

Provisoire

Réservé aux participants

21 septembre 2016

Original : français

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

Compte rendu analytique provisoire de la 3326^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le vendredi 22 juillet 2016, à 10 heures

Sommaire

Organisation des travaux de la session

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 portées sur 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.16-13091 (F) 280716 210916



* 1 6 1 3 0 9 1 *

Merci de recycler



Présents :

Président : M. Comissário Afonso
Membres : 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. McRae
M. Murase
M. Murphy
M. Niehaus
M. Nolte
M. Park
M. Peter
M. Petrič
M. Saboia
M. Singh
M. Šturma
M. Tladi
M. Valencia-Ospina
M. Vázquez-Bermúdez
M. Wako
M. Wisnumurti
Sir Michael Wood

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 heures.

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

Le Président dit que le Bureau élargi s'est réuni afin d'examiner le programme de travail pour le reste de la session. Seules les versions anglaise et espagnole du rapport de la Rapporteuse spéciale pour le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ayant été publiées, plusieurs membres se sont dits préoccupés par le fait que ce document serait examiné avant d'avoir été traduit dans toutes les langues officielles. À l'issue de consultations approfondies, il a été convenu que la Rapporteuse spéciale présenterait son rapport le 25 juillet – comme le prévoit le programme de travail – et que tous les membres qui souhaiteraient prendre la parole sur le sujet pourraient le faire, étant entendu que le débat ne serait pas conclu à la session en cours et que la Rapporteuse spéciale n'en ferait pas le résumé. En d'autres termes, le débat sur le sujet commencerait à la session en cours et se poursuivrait à celle de 2017. Le Président croit comprendre que les membres souhaitent adopter le programme de travail ainsi défini.

Il en est ainsi décidé.

Application provisoire des traités (A/CN.4/699 et Add.1) (*suite*)

Le Président invite les membres à poursuivre l'examen du quatrième rapport sur l'application provisoire des traités (A/CN.4/699 et Add.1).

M. Murphy remercie vivement le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport sur l'application provisoire des traités et la présentation détaillée qu'il en a fait à une précédente séance. Dans la deuxième partie de son rapport, le Rapporteur spécial poursuit l'examen de la relation entre l'application à titre provisoire et les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Si elle est éclairante dans l'ensemble, cette analyse est peut-être un peu trop axée sur les questions posées par quelques délégations à la Sixième Commission. Il est bien entendu approprié et important de prendre les vues des États en considération, mais le moyen le plus sûr pour la Commission d'avancer dans ses travaux est d'examiner les sujets d'une manière globale en s'appuyant sur des travaux de recherche et analyses pertinents au regard du sujet pris dans son ensemble, et non de s'employer à éclaircir des points sur lesquels quelques États seulement ont appelé l'attention. Ainsi, la deuxième partie du rapport apporte peut-être des réponses à ces États, mais l'essentiel de l'analyse qu'elle contient ne semble mener nulle part. Il n'est d'ailleurs pas du tout certain que les questions posées par ces États soient bien celles qui sont traitées dans le rapport. Ainsi, il est dit au paragraphe 72 que « plusieurs délégations » ont estimé qu'il fallait étudier le lien entre l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et l'application provisoire. Or, les cinq États censés avoir soulevé ce point (Canada, Grèce, Irlande, Kazakhstan et Roumanie) n'ont pas demandé à la Commission d'examiner l'article 60, mais ont souhaité savoir comment un accord sur l'application provisoire d'un traité prenait fin ou était suspendu, sans jamais affirmer expressément que l'article 60 apportait à cet égard un élément de réponse pertinent. Bien au contraire, il ressort implicitement de leurs observations que ces États présupposent que d'autres parties de la Convention de Vienne, notamment l'article 60, n'intéressent pas directement l'application provisoire des traités et que le seul régime relatif à l'extinction ou à la suspension de ce type d'accord est celui qui est énoncé à l'article 25.

Venant à l'analyse de fond contenue dans cette deuxième partie du rapport, M. Murphy estime que l'examen des règles énoncées dans les autres parties de la Convention de Vienne est trop rapide et qu'il faut éviter de refléter les considérations du Rapporteur spécial dans un projet de texte ou un commentaire. Ainsi, pour ce qui est de la question des réserves, le Rapporteur spécial ne décrit au paragraphe 23 qu'une partie des règles applicables, c'est-à-dire celles qui découlent de l'article 19 de la Convention

de Vienne, mais il ne dit rien des autres règles énoncées aux articles 20 et 23, qui ont pourtant leur importance. De plus, il aurait été utile de se demander si l'article 25 constitue, dans la Convention de Vienne, un régime partiellement ou entièrement autonome, ce que certains semblent considérer. Si ce régime est entièrement autonome, les autres articles de la Convention ne présentent pas d'intérêt direct, quand bien même ils peuvent se prêter à une interprétation analogique. On peut donc se demander si les règles relatives à l'extinction et à la suspension prévues à l'article 60 sont pertinentes au regard de l'article 25, dont le paragraphe 2 fixe une règle relative à l'extinction. À cet égard, le processus de rédaction de cet article donne des indications. Dans son projet d'articles de 1966 sur le droit des traités, la Commission a décidé de ne pas inclure, dans ce qui était alors l'article 22, « une disposition relative à la fin de l'application d'un traité mis en vigueur provisoirement » et de « laisser le soin aux parties de régler la question par voie d'accord entre elles, compte tenu des règles régissant la fin des traités ». Or, la Conférence diplomatique de Vienne a opté au contraire pour l'insertion d'une disposition relative à l'extinction, qui figure au paragraphe 2 de l'article 25. Cela tend à indiquer que l'approche retenue par la Commission, qui faisait appel aux « règles régissant la fin des traités », n'était pas acceptable pour les États qui lui ont préféré une solution consistant à traiter expressément de l'extinction à l'article 25. D'autres propositions visant à ce que l'extinction soit traitée à l'article 25, par exemple au moyen de la limitation de la période d'application provisoire, n'ont pas été retenues. Il convient en outre de ne pas oublier que la Commission souhaitait parler « d'entrée en vigueur » provisoire d'un traité, mais que la Conférence de Vienne a opté pour « application » provisoire, ce qui renforce la thèse du caractère exceptionnel de l'accord visé à l'article 25. En définitive, il semble que nul n'ait estimé, pendant la Conférence de Vienne, que les autres dispositions de la Convention de Vienne relatives à l'extinction régissaient aussi la fin de l'accord sur l'application provisoire. Concrètement, l'État qui entend mettre fin à un tel accord n'est pas tenu de recourir aux règles complexes de la section 3 de la cinquième partie de la Convention de Vienne, mais notifie simplement à l'autre État sa volonté de ne pas devenir partie au traité. Une question plus délicate est celle de savoir si un État peut suspendre un accord sur l'application provisoire ou, si cet accord est multilatéral, le suspendre provisoirement à l'égard d'un ou de plusieurs États qui y sont parties. Pour M. Murphy, on peut avancer que l'article 25 énonce les moyens exclusifs par lesquels un État peut, de sa propre initiative, mettre fin à son obligation d'appliquer provisoirement le traité.

L'examen des questions relatives à la nullité, qui débute au paragraphe 40 du rapport, est intéressant. L'accent mis sur la pertinence du droit interne et l'analyse de l'affaire *Yukos Universal Limited (île de Man) c. La Fédération de Russie* et de la décision de justice néerlandaise correspondante sont bienvenus. M. Kolodkin a fait des observations aussi pertinentes qu'argumentées à cet égard, mais M. Murphy convient avec le Rapporteur spécial et avec d'autres membres qu'il vaut mieux se garder de tirer toute conclusion sur cette affaire tant qu'elle est en cours.

Pour décrire la relation entre le droit interne et l'accord sur l'application provisoire d'un traité, il est essentiel de distinguer trois cas de figure. Dans le premier, l'accord renvoie expressément au droit interne, qui est alors pertinent pour apprécier la portée dudit accord. C'est la question soulevée dans l'affaire *Yukos* par l'article 45 du Traité sur la Charte de l'énergie, cité au paragraphe 51 du rapport. Cette hypothèse n'intéresse en rien la question de savoir si un État peut invoquer son droit interne pour échapper à ses obligations internationales, mais concerne la nature de l'obligation internationale en cause. Dans le deuxième cas de figure, l'accord sur l'application provisoire ne renvoie pas au droit interne et un État cherche à invoquer la nullité de son consentement à cet accord en s'appuyant sur une disposition de son droit interne relative à la compétence pour conclure des accords internationaux – telle est l'hypothèse visée à l'article 46 de la Convention de Vienne. Bien entendu, la possibilité qu'a un État de mettre fin à l'accord sur l'application

provisoire d'un traité par voie de simple notification aux autres parties fait qu'il n'a généralement pas à invoquer le droit interne à cette fin. La question de l'invoquer le droit interne peut néanmoins se poser si l'État prétend que l'accord était nul *ab initio*, auquel cas aucune violation ouvrant droit à une réparation n'a pu être commise. Dans le troisième cas de figure, l'accord sur l'application provisoire ne renvoie pas au droit interne, mais un État cherche à l'invoquer pour justifier un manquement à ses obligations internationales. C'est une hypothèse de ce type qui est envisagée à l'article 27 de la Convention de Vienne conformément auquel une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Encore une fois, la question peut être pertinente si l'État vise à établir qu'aucune violation de l'obligation d'appliquer provisoirement le traité ouvrant droit à une réparation n'a été commise.

Venant au projet de directive 10 (Droit interne et respect de l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité), M. Murphy fait observer que cette disposition ne vise apparemment que le troisième cas de figure, puisque son libellé est calqué sur celui de l'article 27 de la Convention de Vienne, alors qu'elle devrait couvrir les trois hypothèses mentionnées. Pour ce qui est de la première, dès lors que les dispositions conventionnelles renvoyant au droit interne sont nombreuses, l'on pourrait indiquer dans le projet de directive 10 que le droit interne est pertinent. Ne pas en dire plus évite de prendre position sur les conditions dans lesquelles le droit interne est applicable, son application étant fonction de la formulation de l'accord sur l'application provisoire concerné. La troisième hypothèse est couverte par la première phrase du projet de directive 10, qui n'est pas contestable. Même si la pratique propre à l'étayer est probablement peu abondante, il semble logique qu'un État ne puisse pas invoquer son droit interne pour justifier un manquement à l'une quelconque de ses obligations internationales.

La troisième partie du rapport, consacrée à la pratique accumulée par les organisations internationales en matière d'application provisoire des traités, est intéressante. Cette partie, de même que l'additif au rapport, repose sur des travaux de recherche approfondis et illustre la ferme volonté du Rapporteur spécial de recueillir le plus d'éléments possibles sur le sujet. Il reste que, même si elles sont intéressantes et utiles, on ne voit pas clairement où les informations rassemblées mènent ni en quoi exactement elles contribuent aux travaux futurs de la Commission sur le sujet.

Au dernier paragraphe de son rapport, le Rapporteur spécial fait savoir qu'il entend proposer des clauses types dans un futur rapport. De telles clauses pourraient être utiles aux États, mais leur véritable valeur ajoutée dépendra de l'examen par la Commission de la signification de chacune d'elles, car cela aiderait les États à opter pour telle ou telle clause dans un cas donné. Or, il peut se révéler délicat d'expliquer le sens des différentes clauses car, ce faisant, l'on court le risque de s'écarter du sens qui leur est déjà reconnu par certains traités en vigueur. M. Murphy estime donc que la démarche tendant à proposer une clause type fondée sur l'article 45 de la Charte de l'énergie, et à en préciser le sens, risque de se révéler relativement problématique, et que les mêmes difficultés risquent d'apparaître avec d'autres clauses. Une autre approche, a priori moins utile, consisterait à se contenter de dresser une liste des clauses communément utilisées, sans examiner leur signification.

M. McRae remercie le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport dont la richesse a déjà été soulignée par d'autres membres de la Commission et qui soulève un certain nombre de questions que celle-ci devra examiner. Comme MM. Nolte et Murphy, il s'étonne toutefois du caractère parcellaire de ce rapport, dans lequel le Rapporteur spécial paraît répondre à des questions posées lors des débats à la Sixième Commission plus que suivre un plan cohérent.

La question des rapports entre les dispositions sur l'application à titre provisoire et les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités est essentielle. Si, dans l'ensemble, M. McRae n'est pas en désaccord avec nombre des conclusions du Rapporteur spécial, il ne voit toutefois pas très clairement pourquoi celui-ci y est parvenu, ni à partir de quels présupposés. En ce qui concerne les réserves, par exemple, le Rapporteur spécial conclut qu'un État appliquant un traité à titre provisoire peut faire des réserves, et qu'un autre État pourra opposer une objection à ces réserves. Tel est le cas, en effet, et d'autres membres de la Commission ont dit souscrire à cette idée. Mais pourquoi en est-il ainsi ? Le Rapporteur spécial dit que, selon lui, rien n'empêche un État de faire des réserves à partir du moment où il convient de l'application provisoire d'un traité. Or, qu'est-ce qui justifie cette affirmation ? Il semble qu'il aurait fallu préciser au préalable que l'application d'un traité à titre provisoire constitue bien, malgré son caractère provisoire, une application dudit traité. Autrement dit, les parties qui appliquent ce traité peuvent se prévaloir de tous les droits et avantages qui en découlent et, si ledit traité autorise la formulation de réserves, tout État l'appliquant à titre provisoire peut se prévaloir du même droit de faire des réserves que toute autre partie au traité. La situation serait bien entendu différente si l'application à titre provisoire du traité n'était que partielle et que les dispositions relatives aux réserves ne figuraient pas dans la partie concernée du traité.

Ces considérations appellent une observation importante, à savoir qu'un État appliquant un traité à titre provisoire est dans une situation identique à celle dans laquelle se trouverait une partie à ce traité si ledit traité était en vigueur. Par conséquent, la question des relations entre les règles relatives à l'application provisoire des traités et les autres dispositions de la Convention de Vienne n'en est, à certains égards, pas véritablement une. Dans la mesure où les dispositions de la Convention de Vienne s'appliquent à un traité en vigueur, elles sont automatiquement applicables à un traité appliqué à titre provisoire, de la même manière que si ce traité était en vigueur – à ceci près qu'il ne l'est pas, du moins pour les États qui l'appliquent à titre provisoire. Les États qui conviennent d'appliquer un traité à titre provisoire ne peuvent pas être soumis à des règles particulières différant de celles applicables aux parties, sauf à considérer que l'article 25 créerait un régime particulier – mais sur quelle base ? Il est donc permis de douter de la pertinence de la conclusion avancée par le Rapporteur spécial au paragraphe 33 du rapport, où il est dit qu'un État peut formuler des réserves à l'égard d'un traité qui doit faire l'objet d'une application provisoire si celui-ci l'autorise expressément, ce qui pourrait être le cas s'il y a des raisons de penser que l'entrée en vigueur dudit traité pourrait être reportée indéfiniment. Puisqu'un État appliquant un traité à titre provisoire dispose des mêmes droits qu'un État qui y devient partie et que le traité est appliqué comme s'il était en vigueur, les règles ordinaires relatives aux réserves s'appliquent et le fait que la durée de l'application provisoire puisse être indéfinie est sans importance. Les mêmes considérations valent en principe pour les autres dispositions de la Convention de Vienne, qui s'appliquent à un traité appliqué à titre provisoire de la même manière qu'à un traité en vigueur. Il convient toutefois de nuancer cette affirmation, car l'étendue des droits d'un État appliquant un traité à titre provisoire, contrairement à celle d'une partie à un traité, dépend des termes dans lesquels l'application provisoire est autorisée par ledit traité, ou des termes de l'accord séparé par lequel les États conviennent de l'application provisoire. Ainsi, le point de savoir si un État appliquant un accord à titre provisoire peut y faire des réserves dépendra en premier lieu des termes dans lesquels l'application provisoire est autorisée et en second lieu du libellé des dispositions relatives aux réserves du traité faisant l'objet de l'application provisoire.

En ce qui concerne la prise en considération du droit interne en matière d'application des traités à titre provisoire, les développements du Rapporteur spécial, s'ils ne sont pas dénués d'intérêt, ont tendance à obscurcir la question plutôt qu'à la clarifier. À première vue, les dispositions de la Convention de Vienne relatives aux dispositions du droit interne

concernant la compétence pour conclure des traités ou la mesure dans laquelle un État peut invoquer son droit interne pour justifier la non-exécution de ses obligations, valent pour l'application provisoire. En conséquence, elles s'appliquent si le traité, ou l'accord autorisant l'application provisoire, est silencieux sur ce point. Si le traité ou l'accord prévoyant l'application provisoire prévoit des règles particulières concernant la prise en considération du droit interne relativement à un aspect quelconque de l'application provisoire, ce sont ces dispositions qui doivent s'appliquer. Telle est justement la situation dans l'affaire *Yukos* à laquelle le Rapporteur spécial consacre des développements qui ont retenu l'attention de certains membres de la Commission. Le Traité sur la Charte de l'énergie comporte en effet des dispositions propres prévoyant son application à titre provisoire, dont l'article 45 qui précise que les signataires peuvent appliquer ce traité à titre provisoire dans la mesure où cette application provisoire n'est pas incompatible avec leur Constitution ou leurs lois et règlements. En d'autres termes, en vertu du Traité sur la Charte de l'énergie, le droit interne a un rôle à jouer dans le cadre de l'application provisoire. Il semble donc que l'affaire *Yukos* ne dise rien des règles relatives à l'application à titre provisoire, car elle porte sur l'interprétation des modalités de l'application provisoire telles qu'elle est prévue dans le Traité sur la Charte de l'énergie. Si les divergences d'opinions sur la relation entre les paragraphes 1 et 2 de l'article 45 de cet instrument ne manquent pas d'intérêt du point de vue de l'interprétation des traités, la présentation qu'en fait le Rapporteur spécial n'apporte aucun éclairage sur le droit de l'application à titre provisoire de façon plus générale car on ne voit pas, à la lecture des développements figurant dans le rapport, pourquoi il estime que l'affaire *Yukos* reflète un possible conflit sous-jacent découlant de l'incompatibilité entre la Constitution d'un État et l'application provisoire du Traité sur la Charte de l'énergie. Ce traité prévoyant de prendre en considération la Constitution des États concernés, le seul conflit existant porte sur l'interprétation des paragraphes 1 et 2 de l'article 45.

Toutefois, on peut relever que, parmi d'autres éléments cités, comme la Convention de Vienne de 1978 et la pratique de l'Union européenne, les développements du Rapporteur spécial sur l'affaire *Yukos* mettent en lumière l'existence d'une pratique abondante en matière d'application provisoire. En d'autres termes, le Comité de rédaction a élaboré des directives sur le sens et l'application du droit et de la pratique concernant l'application des traités à titre provisoire sur la base de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969, sans avoir pleinement appréhendé la pratique des États, notamment les modalités selon lesquelles ceux-ci prévoient l'application provisoire. La Commission a donc travaillé à partir d'une image tronquée de la situation. Le quatrième rapport du Rapporteur spécial offre la possibilité d'examiner cette pratique et d'en tirer des conclusions. Il serait toutefois utile d'analyser plus systématiquement les dispositions des traités ou accords prévoyant une application provisoire, en se demandant dans quels cas ces dispositions autorisent l'application provisoire, si elle se contentent de reprendre l'article 25 de la Convention de Vienne ou au contraire s'en écartent, si elles prévoient une application provisoire partielle, et dans ce cas indiquent quelle partie du traité est concernée ou réservent cette décision aux États, s'il existe des types de dispositions particulières visées par l'application provisoire, ou encore dans quelle mesure des limitations sont imposées à l'exercice des droits prévus par un État qui applique le traité à titre provisoire. La comparaison de dispositions d'accords prévoyant une application à titre provisoire qui subordonnent cette application aux dispositions du droit interne, constitutionnelles ou autres, serait également utile, car elle permettrait de donner sa juste place à l'affaire *Yukos*. Selon que l'article 45 du Traité sur la Charte de l'énergie est seul de son espèce ou que l'on en retrouve la teneur dans d'autres traités, la Commission verra où se situe l'affaire *Yukos* par rapport à la pratique des États dans ce domaine – ce qui n'a toutefois aucun rapport avec la question de savoir ce que le tribunal a dit ou dira dans cette affaire. Il se peut que, en dernière analyse, l'examen de la pratique infirme l'idée selon laquelle un État qui applique un traité à titre provisoire se trouve dans la même situation qu'une partie au traité.

Un autre point des développements consacrés aux réserves appelle des éclaircissements. Le Rapporteur spécial souligne qu'il ne semble pas y avoir de pratique des États concernant l'application à titre provisoire des traités assortie de réserves, pour la simple raison que les États excluraient dans ce cas de l'application provisoire les dispositions auxquelles ils seraient susceptibles de faire des réserves. Il s'agit là d'une idée intéressante qui tendrait à montrer qu'un État appliquant un traité à titre provisoire n'est pas complètement assimilable à un État partie, car celui-ci ne peut choisir parmi les dispositions du traité celles qu'il souhaite appliquer, sauf par la voie de réserves. L'État qui applique un traité à titre provisoire peut, en principe, à la fois choisir les dispositions qu'il applique et faire des réserves – pour autant que l'accord par lequel les États concernés conviennent de l'application provisoire ne leur impose pas de limitations en la matière. On peut, quoiqu'il en soit, en conclure que la Commission ne dispose pas encore d'une théorie qui rende adéquatement compte de l'application provisoire et de sa relation avec l'application pleine et entière d'un traité.

Passant au chapitre III du rapport, M. McRae estime que, s'il comporte de nombreux éléments intéressants, la pratique qui y est décrite couvre des questions très diverses dont le Rapporteur spécial ne semble pas tirer d'enseignements clairs. La pratique du Secrétariat de l'ONU en tant que dépositaire et dans les fonctions d'enregistrement qui lui sont conférées par l'Article 102 de la Charte, n'est pas dépourvue d'intérêt dans la mesure où elle touche à l'application à titre provisoire, mais les statistiques ne suffisent pas et il conviendrait d'analyser la nature des formalités conventionnelles enregistrées, ainsi que de comparer les activités du Secrétaire général en tant que dépositaire avec celles d'autres dépositaires. Quant à l'élaboration de clauses types, l'expérience a montré qu'il s'agit d'une tâche délicate que le Rapporteur spécial semble sous-estimer. Enfin, en ce qui concerne le projet de directive 10, M. McRae partage le point de vue de M. Murphy et d'autres membres de la Commission qui ont souligné que bien peu d'éléments dans le rapport étayaient ce projet de texte. De fait, celui-ci arrive presque inopinément à la fin du rapport, tant on voit mal vers quoi tend concrètement ce qui le précède. Dans la mesure où il reprend, bien qu'en termes différents, l'article 27 de la Convention de Vienne, sa teneur n'est pas contestable. Il n'en va pas de même de son opportunité. Si, en effet, il figurait dans le projet de directives, contrairement à d'autres dispositions de la Convention, ne risquerait-on pas de porter à croire que ces dispositions ne s'appliquent pas dans le cadre de l'application à titre provisoire ? Il serait sans doute préférable de faire figurer dans le projet de directives une directive générale indiquant qu'à moins que cela ne soit exclu par l'accord par lequel les États conviennent de l'application provisoire, les dispositions de la Convention de Vienne s'appliquent, dans la mesure où elles sont pertinentes, à l'application des traités à titre provisoire.

En conclusion, s'il n'est pas opposé au renvoi du projet de directive au Comité de rédaction, M. McRae estime que le Rapporteur spécial devrait donner à la Commission des orientations plus précises sur la question des relations entre l'application provisoire et les autres dispositions de la Convention de Vienne.

M. Kamto remercie le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport qui est, comme les précédents, concis et de lecture aisée, et traite de quelques-unes des questions les plus importantes du sujet à l'examen. Ayant lui-même souligné, dès le début des travaux, qu'il fallait examiner la question de l'application à titre provisoire dans ses rapports avec le droit interne, en particulier à la lumière de l'article 46 de la Convention de Vienne, il constate avec plaisir qu'elle tient une place de choix dans ce rapport et que le Rapporteur spécial a fini par se laisser convaincre par les États à la Sixième Commission du bien-fondé de cette problématique, à laquelle se rallient désormais la plupart des membres de la CDI.

À titre d'observation d'ordre général, M. Kamto dit que, selon lui, le Rapporteur spécial et la Commission devraient en premier lieu trancher la question de savoir si l'application à titre provisoire d'un traité ou de certaines de ses dispositions obéit à un régime juridique différent de celui régissant un traité entré en vigueur. À défaut, il faudra poursuivre l'exercice auquel le Rapporteur spécial s'est livré tant dans son quatrième rapport que dans les précédents, à savoir l'examen de la relation entre l'application provisoire et toutes les autres dispositions de la Convention de Vienne. Cet exercice est cependant contestable, car il est implicitement fondé sur l'idée inexacte que l'application à titre provisoire modifierait la nature du traité. Or, un traité reste un traité, que son application débute après son entrée en vigueur ou que les États en conviennent à titre provisoire. Le seul aspect de l'application à titre provisoire que la Convention de Vienne a clairement soustrait au régime général des traités est sa cessation, régie par le paragraphe 2 de l'article 25. Pour le reste, un traité appliqué à titre provisoire est soumis au même régime juridique qu'un traité entré en vigueur ; il s'impose aux États qui y ont consenti et produit les mêmes effets juridiques. Ni la nature, ni la force, ni les effets juridiques des obligations des parties ne sont modifiés par leur application provisoire. C'est pourquoi il n'y a rien de surprenant à ce que les représentants des États à la Sixième Commission aient convenu que l'application provisoire d'un traité avait des effets juridiques, comme il est rappelé au paragraphe 5 du rapport – ce qui n'empêche pas que les États qui appliquent un traité à titre provisoire puissent dans ce cadre déterminer à leur convenance la portée de leurs obligations, par rapport au traité tel qu'il doit entrer en vigueur.

Ces considérations valent également pour l'article 46 sur les dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités, dont M. Kamto estime qu'il est au cœur du sujet à l'examen et à propos duquel il ne partage pas l'analyse du Rapporteur spécial. En premier lieu, l'observation visant l'application provisoire qui figure au paragraphe 44 du rapport, selon lequel l'article 46 « revient à obliger les États à se demander, avant de convenir de l'application à titre provisoire d'un traité, s'ils ne violeraient pas, ce faisant, 'une règle de [leur] droit interne d'importance fondamentale', sous peine d'entraîner la nullité du traité », pourrait tout aussi bien s'appliquer à un traité entré en vigueur. En outre, du point de vue du droit des traités dont la Convention de Vienne de 1969 établit le régime général, absolument rien ne justifie la non-application de l'article 46 à un traité faisant l'objet d'une application à titre provisoire.

Les paragraphes 45 et 46 du rapport, voire son paragraphe 47, sont entachés d'erreurs de raisonnement. Tout d'abord, il est dit au paragraphe 45 qu'il ne serait « ni juste ni raisonnable » de soumettre les États qui consentent à l'application à titre provisoire à une prétendue obligation de connaître leur droit interne respectif, car l'article 46 se contenterait de viser la violation d'une disposition du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités. Or, qu'il s'agisse d'un traité entré en vigueur ou d'un traité faisant l'objet d'une application à titre provisoire, le problème est le même : dans la plupart des États, c'est le chef de l'exécutif qui négocie les traités et le Parlement qui les ratifie lorsqu'ils portent sur des matières relevant de sa compétence. Si un traité ou certaines dispositions d'un traité appelés à faire l'objet d'une application provisoire sont, en vertu de la Constitution, soumis à la ratification parlementaire, le problème posé dépasse la stricte application et touche bien à la compétence pour conclure des traités. Dès lors, l'application de l'article 46 est tout à fait fondée. Ensuite, il est dit dans ce même paragraphe que l'article 27 de la Convention de Vienne n'établit pas de « distinction entre les dispositions du droit interne et dispose qu'une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». Là encore, il s'agit d'une disposition générale applicable aussi bien à un traité entré en vigueur qu'à un traité appliqué à titre provisoire. Toutefois, le Rapporteur spécial persiste à faire de cette disposition une lecture partielle en ignorant sa seconde phrase qui précise que cette règle est sans préjudice de l'article 46, ce qui renvoie nécessairement à cet article – or, il conclut son

analyse au paragraphe 45 en disant que « rien dans l'article 25 de la Convention ne permet d'obliger les États qui envisagent de recourir à l'application provisoire à vérifier au préalable s'il existe une incompatibilité avec le droit interne de n'importe quelle partie impliquée, au titre de l'article 46 ». Dans l'*Affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour internationale de Justice a eu à examiner les conditions d'application de l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. À propos de l'argumentation du Nigéria tirée de la méconnaissance des règles constitutionnelles de ce pays relatives à la conclusion des traités, la Cour, après avoir rappelé la teneur de l'article 46, a précisé que « [l]es règles relatives au pouvoir de signer des traités au nom d'un État sont des règles constitutionnelles d'une importance fondamentale. Cependant, si la capacité d'un chef d'État à cet égard est restreinte, cette restriction n'est manifeste au sens du paragraphe 2 de l'article 46 que si, à tout le moins, elle a été rendue publique de manière appropriée. Cela est d'autant plus nécessaire que les chefs d'État font partie des personnes qui, aux termes du paragraphe 2 de l'article 7, sont considérées comme représentant leur État '[e]n vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs' ». On voit bien que les dispositions des articles 27 et 46 forment un tout et que les « dispositions du droit interne d'importance fondamentale » font partie du régime du traité, car non seulement elles figurent dans la Convention de Vienne, de sorte que l'on ne peut les méconnaître, mais, s'il n'était pas tenu compte de leur respect pour apprécier la validité d'un traité, la Cour n'aurait pas examiné comme elle l'a fait dans l'affaire précitée les arguments tirés de l'article 46.

En second lieu, M. Kamto s'interroge sur le fondement de l'affirmation figurant au paragraphe 47 du rapport, où il est dit que, lors des débats tant au sein de la Commission qu'à l'Assemblée générale, « il est clairement apparu qu'il ne fallait en aucun cas inclure dans les projets de directive des références au droit interne, afin de ne pas donner l'impression, à tort, que le régime de l'application provisoire est subordonné au droit interne des États ». S'il est vrai que plusieurs membres de la CDI sont allés dans ce sens, le Rapporteur spécial ne précise pas quels sont les États qui, au sein de la Sixième Commission, ont soutenu cette position. En outre, il semble défendre une conception erronée de la référence au droit interne en matière d'application à titre provisoire des traités. En effet, il rappelle tout d'abord au paragraphe 46 du rapport qu'il avait conclu son analyse de l'article 27, non de l'article 46, dans le rapport précédent en disant qu'« une fois que le traité est appliqué à titre provisoire, les dispositions du droit interne ne peuvent être invoquées pour justifier la non-exécution des obligations qui en résultent ». Or, il est évident que si un État a déjà fait application d'un traité à titre provisoire, il serait malvenu d'invoquer ensuite son droit interne pour justifier la non-exécution de ses obligations. Pour le reste, l'article 27 se lit en lien avec l'article 46. Ensuite, il ressort des conclusions tirées de l'examen des affaires *Yukos et Ioannis Kardassopoulos c. République de Géorgie* que le Rapporteur spécial semble faire un amalgame entre la manière dont est utilisée la référence au droit interne dans le cadre de l'article 46 et les limitations de la portée de l'application à titre provisoire sur le fondement du droit interne dont les parties sont libres de convenir. Comme M. Murase l'a dit lors de l'examen du premier rapport sur le sujet, et de nouveau à la session en cours, il s'agit d'affaires assez particulières dans lesquelles la référence au droit interne est fondée sur l'article 45 du Traité sur la Charte de l'énergie et non sur l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Et, alors que le second vise une règle de droit interne d'importance fondamentale, le premier prévoit que les parties conviennent d'appliquer le Traité sur la Charte de l'énergie à titre provisoire « dans la mesure où cette application provisoire n'est pas incompatible avec leur Constitution ou leurs lois et règlements » et renvoie donc pratiquement à toutes les règles de droit interne. Il n'y a donc pas lieu d'en tirer une règle générale car les États sont libres de déterminer l'étendue de leurs obligations et peuvent faire figurer dans un traité toutes les dispositions qu'ils veulent dans la limite du droit international, en particulier sous réserve qu'elles ne soient pas contraires au *jus cogens*. Il semble que le Rapporteur spécial défende

cette conception du droit interne pour pouvoir écarter l'idée de l'applicabilité de l'article 46 à l'application à titre provisoire d'un traité. Or, M. Kamto estime que l'article 46 s'applique dans ce cas, comme dans le cas d'un traité entré en vigueur, et ne saurait être écarté par une simple clause sans préjudice comme il est proposé dans le projet de directive 10. Il conviendrait donc de remanier celui-ci en le scindant en deux paragraphes, l'un reprenant la première phrase de l'article 27 et l'autre, adapté de l'article 46 et dans lequel on retrouverait le régime général du droit des traités appliqué à l'hypothèse particulière de l'application à titre provisoire. Sous réserve des remarques qui précèdent, M. Kamto est favorable au renvoi du projet de directive 10 au Comité de rédaction.

Dans la mesure où les développements consacrés aux articles 60 et 73 ainsi qu'à la pratique des organisations internationales ne donnent pas lieu à des projets de directive, M. Kamto ne juge pas utile de faire à leur sujet des observations, qu'il réserve aux travaux futurs sur le sujet à l'examen.

M. Petrič félicite le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport et la présentation orale qu'il en a fait. L'analyse des vues exprimées par les États qui figure dans le rapport montre que le sujet à l'examen suscite un vif intérêt, ce qui n'est pas étonnant compte tenu de la grande importance que revêt l'application provisoire des traités dans la pratique étatique. L'application provisoire des traités étant une réalité courante de la pratique internationale contemporaine, il importe que le résultat final des travaux de la Commission sur ce sujet soit solidement étayé par la pratique des États et ne repose pas essentiellement sur des hypothèses. Il est cependant vrai, comme l'a relevé le Rapporteur spécial, qu'à de nombreux égards la pratique en matière d'application provisoire des traités est soit peu développée, par exemple pour ce qui est de la formulation de réserves dans le cadre de l'application provisoire des traités, soit controversée, comme en ce qui concerne la nullité des traités, notamment dans le contexte de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Si la pratique des États se développe de plus en plus, elle reste très disparate, comme en témoignent les régimes constitutionnels, dont certains admettent l'application provisoire, en termes généraux, expressément ou implicitement, quand d'autres l'autorisent sous certaines conditions ou l'interdisent purement et simplement. Il est donc difficile, même si l'application provisoire des traités est une pratique fréquente, d'élaborer des directives claires en la matière.

Pour M. Petrič, le caractère limité et hétérogène de la pratique des États est ce qui a amené le Rapporteur spécial à analyser le rapport entre l'application provisoire des traités, telle qu'elle est prévue par l'article 25 de la Convention de Vienne, et d'autres dispositions de cette convention, notamment celles qui portent sur les réserves, la nullité des traités, en particulier l'effet des dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités, l'extinction d'un traité ou la suspension de son application comme conséquence de sa violation, et la succession d'États. Si son analyse, qui s'appuie également sur les vues et demandes exprimées par les États à la Sixième Commission et sur les débats tenus sur le sujet à la CDI, est bien argumentée, elle n'est pas vraiment concluante, du moins à ce stade des travaux, car elle n'a pas permis de dégager des éléments suffisants pour élaborer des projets de directive, et M. Petrič doute qu'elle le permette un jour. Il estime néanmoins que, même si elles reposent parfois davantage sur la logique juridique que sur la pratique des États, les conclusions tirées de cette analyse sont utiles car elles éclairent la problématique actuelle de l'application provisoire des traités.

En ce qui concerne l'application provisoire des traités multilatéraux, divers scénarios sont possibles et mériteraient un examen plus approfondi. Un État peut appliquer un traité multilatéral à titre provisoire lorsque le traité est déjà entré en vigueur pour d'autres États ou lorsqu'il n'est pas encore entré en vigueur, par exemple parce que le nombre minimum de ratifications requis n'est pas encore atteint, auquel cas l'État en question peut avoir ou non déjà ratifié le traité. Les conséquences des situations envisagées

dans le rapport sont différentes et il serait bon de les étudier plus en détail. Il serait aussi utile de distinguer plus clairement entre l'application provisoire des traités bilatéraux, l'application provisoire des traités multilatéraux, et l'application provisoire des traités par des organisations internationales.

M. Petrič dit qu'il approuve la manière dont le Rapporteur spécial analyse la question de la formulation de réserves dans le cadre de l'application provisoire d'un traité. Dès lors que celle-ci repose sur un accord, la formulation de réserves doit en principe être possible, à moins qu'elle ne soit expressément interdite par le traité en question, comme cela est expliqué au paragraphe 23 du rapport. Au paragraphe 32 de son rapport, le Rapporteur spécial indique à raison que l'application provisoire constitue de fait un traité dans toute l'acceptation du terme puisqu'elle est le fruit d'un accord, et il conclut en conséquence que rien ne devrait empêcher qu'un État puisse effectivement formuler des réserves au moment de convenir de l'application provisoire d'un traité. Toutefois, la question des réserves étant dans les faits particulièrement épineuse, il serait souhaitable d'élaborer des directives afin de guider la pratique des États dans ce domaine.

Pour ce qui est du rapport entre l'application provisoire et le régime de la nullité des traités, le Rapporteur spécial centre son analyse sur l'article 46 de la Convention de Vienne relatif à l'incidence des dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités. Autrement dit, il s'intéresse aux éventuels conflits entre le droit interne d'un État et les modalités de l'application provisoire d'un traité par cet État. M. Petrič estime qu'il s'agit de l'aspect le plus controversé du sujet, comme l'illustre l'analyse de la jurisprudence relative à l'affaire *Yukos* figurant dans le rapport, que plusieurs membres de la Commission ont déjà abondamment commentée et sur laquelle il ne s'étendra donc pas. Il convient que, dans la mesure où aucune décision définitive n'a encore été rendue dans cette affaire, et bien que celle-ci soit de nature à créer un précédent, la Commission ne devrait pas tirer de conclusions de la jurisprudence s'y rapportant et encore moins se prononcer sur le fond de l'affaire.

D'une manière générale, il y a lieu de souligner que les procédures prévues dans le droit interne, dont le respect est une condition préalable indispensable à l'entrée en vigueur d'un traité pour un État, touchent en réalité à des questions de fond et sont un élément fondamental de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté des États ainsi qu'une garantie de la légalité et de la soumission au droit des relations conventionnelles établies par les États. Par conséquent, les garanties et limitations procédurales prévues par le droit interne en matière de conclusion de traités devraient être respectées *mutatis mutandis* lorsqu'un État convient d'appliquer un traité à titre provisoire, car un tel accord constitue aussi une relation conventionnelle, et il serait difficilement acceptable pour les États que les exigences quant au respect des dispositions du droit interne soient moins strictes dans le cas de l'application provisoire que dans celui de la mise en œuvre de la procédure ordinaire de conclusion d'un traité. En conséquence, M. Petrič ne peut souscrire au projet de directive 10 dans sa forme actuelle, mais il appuie son renvoi au Comité de rédaction afin que celui-ci le remanie compte tenu des observations formulées. En particulier, on ne devrait pas réduire l'article 46 de la Convention de Vienne à une simple clause sans préjudice, et il partage à cet égard les vues de M. Murase et des autres membres de la Commission qui ont estimé que le projet de directive 10 devrait être plus solidement étayé, et notamment que l'analyse comparative des dispositions constitutionnelles devrait être approfondie compte tenu de l'importance cruciale et du caractère très controversé que revêt aux fins du sujet la question des limitations à l'application provisoire prévues par le droit interne.

Ce travail de recherche permettrait également de dégager des clauses types, tâche difficilement réalisable en l'absence de vision claire du rôle joué par le droit interne en matière d'application provisoire. M. Petrič admet en outre que, puisque les États doivent convenir de l'application à titre provisoire, ils peuvent aussi fixer des limitations à celle-ci

en se fondant sur leur droit interne. Comme l'a indiqué M. Kolodkin, ils peuvent écarter les règles de procédure régissant l'entrée en vigueur des traités en convenant d'appliquer un traité à titre provisoire sans pour autant renoncer à leur droit de consentir à l'application provisoire et d'en fixer les modalités et les limitations. À cet égard, le cas du Brésil exposé par M. Saboia est un exemple éloquent de pratique étatique. L'analyse proposée par MM. Murphy et McRae mériterait également d'être approfondie en vue de la poursuite des travaux.

M. Petrič juge intéressante l'analyse que fait le Rapporteur spécial des difficultés liées à l'application provisoire dans le contexte de la succession d'États en se fondant essentiellement sur les articles 27 et 28 de la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités. Ces articles établissent une distinction très précise entre les traités multilatéraux et les traités bilatéraux et, s'agissant des traités multilatéraux, entre les traités multilatéraux « à participation ouverte » et les traités multilatéraux « à participation restreinte », visés au paragraphe 3 de l'article 17 de la Convention de 1978, dans le cas desquels le consentement de toutes les parties au traité est requis pour qu'un autre État puisse appliquer le traité à titre provisoire. Il serait bon de procéder à des travaux supplémentaires de recherche et d'analyse de la pratique en vue d'élaborer des directives concernant l'application provisoire en cas de succession. À cette fin, l'étude de la pratique des États décolonisés et des États devenus indépendants après 1990 pourrait être très utile.

Enfin, relevant qu'au paragraphe 174 de la partie de son rapport consacrée à la pratique de l'ONU et d'autres organisations internationales en matière d'application provisoire des traités, le Rapporteur spécial conclut que l'application de traités à titre provisoire par les organisations internationales est un élément important de la pratique du droit des traités, M. Petrič dit que, si les informations contenues dans cette partie du rapport sont intéressantes, il est regrettable que le Rapporteur spécial n'ait pas tenté d'élaborer de projets de directive à partir de ces recherches, ni même d'en tirer des conclusions personnelles. En conclusion, M. Petrič exprime l'espoir que les travaux relatifs à ce sujet ardu déboucheront sur l'adoption de directives, parmi lesquelles figureront peut-être aussi des clauses morales.

La séance est levée à 11 h 25 pour permettre à la Commission de procéder à la cérémonie de clôture de la cinquante-deuxième session du Séminaire de droit international.