième rapport, qui constitue un nouveau pas dans la bonne direction s'agissant de réaliser l'objectif assigné par la Commission aux travaux sur le sujet. La Rapporteuse spéciale a décidé de traiter séparément l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae*, une approche qui implique en premier lieu de définir les critères permettant d'identifier un acte accompli à titre officiel. Si M. Gómez Robledo comprend les raisons qui ont poussé la Rapporteuse spéciale à adopter une telle approche, il estime que le sujet peut aussi, du point de vue méthodologique, être abordé en prenant comme point de départ les règles d'attribution de la responsabilité de l'État. Cette approche implique en premier lieu de déterminer si l'acte en cause peut être considéré comme un crime grave, puis d'examiner s'il est couvert par l'immunité juridictionnelle ou, à défaut, s'il relève des exceptions à l'immunité. Une telle approche permettrait entre autres de régler la question des différences entre les actes de l'État et de ses agents et les actes de personnes privées accomplis à titre officiel.

17. Outre la pratique des diverses juridictions visées au paragraphe 35 du rapport à l'examen, la Rapporteuse spéciale pourra vouloir examiner la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, en particulier s'agissant des règles d'attribution ; elle élargirait ce faisant la portée géographique des travaux. Dans le même

esprit, il pourrait être utile de se pencher sur l'arbitrage rendu dans l'affaire *Francisco Mallén (États-Unis du Mexique) c. États-Unis d'Amérique*, qui traite explicitement de la différence entre un acte accompli à titre privé et un acte accompli à titre officiel.

18. Lorsque la Rapporteuse spéciale analysera, dans son cinquième rapport, la question des limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, elle devrait s'attacher en premier lieu non pas à élucider la nature – pénale, civile ou administrative – des infractions pouvant être commises par un représentant agissant à titre officiel, mais à déterminer si la gravité de ces infractions peut, au regard du droit de l'État du for ou du droit international, donner naissance à des exceptions à la règle générale de l'immunité de juridiction.

19. M. Gómez Robledo souscrit pleinement à la position de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité en cas de crimes internationaux exposée au paragraphe 124 du rapport à l'examen. Que commettre des infractions quelles qu'elles soient, a fortiori des crimes graves au regard du droit international, ne soit jamais une fonction de l'État relève du sens commun. C'est pourquoi, si l'on admet qu'il y a des limites à l'immunité de juridiction, en particulier s'agissant des crimes internationaux les plus graves dont la répression relève du *jus cogens*, alors l'immunité n'est qu'une institution procédurale visant à protéger les fonctions d'un État qui dépêche ses représentants pour accomplir des actes à titre officiel. En d'autres termes, comme plusieurs membres l'ont souligné, immunité ne signifie pas impunité.

Application provisoire des traités (*suite*[*]) [A/CN.4/678, partie II, sect. G, A/CN.4/676, A/CN.4/687]

[Point 6 de l'ordre du jour]

Troisième rapport du Rapporteur spécial (*suite*[*])

20. M. KITTICHAISAREE remercie le Rapporteur spécial pour son troisième rapport sur l'application provisoire des traités (A/CN.4/687), qui contient des réflexions précieuses sur le sujet et constitue une base utile pour la poursuite des travaux.

21. S'agissant du paragraphe 10 de ce rapport, M. Kittichaisaree pense avec le Rapporteur spécial que le résultat final des travaux sur le sujet ne devrait pas être influencé par le droit interne des États, mais il estime qu'il ne faut pas oublier que l'application provisoire d'un traité dépendra en partie des dispositions de ce droit interne et de la situation particulière qui prévaut dans chaque État. Il aurait donc souhaité que le chapitre I du troisième rapport contienne une analyse plus détaillée des vues exprimées par les États.

22. En ce qui concerne le regroupement de la pratique des États en catégories au paragraphe 25 du rapport à l'examen, M. Kittichaisaree se demande si tous les États relevant de la catégorie *f*, à savoir ceux où l'application provisoire est autorisée sous certaines conditions, peuvent, comme les Pays-Bas, être aussi rangés dans la catégorie *a*, celle des États où le droit interne ou constitutionnel prévoit expressément l'application provisoire. Dans le cas contraire, il aimerait savoir comment l'application provisoire fonctionne dans de tels États. Il serait également utile que le Rapporteur spécial explique en quoi les différentes catégories sont pertinentes, s'agissant en particulier de leur relation avec le projet de directive proposé dans le chapitre IV.

23. M. Kittichaisaree aimerait avoir des éclaircissements sur la conclusion du Rapporteur spécial figurant au paragraphe 5 selon laquelle un État peut s'engager à appliquer provisoirement un traité au moyen d'une déclaration unilatérale, même en l'absence d'accord des autres États ayant vocation à devenir partie au traité ou de dispositions spécifiques pertinentes dans celui-ci. L'exemple donné au paragraphe 120, celui de la déclaration unilatérale par laquelle la République arabe syrienne s'est engagée à appliquer provisoirement la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, n'explique pas pleinement comment l'application provisoire des traités au sens de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) peut résulter de déclarations unilatérales.

24. S'agissant des conclusions du Rapporteur spécial figurant aux paragraphes 35 et 36 du rapport à l'examen, à savoir que l'application provisoire n'équivaut pas au consentement à être lié par un traité et que, avant l'expression du consentement, le traité n'est qu'un texte qui atteste ce que les États ont négocié, on pourrait également faire valoir que, par le biais de l'application provisoire d'un traité, l'instrument devient davantage qu'un texte négocié et que l'État donne déjà son consentement à être lié par le traité, sous réserve de ses procédures internes en la matière. En d'autres termes, l'application provisoire peut être interprétée comme une modalité exceptionnelle de l'expression du consentement à être lié par un traité.

25. M. Kittichaisaree partage l'opinion des membres qui estiment que l'affirmation, au paragraphe 122 du rapport à l'examen, selon laquelle l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) reflète des normes du droit coutumier, n'est pas suffisamment étayée. Une analyse plus poussée est nécessaire. Comme l'a relevé M. McRae, l'application provisoire de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, de 1947, n'est pas un exemple d'application provisoire au sens de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969.

26. S'agissant des projets de directive, M. Kittichaisaree pense comme M. Forteau qu'il serait souhaitable, pour la cohérence et la clarté, de suivre de plus près la terminologie utilisée dans les projets de conclusions 6 et 7 sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités[302] et d'envisager, dans le cadre du présent sujet, de rédiger des conclusions et non des directives. La raison d'être des projets de directive et les choix que ceux-ci traduisent ne sont pas toujours clairs. Certains de ces problèmes pourraient être réglés dans un commentaire,

[*] Reprise des débats de la 3270e séance.

[302] *Annuaire… 2014*, vol. II (2e partie), p. 115 et 120.

de même qu'il serait utile que les projets de directive ou de conclusion qui figureront dans les rapports suivants fassent l'objet d'une introduction mieux argumentée.

27. S'agissant du projet de directive 1, M. Kittichaisaree se demande, compte tenu du long débat qui a eu lieu sur la question, si le Rapporteur spécial entend traiter des déclarations unilatérales des États, qui ne semblent pas être envisagées pour le moment. Dans l'affirmative, où envisage-t-il de le faire ? Il se demande aussi pourquoi le projet de directive 1 accorde une si grande place au droit interne des États, alors que le Rapporteur spécial affirme, au paragraphe 10 de son troisième rapport, que le résultat final des travaux sur le sujet ne devrait pas être influencé par le droit interne.

28. S'il se félicite de l'inclusion du projet de directive 2 et des références qu'il contient à l'application provisoire de parties d'un traité, M. Kittichaisaree estime néanmoins que le libellé de ce projet de directive, lu avec le projet de directive 1, prête à confusion. Le membre de phrase « pourra découler des termes du traité lui-même » utilisé dans le projet de directive 2 semble avoir un champ d'application plus large que la formule « si le traité en dispose ainsi » utilisée dans le projet de directive 1 et qui reprend mot pour mot le libellé du paragraphe 1 *a* de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969. Pour éviter toute confusion, le Rapporteur spécial devrait suivre de près le libellé de cet article 25, y compris le paragraphe 1 *b*, à savoir « les États ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière ».

29. Comme l'ont déjà relevé d'autres orateurs, le projet de directive 4 n'indique pas quel type d'effets juridiques aura l'application provisoire d'un traité. Une question d'une telle importance ne devrait pas être examinée dans le commentaire ; le projet de directive lui-même a besoin d'être étayé par la pratique des États et des organisations internationales, ainsi que par la jurisprudence.

30. Comme l'ont en outre noté plusieurs autres orateurs, le troisième rapport n'est pas clair quant aux effets juridiques de la cessation de l'application provisoire. Le Rapporteur spécial devrait expliquer s'il existe des différences entre les obligations juridiques découlant d'une part de l'application provisoire d'un traité et d'autre part du consentement exprès à être lié par ce traité et, dans l'affirmative, quelles sont ces différences. Il serait également utile qu'il examine si le processus de cessation est identique pour les deux régimes. Dans certaines circonstances, les obligations juridiques découlant de l'application provisoire d'un traité peuvent perdurer même après l'entrée en vigueur de ce traité. C'est pourquoi l'affirmation, dans le projet de directive 5, selon laquelle ces obligations perdurent jusqu'à l'entrée en vigueur du traité, devrait être explicitée dans le commentaire.

31. S'agissant du projet de directive 6, comme tous les manquements à une obligation internationale n'engagent pas nécessairement la responsabilité internationale de l'État ou organisation internationale concernés, le texte devrait être modifié. M. Kittichaisaree estime que le projet de directive devrait tenir compte du fait que le droit des traités et le droit de la responsabilité de l'État sont des régimes distincts et ont un champ d'application différent.

32. Quant au programme de travail futur, le Rapporteur spécial devrait étudier la pratique des organisations régionales pertinentes. Il serait de plus utile de clarifier la manière dont les réserves, qui font l'objet des articles 19 à 23 de la Convention de Vienne de 1969, concernent l'application provisoire. Une étude des effets juridiques de l'extinction des traités appliqués provisoirement qui confèrent des droits à des individus serait également utile. M. Kittichaisaree estime toutefois qu'il ne serait pas judicieux d'élaborer des clauses types sur l'application provisoire des traités, compte tenu des difficultés potentielles que soulèvent les différences entre les systèmes juridiques nationaux.

33. M. Kittichaisaree propose que les projets de directive soient amendés pour tenir compte des observations faites en plénière avant d'être renvoyés au Comité de rédaction.

34. M. NOLTE dit que, si la Commission considère que l'application provisoire d'un traité est juridiquement contraignante, elle doit le dire très clairement. Après tout, les mots « application provisoire » peuvent être interprétés comme signifiant qu'un traité ne doit être appliqué que de facto et provisoirement, en d'autres termes avant qu'il produise des effets juridiques. M. Nolte propose donc de remanier le projet de directive 4 comme suit : « L'accord prévoyant l'application provisoire d'un traité a pour effet de rendre le traité juridiquement contraignant. » Un tel libellé contribuerait à encourager les États à ne pas contourner leurs procédures internes lorsqu'ils conviennent d'appliquer provisoirement un traité.

35. Les États seront très prudents s'agissant d'appliquer un traité s'ils risquent de contracter une obligation juridique contraire à leurs procédures ou autres règles internes. Ces procédures, et le droit interne en général, sont le contexte même des accords relatifs à l'application provisoire, mais cela ne signifie pas qu'ils ont un effet sur les obligations internationales découlant de tels accords. Il importe toutefois, lorsque l'on interprète un accord international, de tenir compte du contexte dans lequel il a vu le jour.

36. Cela est particulièrement vrai des accords relatifs à l'application provisoire d'un traité qui contiennent une référence explicite au droit interne, comme c'est le cas du Traité sur la Charte de l'énergie, dont l'article 45 prévoit que le Traité ne s'appliquera à titre provisoire que dans la mesure où il n'est pas incompatible avec les lois et règlements nationaux. En d'autres termes, l'obligation créée par l'application provisoire ne va pas plus loin que ce qui est autorisé par le droit interne des parties au Traité, ce qui est parfaitement compatible avec l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969.

37. M. Nolte ne comprend pas pourquoi le tribunal saisi de l'affaire *Yukos c. Fédération de Russie* et le Rapporteur spécial, au paragraphe 66 de son troisième rapport, considèrent qu'un traité ne peut laisser le droit interne déterminer le contenu d'une obligation juridique internationale à moins que le texte du traité ne soit clair et n'admette aucune autre interprétation. Outre que le texte de l'article 45, paragraphe 1, du Traité sur la Charte de l'énergie ne saurait être plus clair, M. Nolte dit qu'à sa connaissance il n'existe pas de règle selon laquelle une

interprétation particulière n'est possible que si elle n'est pas ambiguë. Il propose donc de supprimer la clause finale du projet de directive 1 et d'ajouter à celui-ci une seconde phrase ainsi libellée : « L'accord prévoyant l'application provisoire d'un traité peut limiter la portée de celle-ci, en particulier en renvoyant au droit interne en tout ou en partie. » Il pense comme les précédents orateurs que le Rapporteur spécial ne devrait pas analyser le droit interne des États relatif à l'application provisoire des traités.

38. Les projets de directives 2 et 3 doivent être remaniés pour rendre compte du fait que les « termes du traité » ne sont qu'un moyen d'interprétation parmi d'autres. Les directives devraient mentionner soit différentes formes d'accords, soit différents moyens d'interprétation ; elles ne doivent pas les confondre. Plus généralement, M. Nolte préférerait que le résultat des travaux prenne la forme de conclusions plutôt que de directives, car ces travaux visent seulement à tirer des conclusions, aux fins de l'interprétation, de diverses sources et documents.

39. M. CAFLISCH dit qu'il faut se demander si la Commission doit s'en tenir au cadre tracé par l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 ou si elle peut et doit aller au-delà. Si cet article semble couvrir le cas dans lequel les États ayant participé à la négociation conviennent expressément de l'application provisoire d'un traité dans un État donné, on voit mal comment l'on doit interpréter la situation dans laquelle un tel accord n'est pas explicite. Peut-on supposer qu'il y a eu accord tacite, auquel cas on demeurerait dans le cadre de l'article 25, ou s'agirait-il d'un engagement unilatéral n'entraînant, en cas de violation, aucune responsabilité de l'État déclarant découlant de l'article 25 ? Comme la Commission s'est donnée pour objectif d'éclaircir la portée de l'article 25 et d'en faciliter l'application, il semble préférable de s'y tenir.

40. Au chapitre II du rapport à l'examen, il aurait été utile que le Rapporteur spécial examine la relation entre l'application provisoire et l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 et les règles relatives à l'extinction ou la nullité des traités. L'article 46 de la Convention revêt un intérêt particulier dans le cas d'un État qui a accepté l'application provisoire sans se préoccuper de son droit interne, en particulier de sa constitution. À cet égard, il serait utile d'avoir une idée générale de la relation entre les accords relatifs à l'application provisoire et le droit interne des États, en particulier leur constitution, et de s'interroger sur l'applicabilité de l'article 46 aux problèmes de validité des accords d'application provisoire.

41. À l'exception du projet de directive 4, qui doit soit être supprimé soit être développé comme l'a proposé M. Šturma, M. Caflisch approuve le renvoi des projets de directive au Comité de rédaction. Il conclut en indiquant qu'il souhaiterait recevoir davantage d'informations sur le contenu que le Rapporteur spécial entend donner à son quatrième rapport.

42. M. PETRIČ dit que la Commission a pour tâche d'expliquer ce qu'est l'application provisoire, d'en définir le régime en droit international et de clarifier ses effets juridiques et sa relation avec les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Cette tâche est d'autant plus importante que les États recourent de plus en plus à l'application provisoire pour permettre aux traités de produire des effets aussi vite que possible.

43. Dans le même temps, un équilibre doit être maintenu entre la nécessité pratique de l'application provisoire et le contrôle démocratique de l'activité conventionnelle, qui explique le laps de temps qui s'écoule entre la signature et la ratification des traités dans les États régis par l'état de droit. L'application provisoire est une exception à la règle voulant que les traités négociés et signés n'entrent en vigueur qu'une fois que toutes les procédures prévues par la constitution ont été menées à bien.

44. Bien que les États puissent accepter l'application provisoire, la réglementer et même l'exclure, M. Petrič pense comme le Rapporteur spécial qu'une fois qu'un traité est appliqué à titre provisoire, le droit interne ne peut être invoqué pour justifier l'inexécution des obligations en découlant. Dès lors que le droit interne de l'État ne les interdit pas, les accords prévoyant l'application provisoire relèvent manifestement du droit international et doivent être honorés conformément au principe *pacta sunt servanda*. Même si le droit interne de l'État interdit de tels accords, un État qui a accepté l'application provisoire ne peut ultérieurement en contester la validité en invoquant son droit interne, que les personnes qui ont conclu l'accord au nom de l'État aient agi *ultra vires* ou non. Il n'y a donc aucun besoin pressant d'étudier le droit interne de l'application provisoire, et il n'est pas nécessaire de mentionner ce droit dans le projet de directive 1, car le faire créerait une confusion au lieu de clarifier les choses. Le Rapporteur spécial devrait plutôt s'attacher à étudier la pratique des États et des organisations internationales.

45. M. Petrič souscrit à l'intention du Rapporteur spécial d'analyser la relation entre l'application provisoire et les articles 11, 18, 24, 26 et 27 de la Convention de Vienne de 1969, ainsi qu'au programme de travail futur exposé au paragraphe 137 du rapport à l'examen. Certaines des questions qui doivent être analysées, comme le problème des réserves et des déclarations interprétatives dans le contexte de l'application provisoire ou celui de l'application provisoire dans le contexte de la succession d'États en matière de traités, en particulier de traités multilatéraux et de traités « fermés », risquent d'être très complexes.

46. S'agissant pour un État de mettre fin à l'application provisoire en notifiant son intention de ne pas devenir partie au traité, M. Petrič fait observer que les signataires du traité qui appliquent celui-ci à titre provisoire sont liés par le principe de *bona fides*, qui leur interdit de compromettre l'entrée en vigueur du futur traité. Si l'un d'entre eux notifie son intention de ne pas devenir partie à ce traité, peut-on dire qu'il agit conformément à ce principe ? Une déclaration générale selon laquelle l'application provisoire d'un traité a des effets juridiques ne suffit pas. La Commission devra aller plus loin, et expliquer quels sont ces effets juridiques dans différentes situations.

47. En raison des différences importantes existant entre les traités bilatéraux et multilatéraux conclus par les États entre eux et les traités conclus par des organisations internationales entre elles ou avec des États, il risque d'être difficile de couvrir les deux situations dans un seul ensemble de directives, comme le montre la mention contestable,

dans le projet de directive 2, des résolutions adoptées dans le cadre des conférences internationales. La Commission devrait initialement se concentrer sur l'application provisoire des traités au sens de la Convention de Vienne de 1969 avant de l'examiner s'agissant des traités conclus avec ou par des organisations internationales. Une fois qu'elle aura pris la mesure des différences entre ces deux situations, la Commission pourra décider de la meilleure manière de formuler les directives les concernant. La question se pose aussi de savoir si un accord entre les États signataires d'un traité portant création d'un organe ou prévoyant d'autres mesures pour que ce traité s'applique provisoirement, dont la création de la Commission préparatoire de l'Organisation du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires est un exemple, peut être considéré comme relevant de l'application provisoire des traités. Dans ce cas particulier, l'application provisoire du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires semble aller au-delà de sa fonction purement préparatoire.

48. En ce qui concerne les projets de directive, M. Petrič dit qu'il souscrit à la plupart des propositions de M. Murphy. Le projet de directive 4, tel qu'actuellement libellé, n'a guère de sens ni d'utilité. S'il ne s'oppose pas à ce que les six projets de directive soient renvoyés au Comité de rédaction, M. Petrič préférerait qu'ils soient révisés à la lumière des observations faites à la session en cours pour être examinées par la Commission à sa session suivante. Enfin, il sait gré au Rapporteur spécial de l'excellent travail qu'il a effectué jusqu'ici.

49. Sir Michael WOOD dit que le sujet de l'application provisoire des traités est un domaine dans lequel la Commission peut jouer un rôle utile en expliquant et clarifiant le droit ; le sujet revêt donc une importance pratique considérable. Le rôle de la Commission n'est pas en l'occurrence d'encourager les États à respecter leur constitution. Sir Michael Wood souligne également, en réponse aux observations de M. Petrič, que la ratification des traités n'est pas nécessairement soumise au contrôle du parlement.

50. Les projets de directive proposés dans le troisième rapport du Rapporteur spécial sont bien étayés par les résultats des recherches effectuées, la documentation et l'analyse, et Sir Michael Wood les approuve d'une manière générale ; certains pourraient toutefois être plus clairement libellés, en particulier le projet de directive 4. La Commission devrait poser le principe selon lequel, sous réserve de dispositions spécifiques dans le traité, les droits et obligations d'un État qui est convenu d'appliquer ce traité ou une partie de celui-ci à titre provisoire sont, aussi longtemps que le traité est appliqué à titre provisoire, les mêmes que si le traité était en vigueur. Sir Michael Wood n'est pas d'accord avec certaines des vues de M. Nolte à cet égard, y compris sur le point de savoir s'il s'agit seulement d'une question d'interprétation.

51. En acceptant l'application provisoire, l'État contracte des obligations qui sont contraignantes en droit international ; il n'est toutefois pas nécessairement vrai que la relation entre l'application provisoire et les autres règles du droit des traités doive être examinée plus avant. Ces autres règles peuvent très bien être pertinentes, mais la Commission devrait viser essentiellement à expliquer en quoi la situation d'un traité appliqué provisoirement par un État est différente de la situation d'un traité en vigueur pour cet État.

52. Le projet de directive 1 devrait être aligné sur l'article 25 commun aux Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, et la proposition commençant par les mots « à condition que » pourrait peut-être être supprimée. La directive ne doit porter que sur l'application provisoire en droit international, et non sur les effets éventuels de l'application provisoire en droit interne. Ni le droit interne ni les règles des organisations internationales ne devraient être mentionnés dans le projet de directive 1. Le projet de directive 2 est inutilement compliqué et devrait être supprimé ou simplifié. La forme que revêt l'accord prévoyant l'application provisoire ou l'origine de cet accord n'importent guère. Le projet de directive 3 peut lui aussi être simplifié, et le remplacement dans le texte anglais des mots *having regard to* par *in accordance with* constituerait une amélioration. Sir Michael Wood espère que le Comité de rédaction mentionnera dans le projet de directive 4 l'idée qu'il vient d'évoquer au sujet des droits et obligations des États. S'agissant du projet de directive 5, il rappelle qu'il a déjà souligné que rien de permettait d'affirmer qu'il ne peut être mis fin arbitrairement à l'application provisoire. L'essence de l'application provisoire est en effet qu'il peut y être mis fin assez facilement dans de nombreux cas. Sir Michael Wood approuve la substance du projet de directive 6 mais estime qu'il découlerait naturellement du projet de directive 4, si celui-ci était clairement libellé, que la violation d'un traité appliqué provisoirement engage la responsabilité de l'État qui en est l'auteur.

53. Dans le cadre de ses travaux futurs, la Commission devrait envisager d'élaborer des clauses types sur l'application provisoire des traités ; celles-ci présenteraient un intérêt pratique pour les États et organisations internationales et aideraient la Commission à réaliser son objectif, à savoir donner des orientations. Cela permettrait peut-être aussi d'éviter les problèmes pratiques et les carences que le Rapporteur spécial a relevés lorsqu'il a étudié la pratique des États et des organisations internationales. Sir Michael Wood indique en conclusion qu'il approuve le renvoi des six projets de directive au Comité de rédaction.

La clause de la nation la plus favorisée (*fin**) [A/CN.4/678, partie II, sect. H, A/CN.4/L.852]

[Point 5 de l'ordre du jour]

Rapport final du Groupe d'étude (*fin**)

54. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du sujet « La clause de la nation la plus favorisée » et appelle l'attention sur le rapport final du Groupe d'étude (A/CN.4/L.852).

55. M. McRAE (Président du Groupe d'étude) dit que le rapport final dont la Commission est saisie tient compte des observations écrites et orales reçues des membres de la Commission et sera annexé au rapport annuel de celle-ci. Le Groupe d'étude espère que la Commission fera

* Reprise des débats de la 3264e séance.

sien le résumé des conclusions figurant dans la cinquième partie du rapport final. On peut lire dans ce résumé que les clauses de la nation la plus favorisée (NPF) n'ont pas changé de nature depuis l'époque où le projet d'articles de 1978 a été achevé[303]. Les dispositions fondamentales de ce projet servent toujours de base pour l'interprétation et l'application des clauses NPF, bien qu'elles n'apportent pas de réponse à toutes les questions d'interprétation que peuvent soulever ces clauses. Les conclusions soulignent l'importance et la pertinence de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités comme point de départ pour l'interprétation des traités d'investissement.

56. La question centrale d'interprétation en ce qui concerne les clauses NPF a trait à l'application du principe *ejusdem generis* : la portée et la nature de l'avantage qui peut être obtenu en vertu d'une clause NPF dépendent de l'interprétation de la clause NPF elle-même. L'application des clauses NPF aux dispositions relatives au règlement des différends dans l'arbitrage des traités d'investissement a apporté une nouvelle dimension à la réflexion sur les dispositions NPF et entraîné des conséquences que les parties n'avaient pas prévues lorsqu'elles ont négocié leurs accords d'investissement. C'est aux États qui négocient des clauses NPF qu'il appartient de décider si celles-ci doivent s'appliquer aux dispositions relatives au règlement des différends. Un libellé explicite peut garantir qu'une clause NPF s'applique ou ne s'applique pas à ces dispositions ; à défaut, il incombera aux tribunaux saisis d'interpréter les clauses NPF au cas par cas, et les techniques d'interprétation passées en revue dans le rapport final du Groupe d'étude devraient les aider dans cette tâche. Le Groupe d'étude recommande à la Commission de recommander son rapport final à l'attention de l'Assemblée générale et d'en encourager la plus large diffusion possible. Le Président du Groupe d'étude remercie tous les membres de celui-ci de leurs contributions.

57. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite accueillir avec satisfaction le rapport final sur les travaux du Groupe d'étude, faire sien le résumé des conclusions figurant dans la cinquième partie de celui-ci, recommander le rapport final à l'attention de l'Assemblée générale et en encourager la plus large diffusion possible.

Il en est ainsi décidé.

58. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit également comprendre que la Commission convient d'adopter la résolution dont le texte suit, en hommage au Groupe d'étude et à son Président :

« *La Commission du droit international*,

« *Ayant accueilli avec satisfaction* le rapport du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée,

« *Exprime* au Groupe d'étude et à son Président, M. Donald M. McRae, ses profonds remerciements et ses félicitations chaleureuses pour leur contribution insigne à l'élaboration du rapport sur la clause de la nation la plus favorisée et les résultats auxquels ils sont parvenus,

« *Rappelle* avec gratitude la contribution de M. A. Rohan Perera, qui a coprésidé le Groupe d'étude de 2009 à 2011, et de M. Mathias Forteau, qui l'a présidé durant les sessions de 2013 et de 2014 en l'absence de M. McRae. »

La résolution est adoptée par acclamation.

59. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a achevé l'examen du sujet « La clause de la nation la plus favorisée ».

La séance est levée à 17 h 35.

3278e SÉANCE

Vendredi 24 juillet 2015, à 10 h 5

Président : M. Narinder SINGH

Présents : M. Caflisch, M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, Mme Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, Mme Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Kolodkin, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Šturma, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*) [A/CN.4/678, partie II, sect. D, A/CN.4/686, A/CN.4/L.865]

[Point 3 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DE LA RAPPORTEUSE SPÉCIALE (*fin*)

1. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ (Rapporteuse spéciale), résumant le débat, dit qu'elle sait gré aux membres de la Commission de l'intérêt qu'ils ont manifesté pour son quatrième rapport (A/CN.4/686) et de l'analyse rigoureuse et détaillée qu'ils en ont faite. De nombreux membres en ont approuvé la méthodologie, similaire à celle suivie dans son rapport précédent. Certains membres ont néanmoins critiqué certains des aspects de cette méthodologie, et parfois leurs observations sont allées au-delà des questions purement méthodologiques. Les observations faites ont porté en premier lieu sur l'analyse de la jurisprudence, le renvoi au droit interne et l'utilisation des commentaires et déclarations des États.

2. De nombreux membres de la Commission ont approuvé la manière dont la jurisprudence internationale comme nationale avait été analysée ; certains ont toutefois dit douter que cette analyse fût pertinente ou utile aux fins des travaux. Le manque d'uniformité et l'incohérence de la jurisprudence nationale étaient parfois à l'origine de ces doutes ; de plus, pour certains, c'était précisément en raison de son manque d'uniformité que la jurisprudence

[303] *Annuaire… 1978*, vol. II (2e partie), p. 19 et suiv.