

Provisoire

Réservé aux participants

24 août 2016

Français

Original: anglais

Commission du droit international
Soixante-septième session (Seconde partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3278^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le vendredi 24 juillet 2015, à 10 heures

Sommaire

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (*suite*)

Organisation des travaux de la session (*suite*)

Application provisoire des traités (*suite*)

Les rectifications au présent compte rendu doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également incorporées à un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *deux semaines au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section française de traduction, bureau E.5059, Palais des Nations, Genève (trad_sec_fra@unog.ch).

GE.15-12968 (EXT)



* 1 5 1 2 9 6 8 *

Merci de recycler



Présents:

| | |
|-------------------|-----------------------------------|
| <i>Président:</i> | M. Singh |
| <i>Membres:</i> | M. Caflisch |
| | M. Candioti |
| | M. El-Murtadi |
| | M ^{me} Escobar Hernández |
| | M. Forteau |
| | M. Gómez-Robledo |
| | M. Hassouna |
| | M. Hmoud |
| | M ^{me} 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 |

Secrétariat:

| | |
|--------------|-----------------------------|
| M. Llewellyn | Secrétaire de la Commission |
|--------------|-----------------------------|

La séance est ouverte à 10 h 5.

Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (point 2 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/686)

M^{me} 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 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.

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 était parfois à l'origine de ces doutes; de plus, pour certains, c'était précisément en raison de son manque d'uniformité que la jurisprudence nationale ne pouvait être prise en compte pour identifier les règles du droit international coutumier en relation avec l'immunité de juridiction pénale étrangère. Un membre a estimé qu'on ne pouvait attribuer à la jurisprudence des tribunaux internes la même importance qu'à celle des juridictions internationales, laquelle, selon l'intéressé, était cohérente et uniforme. Pour d'autres membres, le traitement réservé à la jurisprudence dans le rapport n'était pas particulièrement utile, parce que les décisions judiciaires étaient citées sans que chaque espèce soit spécifiquement analysée; selon eux, il aurait fallu donner davantage d'informations sur le contexte des affaires en question et les jugements rendus.

Comme la plupart des membres de la Commission considèrent qu'une analyse de la jurisprudence est utile aux fins des travaux, la Rapporteuse spéciale tient à rappeler que la pratique des tribunaux internes est particulièrement importante, car il ne semble pas possible d'identifier l'élément matériel de l'immunité *ratione materiae* sans commencer par établir comment les tribunaux internes ont déterminé quels actes étaient couverts par cette immunité et quels actes ne l'étaient pas. De plus, ce n'est pas parce que la jurisprudence des tribunaux internes n'est pas uniforme que son analyse n'est pas utile aux fins des travaux de la Commission. Au contraire, il est essentiel de connaître la situation actuelle en la matière pour pouvoir recenser les questions à examiner; à défaut, les travaux de la Commission risquent de se fonder uniquement sur des notions et des préconceptions théoriques. Par ailleurs, l'absence d'uniformité de la jurisprudence des tribunaux internes est en elle-même un facteur dont il faut tenir compte et qu'il convient d'analyser.

La Rapporteuse spéciale dit qu'elle n'est pas tout à fait d'accord avec les membres qui ont affirmé que la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et de la Cour européenne des droits de l'homme était totalement uniforme et cohérente. Si cette jurisprudence est assurément plus cohérente que la jurisprudence nationale, on ne saurait la considérer comme totalement uniforme, en particulier si l'on tient compte des nuances et des approximations très spécifiques que l'on trouve dans certaines décisions internationales. Toutefois, même si elle souscrit de manière générale à l'observation d'un membre selon laquelle un poids différent doit être attribué aux jurisprudences internationale et nationale, la Rapporteuse spéciale ne pense pas qu'il soit nécessaire d'établir une hiérarchie entre l'une et l'autre. Si elle comprend parfaitement l'importance qui doit être accordée aux décisions de la Cour internationale de Justice, organe judiciaire international, et de la Cour européenne des droits de l'homme, organe judiciaire régional, elle estime que cela ne diminue en rien l'importance de la jurisprudence nationale, car ce sont les tribunaux internes qui ont à se prononcer sur la question de l'immunité sur une base quotidienne.

Un membre de la Commission a très justement fait observer que les décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme devaient être prises en compte dans l'analyse de la jurisprudence. Un autre membre a proposé de citer la jurisprudence relative à l'élément temporel de l'immunité *ratione materiae*, une proposition dont il pourrait être tenu compte lors de l'élaboration du commentaire.

Enfin, si elle est d'accord avec ceux qui pensent qu'une analyse de chacune des affaires citées aurait pu enrichir les travaux de la Commission, la Rapporteuse spéciale estime qu'une telle analyse l'aurait vraisemblablement obligée à remettre un rapport indûment long, difficile à lire et inintelligible. Même si chaque affaire n'est pas analysée, les références à la jurisprudence, qui sont toujours systématiques et liées aux questions analysées dans chaque paragraphe, peuvent tout de même être utiles. De plus, les notes de bas de page contiennent des informations supplémentaires sur les actes que les juridictions ont ou n'ont pas considéré comme bénéficiant de l'immunité *ratione materiae*; ces informations peuvent être utiles pour définir la notion d'«acte accompli à titre officiel». La Rapporteuse spéciale souligne que l'utilisation qu'elle a faite de la jurisprudence dans ses troisième et quatrième rapports ne s'écarte aucunement de la pratique antérieure de la Commission en la matière.

Certains membres ont critiqué le traitement réservé à la législation nationale, soutenant qu'une attention particulière devait être accordée à cette législation pour déterminer ce qu'il fallait entendre par «acte accompli à titre officiel», puisque chaque État était compétent pour déterminer lesquels, parmi les actes accomplis par ses représentants, devaient être considérés comme «officiels». D'autres membres ont ajouté qu'une analyse de la législation nationale aurait été pertinente, en particulier parce qu'une attention considérable avait été accordée à la jurisprudence des tribunaux nationaux qui, en règle générale, fondaient leurs décisions sur le droit interne. La Rapporteuse spéciale accepte à cet égard les observations des membres qui ont indiqué que l'utilisation du terme «sans pertinence» pour qualifier le droit interne au paragraphe 32 du rapport n'était pas appropriée. Cela dit, si ce terme est peut-être exagéré, il doit être interprété compte tenu du reste du paragraphe, qui explique que le droit interne doit être considéré comme un outil d'interprétation complémentaire et non comme un facteur déterminant pour déterminer la portée et la signification de l'expression «acte accompli à titre officiel».

Dans cette perspective, la Rapporteuse spéciale demeure convaincue que les législations nationales ne peuvent être considérées comme l'élément central de la définition d'un «acte accompli à titre officiel» ou de ses caractéristiques, car il y a parfois des différences importantes dans les systèmes juridiques nationaux. De plus, pour analyser le droit interne, il faudrait décider si l'on doit tenir compte de toutes les règles relatives à l'activité de l'État ou, comme elle l'estime elle-même préférable, des seules règles relatives à l'immunité de l'État ou de ses représentants. Il convient quoi qu'il en soit de noter qu'aucun des États dont la Rapporteuse spéciale a examiné le droit interne pour élaborer son quatrième rapport n'avait de loi relative à l'immunité des États étrangers ou de leurs représentants contenant une définition précise de l'expression «acte accompli à titre officiel». En conséquence, l'approche méthodologique adoptée dans le quatrième rapport en ce qui concerne les législations nationales est pour la Rapporteuse spéciale suffisamment justifiée. En outre, l'évaluation de la législation nationale en tant qu'outil complémentaire d'interprétation ne doit pas être considérée comme à l'origine de la décision méthodologique d'analyser la jurisprudence nationale ni comme ayant un quelconque rapport avec cette décision.

La Rapporteuse spéciale dit qu'elle attache beaucoup d'importance aux observations écrites soumises par les États en réponse aux questions posées par la Commission au chapitre III de son rapport sur les travaux de sa soixante-sixième session (A/69/10) ainsi qu'aux déclarations faites à la Sixième Commission. Son quatrième rapport tient compte de

toutes ces observations et déclarations, à l'exception de celles soumises par deux États alors qu'elle avait déjà achevé son rapport, et qui ont été distribuées aux membres de la Commission. Ces dernières, que divers membres ont déjà citées dans le détail, seront prises en compte dans le cadre des travaux futurs sur le sujet.

La Rapporteuse spéciale dit qu'elle prend note de la proposition très valide tendant à ce qu'il soit fait spécifiquement référence aux observations écrites des États dans le rapport. La raison pour laquelle le quatrième rapport ne contient pas de telles références est que certaines communications confirment simplement qu'il n'y a pas de législation ni de pratique nationales sur les questions soulevées, tandis que d'autres ne font qu'informer la Commission de la jurisprudence nationale, qui a été dûment reflétée dans le rapport. Un troisième groupe d'observations, ayant trait pour l'essentiel à la question des limites et exceptions à l'immunité, sera examiné dans le cinquième rapport. La Rapporteuse spéciale indique que quoi qu'il en soit, elle fera figurer des références aux observations écrites des États dans les notes de bas de page de son rapport suivant.

Enfin, la Rapporteuse spéciale convient que les observations et déclarations des États doivent être prises en considération non seulement parce qu'elles contiennent des informations sur la pratique nationale mais également parce qu'elles mettent en lumière la manière dont le droit international est perçu dans le domaine de l'immunité. Elle souligne qu'elle avait en fait l'intention de solliciter de telles informations en 2012 mais que la Commission avait décidé à l'époque de ne demander d'informations aux États que sur leur jurisprudence.

S'agissant des observations des membres de la Commission sur la notion d'«acte accompli à titre officiel», plusieurs membres se sont déclarés favorables à l'inclusion d'une définition de cette notion dans le projet d'articles mais d'autres ont exprimé des doutes quant à son utilité. La Commission se souviendra que des discussions avaient eu lieu lors de sessions précédentes sur le point de savoir si le projet d'articles devait contenir une définition des termes «juridiction» et «immunité»; les arguments qui avaient été alors avancés étaient comparables à ceux formulés à la session en cours par certains membres en ce qui concerne l'expression «acte accompli à titre officiel», à savoir que ces termes n'avaient pas à être définis parce qu'ils étaient communément utilisés dans les instruments internationaux et la pratique internationale, et que leur sens était généralement connu. Or si la définition de ces termes est effectivement une question mineure, l'absence de définition de l'expression «acte accompli à titre officiel» serait particulièrement problématique pour les travaux de la Commission. L'analyse de la jurisprudence, en particulier la jurisprudence nationale, a montré que dans de nombreux cas les tribunaux ne se prononçaient pas seulement sur le lien existant entre l'État et le représentant mais analysaient également le type d'acte accompli par ce dernier pour décider s'il était ou non couvert par l'immunité. Il ne semble toutefois pas exister de définition claire et généralement acceptée de l'expression «acte accompli à titre officiel». On pourrait dire la même chose au sujet des débats récents de la Commission, lors desquels des membres ont soutenu des positions différentes sur des questions comme celle de savoir si un crime international pouvait être considéré comme un acte accompli à titre officiel.

Il convient de noter que des membres de la Commission qui contestent aujourd'hui qu'il soit utile de définir l'expression «acte accompli à titre officiel» avaient contesté la nécessité de définir la notion de «représentant de l'État» à la session précédente, faisant valoir que l'élément essentiel pour comprendre l'immunité *ratione materiae* était l'élément matériel, en d'autres termes, l'acte accompli à titre officiel. En dépit de ces arguments, la Commission a décidé d'envisager les deux notions séparément. Or, à la lumière des considérations susmentionnées, la Rapporteuse spéciale se demande si la Commission n'est pas en train de s'enfermer dans des arguments contradictoires risquant d'entraver ses travaux. Si la notion d'«acte accompli à titre officiel» est essentielle pour définir

l'immunité *ratione materiae*, il semble raisonnable pour la Commission d'en donner une définition. À cet égard, un nombre relativement important d'États – tant ceux qui ont accepté la nécessité de définir les expressions «représentant de l'État» et «acte accompli à titre officiel» que ceux qui soutiennent qu'il importe de se concentrer sur la notion d'«acte accompli à titre officiel» – ont, à la Sixième Commission, demandé à la Commission d'analyser en détail cette dernière notion, donnant ainsi à penser qu'eux aussi souhaitent qu'une définition claire en soit donnée. Une telle définition renforcerait la certitude juridique, ce qui contribuerait à placer dans leur contexte les concepts juridiques indéterminés qu'un membre de la Commission a évoqués. Certes, ces concepts n'ont parfois pas de définition juridique, mais ils sont opérants uniquement s'ils peuvent être clairement définis sur la base de la jurisprudence ou de la pratique. Malheureusement, il n'est pas possible de conclure qu'un acte accompli à titre officiel, s'il s'agit effectivement d'un concept juridique indéterminé, peut être défini clairement et avec certitude au moyen de la jurisprudence ou de la pratique. De plus, s'il arrive parfois que des concepts juridiques indéterminés puissent être définis par opposition à des concepts juridiques bien définis, cela n'est pas possible dans le cas d'un «acte accompli à titre officiel» par opposition à un «acte accompli à titre privé», car il n'y a pas non plus dans la jurisprudence de définition de l'«acte accompli à titre privé».

Définir l'expression «acte accompli à titre officiel» présente de nombreux avantages, en particulier si l'on songe que les actes en question sont pertinents pour appréhender la relation entre le droit de l'État du for d'exercer sa juridiction et l'immunité accordée au représentant au bénéfice de l'État étranger, deux éléments étroitement liés au principe de l'égalité souveraine des États. Dans ce contexte, décider de ne pas définir la notion d'«acte accompli à titre officiel» et de la considérer comme un concept juridique indéterminé dénué de certitude juridique – en laissant ainsi le soin au juge de décider de manière discrétionnaire ce qu'elle signifie – serait juridiquement inapproprié et reviendrait pour la Commission à ne pas exercer les fonctions qui sont les siennes, à savoir contribuer au développement progressif du droit international ou à sa codification et en promouvoir l'interprétation uniforme.

Cela dit, définir l'expression «acte accompli à titre officiel» ne signifie pas élaborer une notion restrictive comprenant une liste limitée d'actes qui priverait les juges de toute liberté d'appréciation. Au contraire, la définition envisagée doit englober un ensemble de paramètres qui, appliqués au cas par cas, aideront les tribunaux internes à décider s'il convient ou non d'accorder l'immunité de juridiction pénale à raison de tel ou tel acte d'un représentant de l'État. Il est essentiel de définir ces critères, et c'est à cette fin que la Rapporteuse spéciale a proposé le projet d'article 2 f), même si celui-ci aurait pu être formulé différemment.

S'agissant des observations de certains membres de la Commission qui estiment que l'article 2 f) ne reflète pas les caractéristiques substantielles énoncées au paragraphe 95 du rapport, il convient de noter que l'expression «exercice de prérogatives de puissance publique» a été utilisée dans la définition pour tenir compte du lien substantiel existant entre l'acte et l'État du représentant.

Bon nombre de membres de la Commission ont dit qu'il convenait, dans le projet d'article 2 f), d'indiquer que l'acte du représentant de l'État ne pouvait être considéré comme ayant été accompli à titre officiel s'il n'existait pas une relation spéciale entre l'État et ce représentant. Cette relation devait être étroitement liée aux fonctions de l'État et à l'exercice de la souveraineté. De manière générale, ce groupe de membres admet l'utilisation de l'expression «exercice de prérogatives de puissance publique», même si – la Rapporteuse spéciale en convient – il peut être souhaitable de clarifier cette notion. Elle en déduit donc que ce groupe de membres estime comme elle que, pour bénéficier de l'immunité *ratione materiae*, un acte doit être attribuable à l'État d'un point de vue

substantiel et pas seulement subjectif. En d'autres termes, un acte accompli par un représentant de l'État ne peut être attribué automatiquement à l'État aux fins de bénéficier de l'immunité.

D'autres membres ont au contraire soutenu que l'expression «exercice de prérogatives de puissance publique» n'ajoutait rien à la définition des actes en question. Cette expression avait été écartée à la soixante-sixième session et il suffisait de reprendre la formule «qui représente l'État ou qui exerce des fonctions étatiques» utilisée dans le projet d'article 2 e), provisoirement adopté par la Commission.

La Rapporteuse spéciale dit qu'elle ne croit pas que le caractère officiel du lien entre l'acte et l'État soit reflété dans le projet d'article 2 e), même lorsque cette disposition est lue avec le projet d'article 5, qui vise les représentants de l'État «agissant à ce titre». Au contraire, ces deux projets d'article ne renvoient qu'à l'élément subjectif de l'immunité et les mots «représente l'État ou exerce des fonctions étatiques» ont été utilisés à titre de compromis pour éviter de se viser un «acte» dans la définition de l'expression «représentant de l'État» et ainsi différencier clairement ces éléments normatifs. Le paragraphe 15 du commentaire du projet d'article 2 e) qui a été provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-sixième session explique que les termes «représente» et «exerce des fonctions étatiques» ne sauraient être interprétés comme définissant de quelque manière que ce soit la portée matérielle de l'immunité.

Pour cette raison, certains membres de la Commission ont proposé de remplacer purement et simplement les mots «exercice de prérogatives de puissance publique» par la formule «représente l'État ou exerce des fonctions étatiques», une proposition qui, si elle était retenue, serait source d'une confusion extrême et doit donc être écartée. Pour la même raison, il ne semble pas souhaitable de se contenter de viser le représentant de l'État «agissant à ce titre» puisque, comme l'explique le paragraphe 3 du commentaire du projet d'article 5, cette expression ne dit rien des actes susceptibles d'être couverts par l'immunité *ratione materiae* et l'expression «agissant à titre officiel» n'a pas été utilisée pour éviter toute confusion avec la notion d'acte accompli à titre officiel.

La Rapporteuse spéciale dit que, comme d'autres membres de la Commission, elle considère donc que qualifier un acte d'«accompli à titre officiel» clarifie le lien spécial de cet acte avec l'État. En réponse à la question posée par Sir Michael Wood, elle explique que, pour elle, l'utilisation de l'expression «exerce des prérogatives de puissance publique» permet d'établir un lien très étroit, ce qui, en pratique, restreint le nombre des États pouvant bénéficier de l'immunité en les reliant aux intérêts juridiques à protéger, en particulier l'égalité souveraine des États et la stabilité des relations internationales. Les expressions «exercice de prérogatives de puissance publique» et «exercice de fonctions étatiques» ne peuvent donc être considérées comme synonymes.

Certains membres, commentant ce lien spécial, ont souligné que faire de la souveraineté un élément de la définition du lien entre l'acte et l'État posait des difficultés. Plusieurs ont fait observer qu'il n'était pas facile de définir ce qui constituait des «actes inhérents à la souveraineté» ou des «actes souverains de par leur nature» et qu'il n'appartenait pas à la Commission de définir la souveraineté ou ses éléments essentiels. Il est exact qu'il n'y a pas de définition précise du terme «souveraineté», qui est un concept juridique indéterminé, mais ses contours sont clairs et son contenu a été établi sans ambiguïté en pratique, bien qu'il s'agisse d'un concept dynamique constamment redéfini. S'il n'est pas facile de définir les «actes inhérents à la souveraineté» ou les «actes souverains de par leur nature», il est néanmoins possible de trouver des exemples de tels actes en analysant la pratique, y compris la jurisprudence nationale à laquelle il est fait référence aux paragraphes 54 et 58 du rapport à l'examen et dans les notes de bas de page pertinentes, une jurisprudence dans laquelle les tribunaux allemands et français ont donné leur interprétation des éléments essentiels de la souveraineté et de l'autorité étatique.

D'autre part, si l'expression «exercice de prérogatives de puissance publique» a déjà été utilisée par la Commission pour définir les critères permettant d'attribuer un acte à un État, la Rapporteuse spéciale est prête à accepter une autre formule, à condition qu'elle ne soit pas incompatible avec les termes déjà employés par la Commission dans un sens spécifique dans le projet d'articles. Le Comité de rédaction pourrait se charger de cette tâche. Quoi qu'il en soit, les travaux de la Commission seraient beaucoup plus utiles aux États si des exemples d'actes que les tribunaux ont inclus ou exclus de cette catégorie étaient mentionnés dans le commentaire du projet d'article 2 f) et si les critères énoncés au paragraphe 119 du rapport à l'examen étaient incorporés dans ce commentaire, comme l'ont suggéré plusieurs membres de la Commission.

La référence au caractère pénal de l'acte réputé avoir été accompli à titre officiel a donné lieu à un malentendu malencontreux au sein de la Commission, dont des membres ont cru que le projet d'article 2 f) qualifiait d'infraction pénale tout acte accompli à titre officiel par un représentant de l'État. Rien n'est plus éloigné des intentions de la Rapporteuse spéciale et cette interprétation n'est pas défendable à la lecture de l'original espagnol de son quatrième rapport. L'objet de l'article 2 f) est de définir la notion d'«acte accompli à titre officiel» dans le seul contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère et non *in abstracto*. Dans ce contexte, il est évident que l'acte en question aura un caractère pénal dénué d'ambiguïté.

Dans la vaste majorité des affaires analysées dans le quatrième rapport, l'immunité a été invoquée au bénéfice de personnes accusées d'avoir commis une infraction ou faisant l'objet d'une enquête pénale. Il est pour cette raison impossible de se passer de cet élément lorsque l'on définit un acte accompli à titre officiel par un représentant de l'État qui invoque l'immunité de juridiction pénale étrangère. De plus, l'élément pénal est reflété dans la définition du champ d'application du projet d'articles figurant au projet d'article 1. Celui-ci ne définit toutefois pas assez clairement le type d'actes qui seront invariablement considérés comme des infractions au regard de la législation de l'État du for et peuvent être couverts par l'immunité *ratione materiae*. D'une part, l'immunité doit intervenir avant que les tribunaux pénaux exercent leur compétence, d'autre part, elle ne peut être invoquée qu'une fois qu'il est certain que la compétence pénale va s'exercer, ce qui nécessite une plainte, une inculpation ou une enquête pénale. Sans cet élément pénal, il ne peut y avoir compétence et l'immunité n'a donc pas à être invoquée.

La Rapporteuse spéciale dit qu'elle comprend les membres qui craignent que, tel qu'il est libellé, le projet d'article 2 f) ne crée des malentendus, dans la mesure où l'affirmation «constitue un crime» peut être interprétée comme une atteinte à la présomption d'innocence, un principe inaliénable. Comme tel n'est manifestement pas l'intention, la proposition d'utiliser l'expression «peut constituer» est judicieuse. La proposition visant à remplacer le mot «acte» par «infraction» afin que tous les actes accomplis à titre officiel ne soient pas considérés comme des infractions et d'éviter ainsi d'incriminer l'État est aussi des plus utiles. Ces propositions pourront être examinées par le Comité de rédaction afin de trouver une solution équilibrée qui élimine les problèmes susmentionnés tout en conservant la mention essentielle du caractère pénal de l'acte en question.

La relation entre la responsabilité internationale et l'immunité a été évoquée à maintes reprises. La plupart des membres de la Commission se sont déclarés favorables au modèle «un acte, deux responsabilités» et à ses conséquences pour l'attribution de l'acte à l'État ainsi que pour la distinction entre l'immunité de juridiction de l'État d'une part et de ses représentants de l'autre. Toutefois, certains membres, tout en acceptant ce modèle, ont fait valoir qu'il était impossible de distinguer entre ces deux formes d'immunité parce que la dernière était une manifestation de la première.

Un membre a déclaré qu'il était impossible de postuler une relation entre les règles régissant l'immunité et celles relatives à la responsabilité parce que les deux institutions avaient des finalités différentes, alors que pour d'autres membres il était essentiel de prendre les deux ensembles de règles conjointement en considération. Bien qu'elle comprenne ces différences dans les finalités, la Rapporteuse spéciale est convaincue que les deux institutions ont des éléments connexes et ne peuvent donc être totalement dissociées, ni analysées comme totalement autonomes. Il suffit de penser aux problèmes posés par les crimes internationaux qui, dans l'ordre juridique international existant, doivent être envisagés au regard et des règles de la responsabilité et des règles de l'immunité.

La plupart des membres de la Commission ont reconnu que tous les critères d'attribution d'un acte à un État aux fins de la responsabilité ne pouvaient être appliqués dans le contexte de l'immunité et ont donc appuyé la position prise dans le rapport à l'examen. Dans le même temps, ils ont appelé l'attention sur la nécessité d'un examen plus poussé des actes *ultra vires* et des actes accomplis par des représentants de facto. La Rapporteuse spéciale indique que dans son rapport, elle a utilisé l'expression «*ultra vires*» au sens qui est le sien dans le contexte de la responsabilité de l'État. Un acte privé ne saurait donc être *ultra vires*. La jurisprudence en la matière est toutefois imprécise et surtout incohérente.

Un membre a affirmé qu'aucun des critères d'attribution énoncés dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne pouvait être utilisé aux fins de l'immunité, mais ce pour des raisons différentes de celles ayant amené la Rapporteuse spéciale à exclure l'application de certaines de ces règles d'attribution pour qualifier un acte comme ayant été accompli à titre officiel. Pour ce membre, ce n'est pas parce qu'il pouvait être attribué à l'État que l'acte pouvait être qualifié d'acte accompli à titre officiel mais précisément parce qu'il avait été d'abord qualifié d'acte accompli à titre officiel qu'il pouvait être attribué à l'État. Le facteur pertinent est que le représentant de l'État a agi en cette qualité et donc que tout acte qu'il accomplit est un acte de l'État à raison duquel il jouit de l'immunité. Cette interprétation est néanmoins incompatible avec la méthodologie adoptée par la Commission pour définir la structure de l'immunité comme comprenant trois éléments normatifs, à savoir l'élément subjectif, l'élément matériel et l'élément temporel, qui doivent tous exister simultanément. Non seulement cette méthodologie a été adoptée par la Commission mais elle est déjà reflétée dans les projets d'article que celle-ci a déjà adoptés à titre provisoire.

Le projet d'article 6 a été généralement bien accueilli, même si certains membres de la Commission ont fait, sur les paragraphes 1 et 2, des observations intéressantes dont le Comité de rédaction devrait tenir compte. Il devrait par exemple évaluer avec soin l'utilisation des termes «*in office*» et «*term of office*» dans le texte anglais, et il peut être souhaitable d'inverser l'ordre des paragraphes 1 et 2 pour insister sur l'élément matériel de l'immunité *ratione materiae*. Si ce projet d'article est ainsi modifié, il faudra bien expliquer pourquoi dans le commentaire, ce pour éviter toute interprétation ambiguë reposant sur une comparaison automatique de ce projet d'article avec le projet d'article 4. Les membres qui ont appelé l'attention sur les expressions «uniquement» et «agissant en leur qualité officielle» doivent se souvenir que la Rapporteuse spéciale les a corrigées oralement lorsqu'elle a présenté son rapport.

La Rapporteuse spéciale indique qu'elle n'est pas d'accord avec les membres de la Commission qui pensent que le paragraphe 3 est superflu et peut être supprimé, car la question dont il traite n'a pas été pleinement réglée au paragraphe 3 du projet d'article 4. Ce dernier a été approuvé en tant que clause sans préjudice des règles juridiques spécifiques sur l'immunité *ratione materiae* que la Commission pourra énoncer à l'avenir. À cet égard, la Rapporteuse spéciale appelle l'attention sur le paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 5 qui indique que la question sera traitée plus complètement dans un futur projet

d'article sur la portée substantielle et temporelle de l'immunité *ratione materiae*. On ne peut se contenter de traiter cette question dans un commentaire. De plus, le paragraphe 3 ne risque guère de créer une confusion en ce qui concerne la distinction entre les règles de l'immunité *ratione materiae* et celles de l'immunité *ratione personae*, distinction énoncée avec suffisamment de clarté dans le projet d'article 4. Le paragraphe 3 du projet d'article 6 ne fait que souligner cette distinction et en est la conséquence.

Diverses questions ont été posées par des membres de la Commission, par exemple celle de savoir comment déterminer quelle autorité est compétente pour décider si un acte a été accompli à titre officiel, ou de savoir ce qui se passera si l'instance judiciaire vise plusieurs personnes dont une seule jouit de l'immunité. Ces deux questions devront être examinées dans un rapport consacré aux aspects procéduraux de l'immunité. L'expression «contrôle direct» utilisée dans la note de bas de page 210 a été employée par la Cour internationale de Justice dans son arrêt sur l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*. La Rapporteuse spéciale indique que si elle a évoqué l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne au paragraphe 137 de son rapport, c'est simplement pour appeler l'attention sur un problème réel qui se pose dans la pratique, concerne directement la relation entre le droit international et le droit interne et peut relever du sujet à l'examen. Elle n'estime pas que l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne remette formellement en cause l'autorité de l'arrêt de la Cour internationale de Justice ni qu'il vise à le faire, puisque la Cour constitutionnelle elle-même a expressément indiqué qu'elle ne voulait pas examiner des questions de droit international comme celles de l'immunité et du *jus cogens*. Cela ne l'a toutefois pas empêchée de conclure qu'un arrêt extraordinairement important d'une juridiction internationale ne pouvait être exécuté en Italie. Cette conclusion pose indéniablement un problème du point de vue de la responsabilité en droit international et soulève bon nombre de questions concernant la relation entre le droit international et le droit interne et entre les juridictions nationales et internationales. La Commission devra réfléchir à ces questions, car elles ne sont pas sans lien avec le sujet à l'examen; en fait, il n'y a là rien de nouveau. La Rapporteuse spéciale se demande si la Commission n'est pas confrontée, dans un contexte différent, à un nouveau conflit de juridictions comparable à celui qui a surgi par le passé entre la Cour constitutionnelle allemande et la Cour de justice des Communautés européennes en relation avec la définition des normes de protection des droits de l'homme et la définition de la compétence de chacune de ces juridictions à cet égard. Prédire les conséquences de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne relève de la science-fiction, même si la Rapporteuse spéciale est convaincue qu'une solution sera trouvée par le biais de la doctrine conciliatrice établie dans les affaires *Solange I et II*.

La Rapporteuse spéciale dit qu'elle a pris note des nombreuses opinions exprimées par les membres de la Commission durant le débat animé auquel le programme de travail futur a donné lieu. Ce débat fait écho à un débat antérieur lors duquel la plupart des membres avaient appuyé sa proposition de traiter des exceptions à l'immunité et des aspects procéduraux de l'immunité dans des rapports distincts, conformément au plan approuvé par la Commission au début du quinquennat. Elle demeure convaincue que c'est la meilleure manière d'envisager ces questions et ne voit aucune raison de s'en écarter.

Dans le même temps, la Rapporteuse spéciale n'ignore pas qu'il n'est pas réaliste d'insister pour faire de ce traitement séparé une règle absolue, comme le démontrent clairement ses troisième et quatrième rapports, qui sont liés. Le traitement de l'élément temporel de l'immunité *ratione materiae* au chapitre II.C de son quatrième rapport, qui comprend davantage qu'une simple analyse des éléments matériel et temporel de l'immunité *ratione materiae*, illustre également cette approche. Dans le même esprit, le cinquième rapport portera sur les aspects procéduraux de l'immunité dont la Rapporteuse spéciale considère la connaissance nécessaire à une meilleure appréhension des limites et exceptions à l'immunité.

Cela dit, on ne saurait affirmer que les aspects procéduraux de l'immunité sont des questions substantielles, si ce n'est au sens où elles sont importantes; elles ne sont toutefois pas substantielles au sens où elles seraient matérielles. Il est donc préférable de ne les examiner qu'après que la Commission aura achevé une analyse approfondie de la portée substantielle de l'immunité, qui comprendra nécessairement un examen préalable des limites et exceptions à celle-ci. Cette approche n'est pas sans rappeler celle adoptée par le précédent Rapporteur spécial, M. Kolodkin, qui a traité la question des exceptions et des aspects procéduraux de l'immunité dans ses deuxième et troisième rapports, respectivement. Quoi qu'il en soit, les aspects procéduraux de l'immunité sont suffisamment importants et intéressants pour mériter de faire l'objet d'un rapport distinct.

Quant aux suggestions de membres de la Commission tendant à ce qu'elle traite des deux questions dans un seul rapport pour broser un tableau complet du sujet avant la fin du présent quinquennat, la Rapporteuse spéciale estime qu'accélérer l'examen de ces questions n'est ni une bonne stratégie ni dans l'intérêt de la Commission. Pour que les résultats des travaux soient bons, il est préférable d'étudier le sujet calmement et avec soin. Au stade actuel, il n'est tout simplement pas possible de traiter dans un seul rapport de plus de questions que la Commission peut en examiner convenablement en une session; la Rapporteuse spéciale ne croit pas non plus qu'il soit judicieux d'ajourner le traitement des limites et exceptions à l'immunité pour traiter d'abord des questions procédurales, d'autant plus que le programme de la Commission à sa soixante-huitième session devrait être chargé. Il comprendra l'examen du troisième rapport de M. Kolodkin, sur lequel le débat en plénière n'a pas été concluant. La Rapporteuse spéciale dit qu'elle entend donc, sauf si la Commission en décide autrement, consacrer l'intégralité de son cinquième rapport à la question des exceptions et des limites à l'immunité *ratione materiae*. En conclusion, elle demande à la Commission de renvoyer les deux projets d'article au Comité de rédaction.

Le Président dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer le projet d'article 2 f) et le projet d'article 6 au Comité de rédaction, compte tenu des observations faites durant le débat.

Il en est ainsi décidé.

Organisation des travaux de la session (point 1 de l'ordre du jour) (*suite*)

M. Forteau (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État est composé comme suit: M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, MM. Kamto, Kittichaisaree, Kolodkin, McRae, Murphy, Nolte, Park, Petrič, Saboia, Tladi et Wako et Sir Michael Wood, ainsi que M^{me} Escobar Hernández (Rapporteuse spéciale) et M. Vázquez-Bermúdez, (membre d'office).

Application provisoire des traités (point 5 de l'ordre du jour) (*suite*) (A/CN.4/687)

Le Président invite la Commission à reprendre l'examen du troisième rapport du Rapporteur spécial sur l'application provisoire des traités (A/CN.4/687).

M. Niehaus dit que le sujet est important parce qu'il est de plus en plus nécessaire de donner rapidement effet aux obligations découlant des traités internationaux, sans attendre le long processus de ratification souvent prescrit par l'ordre juridique interne. De plus, comme le révèlent les déclarations faites à la Sixième Commission, les États considèrent que grâce à sa souplesse, l'application provisoire contribue à promouvoir et accélérer l'acceptation du droit international. L'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités constitue une base solide et assure une certitude juridique en ce qui concerne les obligations découlant de l'application provisoire sans exclure que les États puissent assumer unilatéralement ces obligations.

Au paragraphe 25 de son rapport, le Rapporteur spécial range la pratique des États en matière d'application provisoire dans six catégories. Or ces catégories ne coïncident pas toujours avec les observations présentées à la Commission par les États. Le Costa Rica en est un exemple, car le Rapporteur spécial le fait figurer dans la catégorie des États où l'application provisoire est interdite par la Constitution ou exclue par d'autres dispositions du droit interne. En réalité, la Constitution costaricienne n'interdit pas explicitement l'application provisoire des traités, et le Costa Rica est partie à la Convention de Vienne de 1969, dont l'article 25 prévoit la possibilité de cette pratique. Pourtant, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, les traités internationaux doivent être approuvés par le législateur avant de pouvoir entrer en vigueur, et ainsi leur application provisoire n'est pas possible. Cet exemple démontre qu'il importe d'examiner en détail la pratique de chaque État.

Bien qu'il ne soit pas douteux que le point de départ des travaux de la Commission sur le sujet soit l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, M. Niehaus pense que le Rapporteur spécial tire une conclusion trop hâtive lorsqu'il déclare au paragraphe 58 de son rapport que, pour autant qu'elle soit valide, l'application provisoire produit les mêmes effets juridiques que tout accord international et, partant, est soumise à la règle *pacta sunt servanda*, et que ses effets sont définitifs et opposables.

Le sujet de l'application provisoire par les organisations internationales, qui fait l'objet du chapitre IV du rapport, est particulièrement intéressant. Toutefois, M. Niehaus aurait souhaité que les sections C, D et E de ce chapitre, qui traitent des questions extrêmement importantes de l'application provisoire des traités portant création d'organisations internationales, des traités négociés au sein d'organisations internationales ou lors de conférences diplomatiques et des traités auxquels des organisations internationales sont parties, soient plus étoffées. En particulier, les informations figurant au paragraphe 122 en ce qui concerne les traités auxquels des organisations internationales sont parties et le statut de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités méritent une analyse plus détaillée et mieux étayée.

M. Niehaus pense lui aussi que le résultat des travaux de la Commission ne doit pas prendre la forme de directives mais de conclusions comportant un titre. D'une manière générale, il approuve le contenu des projets de directive qui sont fondés sur l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Il n'est toutefois pas nécessaire, dans le projet de directive 1, de reprendre des parties de cet article. Il propose pour la clarté de simplifier comme suit le texte de ce projet de directive: «Les États et les organisations internationales peuvent appliquer provisoirement un traité en tout ou en partie conformément aux règles du droit international et à leur droit interne ou leurs règles, respectivement.» [*Los Estados y las organizaciones internacionales podrán aplicar provisionalmente un tratado, a partir de él, conforme al derecho internacional y en concordancia con su derecho interno con las reglas de la organización del caso*]. Quant au projet de directive 4, M. Niehaus pense comme d'autres membres de la Commission qu'il est trop général, et il propose de le supprimer. Le projet de directive 6, qui traite d'une question complexe, appelle une analyse plus poussée et détaillée afin d'éviter toute confusion. M. Niehaus appuie la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que la Commission invite de nouveau les États à lui soumettre des informations sur leur pratique nationale en matière d'application provisoire des traités. À la lumière des observations faites, il recommande le renvoi des projets de directive au Comité de rédaction.

M. Kolodkin dit que la première tâche de la Commission dans le cadre des travaux sur le sujet consiste à identifier les règles du droit des traités et autres règles du droit international pertinentes concernant l'application provisoire des traités. La première de ces règles est l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 et il serait utile de donner aux États des indications claires sur le point de savoir si cet article codifie une règle du droit

international coutumier. L'article 25 ne traite toutefois pas de toutes les questions que soulève l'application provisoire des traités. Par exemple, il dispose qu'un traité peut être appliqué provisoirement en attendant son entrée en vigueur alors que la pratique montre que les traités multilatéraux en vigueur peuvent aussi être appliqués à titre provisoire par des États parties, d'une part, et des États susceptibles de devenir parties, d'autre part. Il dispose également qu'un traité peut être appliqué à titre provisoire si les États ayant participé à la négociation en sont convenus; toutefois, en pratique, les accords à cette fin ne sont pas conclus par les seuls États ayant participé à la négociation. De plus, l'article 25 est muet sur le point de savoir si d'autres règles du droit des traités ou du droit international, y compris celles relatives à la responsabilité et à la succession d'États, s'appliquent aux traités appliqués à titre provisoire.

Le Rapporteur spécial doit donc procéder à une analyse approfondie du droit international applicable à la lumière de l'article 25 afin d'élaborer à l'intention des États des directives claires indiquant comment l'application provisoire des traités doit être amorcée et menée à bien, quels sont ses effets juridiques par rapport à ceux de l'entrée en vigueur, combien de temps elle peut durer et comment on peut y mettre fin.

Diverses questions doivent être examinées: celles de savoir si seuls les États ayant participé à la négociation peuvent convenir de l'application provisoire, si un accord à cette fin doit être explicite ou peut aussi être tacite ou implicite ou s'il doit être juridiquement contraignant ou peut prendre la forme d'un arrangement ou d'un *gentlemen's agreement*, comme certains auteurs le pensent.

Ayant ces questions à l'esprit, M. Kolodkin dit qu'il souhaite s'arrêter sur l'exemple de l'application provisoire par la République arabe syrienne de 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. Le Rapporteur spécial la présente dans son rapport comme un exemple d'un acte unilatéral par lequel la République arabe syrienne a assumé l'obligation d'appliquer un traité à titre provisoire. Un membre a également suggéré qu'il pouvait s'agir d'une nouvelle forme d'application provisoire ne relevant pas de l'article 25.

M. Kolodkin considère toutefois, ayant participé directement à la négociation dans le cadre de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (OIAC), qu'il y a eu un accord tacite entre la République arabe syrienne et les parties à la Convention au sens de l'article 25 of the Convention de Vienne. Lorsqu'elle a fait sa déclaration concernant l'application provisoire de la Convention au moment où elle a déposé son instrument d'adhésion, la République arabe syrienne n'avait pas uniquement pour intention d'exécuter ses obligations mais également d'exercer les droits qu'elle tient de la Convention en tant qu'État membre de l'OIAC. Les États parties avaient conscience de cette situation et elle a été prise en compte par le Conseil exécutif de l'OIAC lorsqu'il a rédigé sa décision en l'espèce. Un effort a été fait pour que le libellé de cette décision traduise le fait que tous les États parties, et pas seulement ceux représentés au Conseil, avaient tacitement consenti à l'application provisoire de la Convention par la République arabe syrienne et l'avait acceptée. D'autres facteurs qui sont intervenus étaient l'impossibilité de convoquer une conférence des parties, le fait que certains États parties ne souhaitaient pas que la décision du Conseil exécutif mentionne expressément leur consentement à l'application provisoire et, bien entendu, le souci de voir la République arabe syrienne exécuter les obligations que lui imposait la Convention durant la période de l'application provisoire.

La décision du Conseil exécutif reposait sur le compromis suivant: premièrement, l'application provisoire devait concerner l'intégralité de la Convention; deuxièmement, la déclaration de la République arabe syrienne avait été distribuée aux États parties à la date à laquelle la République arabe syrienne avait déposé son instrument d'adhésion – 13 jours avant l'adoption de la décision; troisièmement, aucune objection concernant la déclaration n'avait été reçue des États parties, et pas seulement des membres du Conseil exécutif;

quatrièmement, il a été tenu compte du caractère extraordinaire de la situation et de la nécessité de commencer immédiatement les activités nécessaires pour détruire le programme syrien d'armes chimiques en attendant l'entrée en vigueur officielle de la Convention; et, cinquièmement, le Gouvernement syrien a accepté de recevoir immédiatement une délégation de l'OIAC et de coopérer avec l'OIAC dans le cadre de l'application provisoire de la Convention en attendant l'entrée en vigueur de celle-ci.

Toutefois, ce qui est important est que ces dispositions figuraient dans le préambule de la décision; le dispositif de celle-ci ne mentionnait aucunement l'application provisoire. Ainsi, le Conseil exécutif n'a pas adopté une décision sur l'application provisoire de la Convention en tant que telle, mais une décision reposant sur la présomption selon laquelle, en l'absence d'objections, la demande d'application provisoire avait été réglée à l'avance entre la République arabe syrienne et les États parties. Ceux qui ont rédigé la décision ont considéré qu'ils avaient réussi à refléter ce point juridique important. À la connaissance de M. Kolodkin, la Syrie n'a pas participé à la négociation de la Convention mais on peut présumer que cela ne l'empêchait pas de conclure un accord sur son application provisoire.

Au paragraphe 5 de son rapport, le Rapporteur spécial mentionne la possibilité pour un État d'appliquer un traité à titre provisoire sur la base d'un engagement unilatéral. Il conviendrait toutefois de se demander s'il y a une différence entre une telle application provisoire et les situations visées aux articles 34 et 35 de la Convention de Vienne sur les obligations et les droits découlant d'un traité pour les États tiers.

Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial analyse l'applicabilité des règles énoncées aux articles 11, 18, 24, 26 et 27 de la Convention de Vienne à l'application provisoire et indique que, dans son rapport suivant, il a l'intention d'examiner l'applicabilité des régimes des réserves et de la succession d'États, la pratique des dépositaires et certains aspects de la cessation de l'application provisoire. M. Kolodkin pense lui aussi qu'il faut élargir le champ de l'analyse des règles du droit international applicables. De fait, plusieurs propositions ont été faites à cet égard, et il souscrit à la plupart d'entre elles. Il n'est toutefois pas convaincu qu'il faille examiner l'applicabilité de l'article 60 de la Convention de Vienne; comme il est assez simple de mettre fin à l'application provisoire d'un traité, il ne semble guère nécessaire de se référer aux dispositions relatives à la violation d'un traité. De même, il ne pense pas que l'article 18 de la Convention de Vienne soit pertinent en ce qui concerne l'application provisoire, et convient avec le Rapporteur spécial que celle-ci ne saurait être assimilée à l'obligation générale de s'abstenir de tout acte allant à l'encontre de l'objet et du but du traité.

M. Kolodkin dit qu'il partage également l'opinion selon laquelle, si l'application provisoire n'est pas identique à l'entrée en vigueur, un traité appliqué provisoirement a en général les mêmes effets juridiques qu'un traité en vigueur. La différence entre l'application provisoire d'un traité et un régime conventionnel à part entière est plus procédurale que substantielle. L'application provisoire d'un traité est plus facile à mettre en œuvre que son application à part entière, car cette dernière doit être précédée de l'entrée en vigueur. De même, il est plus facile de mettre fin à un traité appliqué provisoirement qu'à un traité en vigueur, même si les effets juridiques substantiels d'un traité appliqué provisoirement sont les mêmes. Le principe *pacta sunt servanda*, énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne, régit également les traités appliqués provisoirement. Ainsi, la violation de ces traités engage la même responsabilité que la violation des traités en vigueur.

Il convient de noter que les traités appliqués provisoirement lient la Fédération de Russie et ont force de loi sur son territoire, comme l'a confirmé la décision rendue en 2012 par la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie sur la constitutionnalité de l'article 23 de la Loi sur les traités internationaux de la Fédération de Russie. La Cour a jugé que le consentement à l'application provisoire d'un traité signifiait que celui-ci faisait

partie de l'ordre juridique interne et devait être appliqué de la même manière que les traités internationaux en vigueur (à moins qu'il n'en soit expressément disposé autrement). La Cour a aussi relevé que ni la Convention de Vienne ni la Loi sur les traités internationaux de la Fédération de Russie ne prévoyaient d'exemptions du principe *pacta sunt servanda* en ce qui concerne les traités appliqués à titre provisoire.

Pour M. Kolodkin, tant les traités appliqués provisoirement que les accords sur l'application provisoire sont régis par le principe *pacta sunt servanda*. Toutefois, si l'accord en cause n'est pas juridiquement contraignant, le principe ne s'applique pas, mais il demeure applicable au traité appliqué provisoirement lui-même. En ce sens, l'article 27 de la Convention de Vienne s'applique également aux traités appliqués à titre provisoire. La règle générale voulant que ceux-ci priment la législation nationale n'est toutefois pas absolue: les États qui sont convenus d'appliquer provisoirement un traité en tout ou en partie peuvent également conclure un autre accord. Par exemple, ils peuvent convenir d'appliquer provisoirement certaines dispositions d'un traité précisément parce que ces dispositions ne sont pas en conflit avec leur législation.

De plus, les États peuvent faire figurer une clause limitative dans un accord sur l'application provisoire afin que seules les dispositions qui ne sont pas contraires à leur législation s'appliquent provisoirement. Ces clauses peuvent prendre des formes diverses et sont fréquentes dans les accords relatifs à l'application provisoire. Comme le montre notamment la sentence interlocutoire sur la compétence et la recevabilité rendue par le tribunal arbitral dans l'affaire *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, leur libellé est important. M. Kolodkin considère donc que le Rapporteur spécial aurait pu dans son rapport rendre compte de manière plus exacte de la décision rendue dans l'affaire *Yukos*, en visant spécifiquement le paragraphe 320 de cette décision, dans laquelle le tribunal déclare que son interprétation de la clause limitative de l'article 45 1) repose sur le libellé spécifique de cette clause dans son contexte et que les parties à un traité sont libres de convenir d'un régime particulier, notamment un régime dans le cadre duquel chaque signataire peut moduler (ou supprimer) son obligation d'appliquer provisoirement le traité compte tenu de la compatibilité de chaque disposition de celui-ci avec son droit interne, mais que tout accord concernant un tel régime doit être énoncé clairement et sans ambiguïté.

M. Kolodkin estime lui aussi qu'il n'est pas opportun d'analyser le droit interne en matière d'application provisoire des traités. Le Rapporteur spécial pourra néanmoins vouloir analyser les clauses limitatives figurant dans les accords relatifs à l'application provisoire, compte tenu de leur interprétation dans la pratique des États et des tribunaux arbitraux, ainsi que dans la doctrine. Sur la base d'une telle analyse, la Commission pourrait élaborer une clause type ou des directives fixant les critères que les États doivent appliquer lorsqu'ils rédigent de telles clauses. Il souscrit également à la proposition tendant à mener à bien l'examen des questions relatives à l'application provisoire des traités entre États avant de se pencher sur l'application provisoire des traités par les organisations internationales.

S'agissant des projets de directive, M. Kolodkin est prêt à en débattre au sein du Comité de rédaction à la session en cours. Toutefois, à en juger par le débat qui a eu lieu jusqu'ici, le Rapporteur spécial voudra probablement les modifier lui-même avant qu'ils soient renvoyés au Comité de rédaction. M. Kolodkin indique qu'il se rangera à l'opinion du Rapporteur spécial à cet égard.

M. Candiotti dit qu'il n'est pas d'accord avec M. Niehaus en ce qui concerne la forme que doit prendre le résultat des travaux de la Commission sur le sujet. Ce résultat doit être utile aux États dans la pratique, et donc des directives semblent être la forme la plus appropriée, comme le pense le Rapporteur spécial. De plus, il n'appuie pas la proposition tendant à supprimer le projet de directive 4, qui devrait au contraire être

développé puisqu'il traite de ce que le Rapporteur spécial considère comme la question la plus importante, à savoir les effets juridiques de l'application provisoire.

M. Niehaus dit que M. Candiotti a peut-être raison et que le projet de directive 4 doit être conservé. Toutefois, si on le conserve, il doit absolument être développé car, dans sa forme actuelle, il ne dit pratiquement rien.

M. Kamto dit que le troisième rapport du Rapporteur spécial appelle des observations sur trois points. Premièrement, il est d'accord avec le Rapporteur spécial pour dire que l'application à titre provisoire porte sur la période qui précède l'entrée en vigueur du traité comme le Rapporteur spécial l'a écrit au paragraphe 35 de son rapport. Toutefois, dans le même paragraphe, le Rapporteur spécial semble assimiler la période qui sépare la signature du traité de son entrée en vigueur à l'application provisoire. Il semble également impliquer que l'application provisoire d'un traité ne repose pas sur l'expression du consentement à être lié par ce traité. Ce raisonnement soulève deux problèmes: l'application provisoire d'un traité n'a pas lieu nécessairement entre la période séparant sa signature de son entrée en vigueur et, lorsqu'elle a lieu, elle repose nécessairement sur l'expression du consentement à être liée provisoirement par le traité. En dernière analyse, le Rapporteur spécial semble assimiler la notion d'«expression du consentement à être lié» à celle d'«entrée en vigueur», ce qui n'est pas correct au regard du droit des traités.

Aux termes de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969, un traité est appliqué à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur, ce qui signifie nécessairement avant son entrée en vigueur. L'application provisoire d'un traité qui est déjà entré en vigueur est une situation qui ne relève pas de l'article 25 et donc ne relève pas du sujet à l'examen tel que le Rapporteur spécial l'a circonscrit et la Commission approuvé.

Deuxièmement, un certain nombre de membres de la Commission, dont M. Kamto lui-même, ont souligné qu'il serait utile que la Commission examine les dispositions du droit interne des États relatives à l'application provisoire des traités. Le Rapporteur spécial s'est efforcé de donner suite à cette suggestion en examinant l'affaire *Yukos* et en essayant de refléter la position jurisprudentielle qui s'en dégage dans le projet de directive 1. Toutefois, il ne s'est pas penché sur l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969. Or il est impératif de décider si cet article s'applique ou non à l'application provisoire. Bien que le paragraphe 1 de l'article 46, qui est intitulé «Dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités», exclue la possibilité pour un État d'invoquer une violation de son droit interne pour revenir sur son consentement à être lié, il ajoute: «à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale». Ces règles fondamentales sont en général les règles constitutionnelles relatives à la conclusion des traités. Si l'affaire *Yukos* ne concernait pas précisément le pouvoir de conclure des traités, dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, la Cour internationale de Justice s'est penchée directement sur la question des limites constitutionnelles du pouvoir des chefs d'État de conclure des traités. Une directive sur cette question serait donc utile. M. Kamto précise qu'il ne préconise pas qu'elle s'applique à l'ensemble du système juridique national mais seulement aux règles fondamentales du droit interne relatives au pouvoir de conclure des traités.

Troisièmement, au paragraphe 60 de son rapport, le Rapporteur spécial déclare que le caractère contraignant d'un traité est déterminé uniquement par le droit international et que, quelles que soient les dispositions du droit interne de l'État partie au traité, elles n'ont aucun effet sur les obligations internationales de l'État. Ceci signifie-t-il que, que les dispositions du droit interne concernant le consentement de l'État partie à être lié aient été ou non connues de l'autre partie ou des autres parties et qu'elles n'aient pas été respectées, des obligations internationales n'en découlent pas moins du traité? Cette question montre que les règles du droit interne relatives à la conclusion des traités sont au cœur du sujet. Si

tout ce que dit la Commission est que l'application provisoire des traités nécessite l'accord explicite des parties et crée à la charge des États des obligations dont la violation peut engager la responsabilité internationale, elle n'ajoute rien de nouveau par rapport à ce qui est admis en droit international positif. L'élaboration de directives sur l'application provisoire des traités n'a d'intérêt que dans la mesure où elle peut aider les États à savoir à partir de quel moment et à quelles conditions l'application provisoire crée des obligations internationales pour les parties. Cet objectif ne peut être atteint que si la Commission clarifie la question des règles du droit interne relatives à la conclusion des traités.

S'agissant des projets de directive, M. Kamto fait observer que le projet de directive 6 ne paraît pas fondé sur une analyse préalable des règles conventionnelles et de la pratique des États. Même s'il s'agit simplement de rappeler une règle générale du droit international, il aurait été préférable de mentionner les dispositions du droit des traités et la jurisprudence internationale sur lesquelles repose cette règle, ne serait-ce qu'en renvoyant aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. M. Kamto dit qu'il espère que le Rapporteur spécial comblera cette lacune dans le cadre du commentaire du projet de directive 6. En conclusion, il appuie le renvoi des six projets de directive au Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 h 5.