

Provisoire

Réservé aux participants

26 juin 2018

Français

Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-dixième session (première partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3404^e séance

Tenue au Siège, à New York, le mercredi 16 mai 2018, à 10 heures

Sommaire

Application provisoire des traités (*suite*)

Organisation des travaux de la session

Le présent compte rendu est sujet à rectifications.

Celles-ci doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum, portées sur un exemplaire du compte rendu et adressées dès que possible au Chef du Groupe de la gestion des documents (dms@un.org).

Les comptes rendus rectifiés seront publiés sur le Système de diffusion électronique des documents (<http://documents.un.org/>).

18-07940 (F)



Merci de recycler



Présents :

Président : M. Valencia-Ospina

Membres : M. Argüello Gómez
M. Cissé
M^{me} Escobar Hernández
M^{me} Galvão Teles
M. Gómez-Robledo
M. Grossman Guiloff
M. Hassouna
M. Hmoud
M. Huang
M. Jalloh
M^{me} Lehto
M. Murase
M. Murphy
M. Nguyen
M. Nolte
M^{me} Oral
M. Ouazzani Chahdi
M. Park
M. Peter
M. Petrič
M. Rajput
M. Reinisch
M. Ruda Santolaria
M. Saboia
M. Šturma
M. Tladi
M. Vázquez-Bermúdez
M. Wako
Sir Michael Wood

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 heures.

Application provisoire des traités (point 5 de l'ordre du jour) (suite) (A/CN.4/707 et A/CN.4/718)

Le Président invite les membres de la Commission à reprendre l'examen du cinquième rapport du Rapporteur spécial sur l'application provisoire des traités (A/CN.4/718).

M. Nolte souhaite remercier le Rapporteur spécial pour son rapport riche et stimulant, qui présente un récapitulatif complet de l'étude du sujet menée au sein de la Commission jusqu'à présent, ainsi qu'un vaste ensemble d'informations et un certain nombre de propositions finales. Ce rapport constituera une base utile pour les délibérations de la Commission sur le sujet. M. Nolte prend note avec satisfaction de la troisième étude du secrétariat sur le sujet (A/CN.4/707), qui est une source précieuse de pratique pertinente en matière de traités.

En ce qui concerne les deux nouveaux projets de directive proposés par le Rapporteur spécial, M. Nolte, à l'instar de M. Murase, M^{me} Galvão Teles et M. Murphy, ne voit pas la nécessité du projet de directive 8 *bis* (Cessation ou suspension de l'application provisoire de tout ou partie d'un traité comme conséquence de sa violation). Le paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités prévoit une procédure spéciale claire et simple de fin d'application n'obligeant pas les États qui cessent d'appliquer un traité à motiver leur décision ni à suivre l'une quelconque des procédures énoncées aux articles 65 à 68 de la Convention, lesquelles, pour leur part, s'appliqueraient à la cessation de l'application d'un traité en vertu de l'article 60 de la Convention. Le paragraphe 2 de l'article 25 couvre tous les cas de figure pertinents dans la pratique jusqu'à ce jour. En conséquence, M. Nolte ne voit pas non plus de raison de renvoyer à l'article 60 dans le contexte du sujet actuel.

S'il y a quelque vérité dans la maxime *a maiore ad minus*, à laquelle M. Reinisch a fait référence, celle-ci ne saurait tenir lieu de réponse complète. Dans le droit fil des explications données par M. Nguyen et M. Murphy, M. Nolte est d'avis qu'un projet de directive 8 *bis* distinct, tel que proposé par le Rapporteur spécial, risque de créer un malentendu et une confusion inutile en ce qui concerne la relation entre la cessation en vertu du paragraphe 2 de l'article 25 et la cessation en vertu de l'article 60. Ces difficultés seront aggravées si la Commission va plus loin, comme l'a proposé M. Reinisch, et fait également référence à d'autres motifs de cessation. Un projet de directive général indiquant que le projet de directives est sans

préjudice des règles de la Convention de Vienne de 1969 devrait suffire.

En ce qui concerne la proposition de projet de directive 5 *bis* (Formulation de réserves), M. Nolte ne croit pas non plus qu'il serait utile d'adopter un projet de directive sur les réserves, surtout s'il ne s'agit que d'une clause « sans préjudice », au risque de donner lieu à des malentendus. Le Rapporteur spécial a indiqué dans sa déclaration liminaire que nombre des exemples qui lui ont été soumis ne sont pas des réserves mais des déclarations interprétatives. M. Murphy a estimé que l'absence de pratique à cet égard est, en soi, une raison suffisante de ne pas traiter la question des réserves dans un projet de directive. Selon M. Nolte, l'absence de pratique ne rend pas impossible l'énonciation du droit, car après tout, les juridictions doivent parfois faire face à cette situation et sont tenues de prendre une décision, même si c'est par analogie. M. Nolte convient néanmoins avec M. Murphy et M. Nguyen qu'il n'y a pas de réponses simples à cette question et que la Commission ne devrait donc pas traiter des réserves dans le contexte du projet en cours.

Sur la question des clauses types proposées par le Rapporteur spécial, M. Nolte souhaite garder l'esprit ouvert. Ces clauses ont pour but d'offrir aux États un éventail complet de choix en matière d'application provisoire. Or, celles proposées dans le rapport sont peu nombreuses et très abstraites, et elles ne traitent pas certaines des questions les plus importantes liées à l'application provisoire. L'une de ces questions est l'utilisation généralisée de clauses contenant des limitations convenues de la portée de l'application provisoire afin de s'assurer que l'application provisoire est compatible avec le droit interne, en tout ou en partie. Il serait très utile que les États disposent de clauses types à cette fin. Le secrétariat a noté dans son étude que les clauses d'application provisoire sont souvent formulées en termes assez généraux. Il serait donc utile que la Commission puisse fournir aux États des clauses tirées de la pratique qui ne restreignent pas trop la portée de l'application provisoire tout en veillant à ce que lesdits États n'aient pas besoin de modifier leur droit interne, en particulier leur législation parlementaire, pour permettre la ratification et l'entrée en vigueur des traités. En ce sens, M. Nolte convient avec M. Murphy que la Commission devrait choisir dans la pratique des États certaines clauses qu'elle juge particulièrement utiles parmi celles que le secrétariat a compilées dans son excellente étude.

En ce qui concerne la désignation des résultats des travaux de la Commission sur le sujet, les clauses types devraient certainement être conçues comme des « directives ». Cela étant, dans la mesure où les projets

de directive actuels constituent des interprétations de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 et se fondent sur la pratique des États et la jurisprudence, on pourrait tout aussi bien les appeler des « conclusions ». En revanche, contrairement aux projets de conclusion sur les sujets intitulés « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » et « Détermination du droit international coutumier », les travaux de la Commission sur le sujet actuel ne portent pas sur des questions méthodologiques et s'adressent non pas à un large éventail d'utilisateurs, mais plutôt à des spécialistes dans des ministères. En conséquence, le résultat des travaux pourrait porter le nom de « directives ». Néanmoins, ce terme de « directives » n'indique pas une plus grande force normative au sens strictement juridique.

En conclusion, M. Nolte n'est pas persuadé que les deux projets de directive proposés soient nécessaires ou utiles pour le projet, et il convient avec M. Murphy qu'ils ne devraient pas être renvoyés au Comité de rédaction. Si tel est néanmoins le cas, il devrait être entendu que celui-ci est libre de décider s'il convient de proposer des projets de directive sur la cessation et les réserves. Le projet de clause type, en revanche, devrait être renvoyé au Comité de rédaction, étant entendu que d'autres clauses types tirées de l'étude devraient aussi être prises en considération.

M. Jalloh remercie le Rapporteur spécial pour son rapport réfléchi, détaillé et utile, ainsi que pour ses précieuses contributions passées sur l'important sujet à l'examen. En tant que nouveau membre de la Commission arrivé un peu tard dans l'examen par la Commission des questions relatives au droit des traités, il est heureux d'avoir l'occasion de participer, au stade de la première lecture, à l'examen du sujet actuel qui vise à clarifier davantage le régime existant de l'application provisoire des traités en vertu de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969.

M. Jalloh souhaite remercier le secrétariat pour sa troisième étude qui, avec les deux autres sur le sujet, est d'une valeur inestimable pour faire avancer les travaux de la Commission. On ne saurait trop insister sur l'importance de tenir des débats éclairés fondés sur la pratique des États, compte tenu en particulier de l'utilité pratique des travaux de la Commission pour les États et les organisations internationales, qui ont de plus en plus recours à l'application provisoire des traités en raison de la souplesse que celle-ci leur offre dans leurs relations conventionnelles. En effet, plus de 440 traités bilatéraux et multilatéraux faisant l'objet d'une application provisoire ont été déposés ou enregistrés auprès du Secrétaire général au cours des seules deux dernières

décennies, le nombre total de traités appliqués à titre provisoire étant en fait beaucoup plus élevé.

Le rapport du Rapporteur spécial est un document clair, bien structuré et succinct dans lequel sont examinés attentivement les commentaires, observations et recommandations des représentants de plus de 44 États et organisations internationales sur le premier ensemble de projets de directive adoptés à titre provisoire et les commentaires s'y rapportant. M. Jalloh approuve l'appréciation faite par le Rapporteur spécial au paragraphe 14 du rapport, à savoir qu'il est nécessaire de préciser trois aspects qui ont suscité des préoccupations parmi les États et organisations internationales : la référence à une éventuelle déclaration d'un État ou d'une organisation internationale qui est acceptée par les autres États ou organisations internationales, dans le projet de directive 4, la question de la portée du caractère obligatoire de l'application provisoire dans le cadre du libellé du projet de directive 6 et les modalités de cessation et de suspension de l'application provisoire, en lien avec le projet de directive 8. Bien qu'elle ait adopté provisoirement tous ces projets de directive à sa soixante-neuvième session, la Commission devrait tenir compte de l'avis du Rapporteur spécial qui estime qu'il faudra faire preuve de prudence lors du réexamen de ces questions, afin d'éviter d'être trop prescriptif. La Commission doit s'efforcer de préserver l'équilibre entre la fourniture d'orientations normatives et le maintien d'une certaine souplesse, qui est très appréciée par les États dans cet aspect particulier du droit des traités.

Au paragraphe 64 de son rapport, le Rapporteur spécial indique qu'un certain nombre d'États de différentes régions géographiques ont exprimé leur intérêt pour la question de la cessation ou de la suspension de l'application provisoire, qui avait été analysée par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport ([A/CN.4/699](#) et [A/CN.4/699/Add.1](#)). Toutefois, on peut se demander si une directive supplémentaire sur une question aussi complexe, telle que le projet de directive 8 *bis*, est nécessaire, d'autant que le Rapporteur spécial admet avec franchise, au paragraphe 65 du rapport à l'examen ([A/CN.4/718](#)), qu'il n'a pu mettre en évidence l'existence d'aucune pratique concernant la cessation de l'application provisoire des traités. On peut donc se demander s'il s'agit bien d'un véritable problème pour les États. Compte tenu de la suggestion de M. Murphy, selon qui il est possible d'avoir une lecture différente de la nature de l'intérêt exprimé par la dizaine d'États qui ont formulé des observations sur la question, et étant donné que certains États invitent effectivement la Commission

à approfondir cette question et peut-être même à élaborer un nouveau projet de directive pour couvrir de tels cas de figure, M. Jalloh n'est pas opposé à ce que l'on aide les États et les organisations internationales – qui sont en quelque sorte les clients de la Commission – s'ils l'estiment utile.

M. Jalloh souscrit aux observations de M. Murase et apprécie les commentaires réfléchis de MM. Park, Reinisch et Nguyen sur cette question. Comme l'a rappelé M. Murase, la Commission a provisoirement adopté à sa soixante-neuvième session la directive 8 (Extinction au moment de la notification de l'intention de ne pas devenir partie), qui s'inspire du paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969. Étant donné qu'il est relativement facile pour une partie de mettre fin à l'application provisoire en vertu du projet de directive 8 par simple notification, la question se pose de savoir si les États ou les organisations internationales auront besoin d'invoquer une disposition telle que celle figurant au projet de directive 8 *bis*. Peut-être que, comme l'a suggéré M. Reinisch, l'intérêt du projet de directive 8 *bis* apparaît plus clairement dans le cas où une partie souhaite mettre fin à l'application provisoire d'un traité ou la suspendre à l'égard d'un État ayant commis une violation substantielle, mais pas à l'égard d'autres parties, et n'a pas l'intention de ne pas devenir partie au traité. Cela dit, cette suggestion semble avoir suscité une certaine controverse parmi les membres.

En outre, l'article 18 de la Convention de Vienne de 1969 dispose que les États ont l'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur. Pris ensemble, le paragraphe 2 de l'article 25 et l'article 18 ne laissent qu'un nombre limité de situations dans lesquelles le projet de directive 8 *bis* pourrait se révéler utile, et ces situations pourraient s'avérer plus théoriques que réelles, comme en témoigne apparemment l'absence de pratique des États à cet égard. Même si l'utilité de la disposition peut déjà être établie, la Commission risque de devoir prévoir des garanties suffisantes dans les cas où les parties au traité n'ont pas le même pouvoir, par exemple lorsque certains États ou organisations internationales ont ratifié le traité, mais pas d'autres. Dans de tels cas, les parties à un traité ne peuvent mettre fin à l'application du traité ou la suspendre qu'en cas de violation substantielle de celui-ci, alors que ceux qui ne sont pas encore parties au traité mais l'appliquent à titre provisoire n'ont qu'à notifier aux autres parties leur intention de ne pas être liées par le traité pour mettre fin à cette application provisoire. Cette différence semble placer ceux qui appliquent le traité à titre provisoire dans une position privilégiée et encourage les États à prolonger la période

d'application provisoire plutôt qu'à ratifier le traité et à être liés par celui-ci, ce qui suppose des obstacles plus difficiles à surmonter et moins de possibilités de réduire leur participation au traité.

Il serait probablement utile de préciser davantage la nature d'un traité – bilatéral ou multilatéral – ainsi que le statut des États – qui sont parties à un traité ou qui l'appliquent à titre provisoire. Il pourrait aussi être utile d'examiner s'il convient de considérer d'autres motifs de cessation ou de suspension de l'application provisoire d'un traité, tels que ceux liés à un changement anticonstitutionnel de gouvernement. M. Jalloh souhaite savoir si le régime de la partie V de la Convention de Vienne de 1969, en particulier la section 2 sur la nullité des traités et la section 3 sur l'extinction des traités et la suspension de leur application, pourrait aussi avoir des incidences sur les traités appliqués à titre provisoire.

La formulation de réserves est un élément très important du processus d'élaboration des traités, et des dispositions traitant de cette question figurent aux articles 19 à 23 de la Convention de Vienne de 1969. Ces articles s'appliquent aux situations conventionnelles normales et non, selon M. Jalloh, aux traités appliqués à titre provisoire en tant que tels. C'est peut-être pour cette raison que le Rapporteur spécial et le secrétariat n'ont pas pu trouver de traité prévoyant la formulation de réserves à partir du moment de l'application provisoire, ni même de dispositions relatives à l'application provisoire faisant référence à la possibilité de formuler des réserves, comme indiqué au paragraphe 67 du rapport. M. Jalloh a tendance à partager l'avis du Rapporteur spécial selon qui, en principe, rien ne peut empêcher un État de formuler des réserves à partir du moment où il accepte d'appliquer un traité à titre provisoire ; la Commission devrait néanmoins réfléchir soigneusement aux conséquences de l'extension aux traités appliqués à titre provisoire du régime complexe des réserves qui, dans la Convention de Vienne de 1969, est plus développé en ce qui concerne les traités appliqués normalement.

Dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités qu'elle a établi en 2011, la Commission n'a apparemment pas pris position sur l'application provisoire des traités. Même si, pour être juste, l'application provisoire n'était pas l'objet principal de cette étude, M. Jalloh se demande pourquoi la Commission s'est abstenue. Peut-être faudrait-il répondre à cette question avant d'adopter une position ferme sur l'insertion d'un projet de directive sur la formulation des réserves à un traité appliqué à titre provisoire, compte tenu de la complexité du sujet et des sensibilités en jeu. Au vu du large éventail de domaines

dans lesquels on trouve des traités appliqués à titre provisoire, comme le confirment le rapport et l'étude, la Commission souhaitera peut-être examiner plus avant les différences qui existent, s'il y a lieu, entre la manière dont les réserves opèrent, par exemple, dans un accord sur les produits de base, qui est de nature purement réciproque (par exemple, l'Accord international de 1994 sur le café), et dans un traité humanitaire, qui ne prévoit pas pareille réciprocité (par exemple, le Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

En effet, comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en 1951 sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres lorsqu'il s'agit de traités relatifs aux droits de l'homme ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la Convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. Les idéaux élevés qui inspirent ces conventions relatives aux droits de l'homme signifient qu'il est possible que d'autres États puissent formuler des objections à toute réserve faite à ce type de traités appliqués à titre provisoire. Il s'agit là de questions importantes, et la Commission doit les examiner sans supprimer la souplesse que l'application provisoire offre aux États.

Si la Commission souhaite insérer le projet de directive 5 bis, compte tenu de la décision très discutée rendue par la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire *Yukos Universal Limited (île de Man) c. Fédération de Russie* en ce qui concerne le Traité sur la Charte de l'énergie, à laquelle M. Murase a fait référence, M. Jalloh est disposé à y souscrire afin que soit reconnue l'importance de la capacité des parties de formuler des réserves. Dans ce cas, cependant, peut-être pourrait-on modifier quelque peu la disposition. Plutôt que l'expression « sans préjudice du droit d'un État ou d'une organisation internationale » de formuler des réserves, M. Jalloh pourrait accepter un libellé qui impose aux États l'obligation positive de déclarer expressément la non-application d'une réserve particulière à un traité. Ainsi, la Commission s'assurera que les obligations de chaque partie sont claires. À défaut, une partie pourrait formuler une réserve au moment où elle aurait des difficultés avec une disposition particulière d'un traité, au lieu de préciser dès le début son intention de ne pas appliquer provisoirement cette disposition. Cela contribuerait probablement à réduire le nombre de désaccords entre

les parties à un traité appliqué à titre provisoire, ce qui est l'une des principales raisons pour lesquelles les projets de directive ont été élaborés en premier lieu.

Le Rapporteur spécial a présenté huit projets de clause type dans le rapport afin de répondre aux préoccupations de certains États. Au paragraphe 7 de son quatrième rapport (A/CN.4/699), il avait noté que l'élaboration de clauses types bénéficiait d'un soutien général, à condition que ces clauses soient suffisamment souples pour ne préjuger ni la volonté des parties concernées ni les nombreuses formes d'application provisoire observées dans la pratique en ce qui concerne l'application provisoire des traités. C'est une question que la Commission doit examiner afin de refléter les besoins et les désirs des États, qui sont les acteurs ultimes du droit international.

M. Jalloh est tout à fait favorable à l'insertion de clauses types couvrant le début et la cessation, et même à l'élaboration d'un libellé permettant de délimiter la portée de l'application provisoire, si de telles clauses sont d'une utilité pratique pour les États et les organisations internationales lorsqu'ils appliquent des traités à titre provisoire. Il a pris note des modifications d'ordre rédactionnel proposées par M^{me} Galvão Teles et d'autres membres, ainsi que de la proposition de M. Murphy tendant à ce que, au lieu de rédiger des clauses types, la Commission envisage d'insérer un ensemble d'exemples concrets de clauses clairement formulées qui pourraient être utilisées pour une application provisoire. Il souhaite rester souple sur ce point et peut voir les avantages et les inconvénients que présentent l'approche du Rapporteur spécial et celle de M. Murphy. Cela dit, si la Commission décide de conserver les clauses types parce qu'un large soutien s'exprime en leur faveur, il propose avant tout que chacune d'elles fasse l'objet d'une discussion approfondie et attentive au sein du Comité de rédaction. Ce faisant, la Commission souhaitera peut-être revenir sur l'expérience qu'elle a acquise dans l'élaboration d'un modèle de règles sur la procédure arbitrale et se servir de cette expérience pour adapter les clauses types à son propre objectif et les améliorer afin qu'elles soient particulièrement utiles aux États et aux organisations internationales. Plutôt que les notes de bas de page relatives aux projets de clause type mentionnées au paragraphe 77 du rapport, une note explicative pour chaque clause type pourrait peut-être mieux guider les futurs utilisateurs.

En conclusion, nonobstant ses réserves sur certains aspects des propositions, M. Jalloh se dit favorable au renvoi de tous les projets de directive et de clause type au Comité de rédaction pour discussion ultérieure. Quant à la forme finale proposée pour le projet, il

partage pleinement l'avis du Rapporteur spécial, selon qui des directives seraient particulièrement appropriées pour le sujet.

M^{me} Escobar Hernández tient à remercier le Rapporteur spécial pour son rapport, y compris le tableau contenant des informations sur la pratique de diverses organisations internationales qui figure en annexe. Elle tient également à le remercier pour l'introduction orale détaillée et intéressante qu'il en a faite, en fournissant une mine de renseignements utiles pour l'examen de ce qui pourrait être son dernier rapport à la Commission, puisqu'il est question d'envisager l'adoption du projet de directives en première lecture à la session en cours.

Il convient de féliciter le secrétariat pour son étude, qui passe en revue la pratique des États en ce qui concerne les traités ayant fait l'objet d'une application provisoire à la lumière des informations dont dispose le Secrétaire général en sa qualité de dépositaire des traités. L'étude donne aussi d'autres informations importantes, notamment une description de l'application provisoire du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui a été adopté par le Conseil de l'Europe. L'analyse systématique et détaillée de l'étude et ses conclusions finales fournissent toutes deux des éléments qui complètent les deux études précédentes sur le sujet et seront utiles aux travaux de la Commission. En particulier, M^{me} Escobar Hernández souhaite mettre l'accent sur l'analyse parallèle mais séparée des traités bilatéraux et multilatéraux, qui est très utile et pourrait servir lors de la rédaction des clauses types.

Certains aspects du rapport dont la Commission est saisie le distinguent des rapports précédents du Rapporteur spécial. Tout d'abord, le rapport comprend une analyse détaillée des opinions exprimées par les États, tant dans leurs déclarations orales à la Sixième Commission que dans les observations écrites qu'ils ont soumises en 2017 en réponse à la demande de la Commission. L'analyse de ces opinions, qui est très intéressante et utile, permet au Rapporteur spécial d'accroître le nombre d'exemples de pratique des États à l'étude et, à la lumière de cette pratique, d'introduire de nouveaux projets de directive.

S'il a déjà évoqué la relation entre les réserves et l'application provisoire à la soixante-huitième session de la Commission et a présenté une analyse intéressante des problèmes qui se posent à cet égard, le Rapporteur spécial n'avait pas encore formulé de projet de directive sur le sujet à ce moment-là. Son rapport actuel comprend toutefois un nouveau projet de directive *5 bis* sur la

formulation des réserves. Comme elle l'a déjà indiqué lors du débat sur le sujet à la soixante-huitième session, M^{me} Escobar Hernández approuve largement l'approche du Rapporteur spécial sur la question dans son quatrième rapport, qui, si elle comprend bien, est reflétée dans le projet de directive *5 bis*. Si, dès qu'un État fait une déclaration d'application provisoire, un traité commence à produire des effets comparables à ceux qu'il produira lors de son entrée en vigueur, il semble raisonnable de conclure que l'État n'est pas plus strictement lié par l'application provisoire qu'il ne le sera lors de l'entrée en vigueur du traité. Il n'y a donc aucune raison logique, selon M^{me} Escobar Hernández, pour qu'un État ne puisse pas formuler une réserve à l'égard de l'application provisoire d'un traité.

Cela étant, la manière dont une telle réserve est exprimée ainsi que sa nature et ses effets sont une autre question, et un certain nombre de questions que M^{me} Escobar Hernández a soulevées pour la première fois en 2016 demeurent préoccupantes, notamment celles de savoir si une réserve formulée au moment de l'acceptation de l'application provisoire est équivalente à une réserve formulée au moment de la signature du traité, mais avec des effets différents ; si une telle réserve doit être confirmée au moment de l'expression du consentement ; s'il y a une incidence sur les effets produits par l'application provisoire d'un traité à laquelle une réserve a été faite si, au moment de l'expression du consentement, la réserve n'a pas été confirmée, et, enfin, si des limitations introduites unilatéralement par un État lors de l'acceptation de l'application provisoire d'un traité peuvent être considérées comme une forme spéciale de réserve. Le fait que ces questions restent sans réponse ne remet pas en cause la position de M^{me} Escobar Hernández, à savoir que le projet de directive *5 bis* mérite un examen sérieux.

Néanmoins, une autre question – qui est étroitement liée à un commentaire de M. Reinisch – dérange aussi M^{me} Escobar Hernández. Selon elle, le problème de l'analyse du projet de directive *5 bis* réside dans sa formulation qui, bien qu'elle vise la simplicité, introduit en fait un certain nombre d'éléments confus. On ne voit pas clairement ce que le Rapporteur spécial entend par l'expression « formuler des réserves concernant l'application provisoire ... d'un traité ». S'il s'agit de la possibilité de faire une réserve à une disposition d'un traité qui fait l'objet d'une application provisoire, M^{me} Escobar Hernández n'aura aucune difficulté à accepter le projet de directive. Si, en revanche, cela renvoie à la possibilité de formuler des réserves au mécanisme d'application provisoire lui-même, elle n'est pas certaine que le projet de

directive 5 *bis* doit être retenu. En effet, l'application provisoire est, de par sa nature même, un mécanisme consensuel concernant la décision d'autoriser ou non l'application provisoire d'un traité en vertu de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Au contraire, le fait qu'un État puisse déclarer unilatéralement qu'il n'accepte pas l'application provisoire (dans le cas des traités multilatéraux) ne constitue pas, en soi, la formulation d'une réserve, mais plutôt la simple mise en œuvre d'une possibilité que le traité lui-même offre aux États afin de faciliter l'application provisoire par ceux qui le souhaitent et qui peuvent le faire. En tout état de cause, le projet de directive 5 *bis* traite d'une question importante, comme l'ont souligné plusieurs États, et M^{me} Escobar Hernández n'a donc pas d'objection à ce qu'il soit renvoyé au Comité de rédaction.

Passant au projet de directive 8 *bis*, M^{me} Escobar Hernández dit que, dans son quatrième rapport (A/CN.4/699), le Rapporteur spécial a procédé à une analyse intéressante de l'extinction des traités, en accordant une attention particulière à l'extinction d'un traité ou à la suspension de son application comme conséquence de sa violation, conformément à l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969. Cette analyse s'est concentrée sur la violation d'un traité comme motif d'extinction, peut-être sous l'influence du fait que la responsabilité internationale qu'entraîne la violation d'une obligation découlant d'un traité appliqué à titre provisoire avait déjà été prise en considération. M^{me} Escobar Hernández avait déjà, lors de l'examen du quatrième rapport en 2016, exprimé un certain scepticisme quant au traitement de ce sujet dans un projet de directive, non pas parce qu'elle ne souscrit pas aux raisons qui pourraient être données pour ce faire, ni à cause de l'absence de pratique à cet égard, mais pour des raisons plus pragmatiques. Si l'analyse présentée dans le quatrième rapport est très intéressante, et bien qu'elle puisse même aller jusqu'à partager les vues du Rapporteur spécial sur la question de principe (c'est-à-dire l'existence d'une relation juridique entre les parties qui découle d'un traité appliqué à titre provisoire), M^{me} Escobar Hernández se sent obligée de répéter, pour les mêmes raisons qu'elle avait énoncées en 2016, que le cas de figure hypothétique sur lequel se fonde le projet de directive 8 *bis* semble artificiel et peu susceptible de se présenter dans la pratique.

Cela est d'autant plus vrai qu'un État qui considère que ses intérêts ont été lésés par une violation grave d'un traité appliqué à titre provisoire peut toujours se décharger des obligations contenues dans le traité simplement en déclenchant le mécanisme de cessation de l'application provisoire prévu à l'article 25 de la

Convention de Vienne de 1969. Ce mécanisme présente l'avantage majeur de ne pas être soumis à des exigences de fond ou de procédure autres que la mise en demeure. Dans la pratique, il est difficile d'imaginer que, alors qu'il a la possibilité d'utiliser un mécanisme simple et automatique, un État opterait pour un mécanisme beaucoup plus complexe, long et imprévisible – un mécanisme supposant l'invocation de motifs pour mettre fin à l'application provisoire d'un traité en vertu de l'article 60 de la Convention et soumis à la procédure de notification de cessation de l'application du traité énoncée aux articles 65 à 68 de la Convention. M. Murphy a fait une remarque similaire lors d'une séance précédente. Cela dit, M^{me} Escobar Hernández n'est pas opposée au renvoi du projet de directive 8 *bis* au Comité de rédaction pour permettre un échange de vues plus animé, ainsi que pour donner au Rapporteur spécial l'occasion de réexaminer le projet de directive et de décider s'il convient ou non de retenir sa proposition ou de soumettre un autre libellé.

En ce qui concerne l'application provisoire des modifications du traité, M^{me} Escobar Hernández convient avec le Rapporteur spécial qu'il n'est pas nécessaire d'inclure un nouveau projet de directive sur cette question, non seulement en raison de l'absence de pratique à cet égard (faisant écho à ce que d'autres membres de la Commission ont dit au sujet des projets de directive proposés), mais aussi pour des raisons beaucoup plus fondamentales. Selon elle, les modifications des traités remplissent une fonction spécifique du système nomogénétique, à savoir permettre d'adapter les droits et obligations énoncés dans un nouveau traité aux nouveaux besoins et intérêts des États parties ou aux modifications, y compris les modifications structurelles, qui se produisent au sein de la communauté internationale. Cette fonction ne peut donc se justifier que pour les traités à l'égard desquels les États ont formellement exprimé leur intention et leur consentement, dont, en règle générale, ils ne peuvent être libérés et qui, de surcroît, est accepté comme immuable. De ce point de vue, le seul traité qui peut être modifié est celui qui est en vigueur.

Au contraire, les traités appliqués à titre provisoire opèrent selon un paradigme différent. L'application provisoire naît de l'urgence ou d'un besoin immédiat et vise à atteindre rapidement certains objectifs. Insérer un projet de directive sur la possibilité de modifier ce type de traités risquerait de compromettre à la fois la notion de modification et celle même d'application provisoire des traités. Si un État qui applique provisoirement un traité considère que les règles y figurant doivent être modifiées, il dispose de mécanismes beaucoup plus simples, tels qu'une déclaration unilatérale de son

intention de ne pas devenir partie au traité ou, s'il y a lieu, une proposition visant à entamer un nouveau processus de négociation pour adopter un traité distinct qui réponde mieux à ses besoins et à ses intérêts.

M^{me} Galvão Teles a appelé l'attention sur le fait que l'application provisoire est un mécanisme que les États peuvent utiliser de leur propre initiative, de sorte qu'ils ne sont pas tenus de le faire. Elle a dit également qu'il serait utile d'insérer un nouveau projet de directive contenant une indication expresse à cet effet, ainsi qu'un projet indiquant que les États qui appliquent ce mécanisme doivent le faire conformément à leur propre droit interne. M^{me} Escobar Hernández comprend parfaitement et partage les préoccupations exprimées par M^{me} Galvão Teles, et pas seulement d'un point de vue théorique. Elle en a au contraire acquis une expérience pratique directe lorsque, en sa qualité de conseillère juridique au Ministère espagnol des affaires étrangères et de la coopération, elle a eu à plusieurs reprises à faire face à des problèmes découlant du fait que le droit interne du pays voisin, le Portugal, n'autorise pas le recours à l'application provisoire. Néanmoins, elle n'est pas totalement convaincue de la nécessité d'insérer un projet de directive distinct sur la question. Celle-ci pourrait peut-être être traitée dans les commentaires du projet de directive 10 ou du projet de directive 11, voire dans les deux. M^{me} Escobar Hernández est également disposée à examiner d'autres propositions sur cette question qui pourraient être utiles.

L'insertion des projets de clause type proposés par le Rapporteur spécial représenterait indéniablement une amélioration bienvenue. La rédaction d'une clause ou d'un accord sur l'application provisoire d'un traité n'est pas un exercice aussi simple qu'il n'en a l'air ; il serait donc très utile de fournir aux États un instrument qui les aiderait dans cette tâche. Pour atteindre cet objectif, les clauses types devront répondre à plusieurs exigences : elles devront être claires et non répétitives, pleinement compatibles avec le projet de directives, offrir aux États une explication claire de leur signification et des situations dans lesquelles elles sont utiles et elles doivent s'accompagner de commentaires, comme le sont les projets de directive.

M^{me} Escobar Hernández souhaite faire quelques observations supplémentaires sur la forme sous laquelle les clauses types sont présentées dans le rapport afin de faciliter les travaux de la Commission. Il serait plus approprié que les projets de clauses 1 à 4, qui figurent sous le titre « Début », couvrent non seulement la date de début de l'application provisoire, mais aussi les formes sous lesquelles l'application provisoire peut être établie. Un examen plus approfondi de ces clauses types

montre que seuls les projets de clause type 1 et 2 traitent à la fois des aspects temporels et des aspects formels. Le projet de clause type 3 semble mettre davantage l'accent sur l'aspect formel et avoir été conçu comme une sorte de clause de non-participation, mais il ne contient aucune référence temporelle. Selon M^{me} Escobar Hernández, rien ne semble le justifier. Le projet de clause type 4 semble porter exclusivement sur la date d'entrée en vigueur de l'application provisoire, sans aucune référence à la forme que prendra l'accord des parties à l'application provisoire ni à la question de savoir si l'application provisoire est contraignante ou, au contraire, fait l'objet d'une disposition d'acceptation ou d'exclusion.

En ce qui concerne les projets de clause type relatifs à la portée de l'application provisoire, leur libellé doit être quelque peu révisé. Ainsi, le projet de clause type 8 sera plus utile si le libellé employé dans la liste d'exemples de pratique est plus détaillé. De même, toute ambiguïté doit être supprimée du texte final de la clause, par exemple en évitant de suggérer que les États peuvent choisir librement – et unilatéralement – les dispositions conventionnelles qu'ils souhaitent appliquer à titre provisoire. En conclusion, M^{me} Escobar Hernández recommande que les projets de directive et les projets de clause type soient renvoyés au Comité de rédaction.

Le Président dit que, bien qu'il n'ait pas pour habitude de commenter les déclarations des membres de la Commission, il tient à remercier M^{me} Escobar Hernández des observations de fond qu'elle a faites au sujet des projets de clause type, qui seront utiles à la Commission au moment de l'adoption de ces textes.

M. Rajput souhaite remercier le Rapporteur spécial pour son rapport et son introduction orale au cours de laquelle il a exposé en détail l'évolution du projet au bénéfice des experts qui ont été élus à la Commission pour le quinquennat en cours. M. Rajput souhaite également remercier le secrétariat pour sa dernière étude sur le sujet, son introduction orale et les précisions fournies, ainsi que pour les deux études précédentes qu'il a élaborées. La lecture de l'ensemble des rapports et études montre que la pratique conventionnelle est riche mais disparate et que les accords en question recouvrent divers domaines spécialisés, tels que les accords sur les produits de base, les accords de services aériens, les accords relatifs à la sécurité et les accords établissant ou réglant les affaires relatives aux organisations régionales. Les observations des États à ce sujet illustrent encore davantage ce fait.

L'application provisoire est fondamentalement le résultat d'un choix fait par les parties à un traité et non une quelconque norme primaire ou secondaire du droit international. Cela est montré dans le premier mémorandum établi par le secrétariat (A/CN.4/658), qui retrace l'historique de la rédaction de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969. Au paragraphe 73 du mémorandum, le secrétariat a noté que « la question de la nature juridique de l'application provisoire d'un traité est essentiellement examinée dans le contexte du principe *pacta sunt servanda* ». Ce point est développé plus en détail aux paragraphes 74 à 79 du même document.

La nature consensuelle de l'application provisoire fait que celle-ci est en constante évolution, et il y a des limites à la mesure dans laquelle il est possible de tirer des conclusions générales. Même si elle a adopté certaines directives, la Commission doit aussi préciser que la nature, la portée et le fonctionnement de l'application provisoire sont avant tout le résultat d'un accord de contrepartie entre États et relèvent donc du principe *pacta sunt servanda*. En conséquence, M. Rajput est d'accord avec M^{me} Galvão Teles et les autres membres qui ont appuyé son point de vue selon lequel il est nécessaire de préciser le caractère facultatif du projet de directives. Cet objectif peut être atteint en ajoutant au projet de directive 1 un paragraphe 2 qui se lirait comme suit : « Le présent projet de directives reconnaît que l'application provisoire des traités est fondée sur le consentement des parties qui sont convenues d'appliquer un traité ou une partie d'un traité à titre provisoire. ». Selon M. Rajput, cette précision devrait figurer dans le projet de directive lui-même plutôt que dans le commentaire.

Diverses expressions telles que « application provisoire », « entrée en vigueur provisoire », « application temporaire » et « application intérimaire » ont été employées en relation avec le sujet à l'examen, mais ces expressions ne recouvrent pas nécessairement toutes le même principe. Il convient de rappeler que certains États ont appelé à la prudence à cet égard dans leurs observations sur le projet de directives.

Passant aux projets de directives 5 *bis* et 8 *bis*, M. Rajput dit que le Rapporteur spécial a reconnu qu'il n'existe pas de pratique des États ou de pratique conventionnelle à l'appui de l'une ou l'autre de ces directives. Toutefois, pour répondre aux demandes des États, le Rapporteur spécial a adopté une approche innovante pour préciser la relation entre l'application provisoire et les autres dispositions des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. À cette fin, il a dû mettre de côté la méthodologie habituelle de la Commission pour élaborer le raisonnement qui sous-tendra les projets de

directives 5 *bis* et 8 *bis*. M. Rajput félicite le Rapporteur spécial de sa souplesse et de sa créativité à cet égard. En principe, il n'est pas nécessaire, à son avis, d'insérer une référence indépendante à la cessation ou à la suspension de l'application provisoire d'un traité comme conséquence de sa violation. Cela dit, la cessation de l'application provisoire décrite dans le projet de directive 8 (Extinction au moment de la notification de l'intention de ne pas devenir partie), qui a été provisoirement adoptée par la Commission à sa soixante-neuvième session, est insuffisante. Elle prévoit la fin complète de l'application provisoire et reste muette sur les raisons de cette extinction. Le projet de directive 8 *bis*, en revanche, fait référence à une situation particulière découlant d'une violation substantielle d'un traité, ouvrant la possibilité pour un État de réagir à une violation substantielle soit par la cessation totale, soit par la suspension de l'application provisoire, bien qu'il ne soit pas nécessaire de mettre totalement fin à l'application provisoire en vertu du projet de directive 8 ou du paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969. Les idées qui sous-tendent les projets de directives 8 et 8 *bis* sont distinctes et justifiables. Il pourrait aussi y avoir d'autres conséquences juridiques qu'un État peut ou non être en mesure de traiter par la cessation de l'application provisoire en vertu du projet de directive 8, mais qui peuvent être traitées par la cessation ou la suspension pour violation substantielle en vertu du projet de directive 8 *bis*. Les procédures de règlement des différends en sont un exemple.

Bien que M. Rajput souscrive pleinement à la justification de l'introduction du projet de directive 8 *bis*, le texte crée une anomalie en ce sens qu'il ne fait référence qu'à l'article 60 des Conventions de Vienne – point que M. Murase a très bien exprimé. M. Rajput est également d'accord avec M. Park et M. Murphy sur le fait que l'article 60 prévoit plusieurs niveaux d'opération, tant pour les traités bilatéraux que pour les traités multilatéraux. De son point de vue, la Convention contient tout un cadre relatif à la cessation ou à la suspension d'un traité comme conséquence de sa violation substantielle. La procédure à suivre pour invoquer une violation substantielle comme motif de cessation ou de suspension est exposée dans la section 4 de la partie V de la Convention, qui comprend les articles 65 à 68. Le renvoi au seul article 60 dans le projet de directive 8 *bis* n'est donc pas suffisant – il peut intégrer toutes les nuances d'un traité bilatéral ou multilatéral, mais pas la procédure prévue à la section 4. Ce problème pourrait être résolu en substituant à la référence à l'article 60 une référence générique à la cessation et à la suspension en vertu des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

Cette proposition pourrait rendre le projet de directive 8 *bis* viable, mais M. Rajput se demande s'il vaut la peine de faire référence à la cessation ou à la suspension pour violation substantielle. La réponse à cette question a aussi une incidence sur l'utilité du projet de directive 5 *bis* relatif aux réserves. Étant donné que l'application provisoire d'un traité a pour effet de donner pleinement vie à celui-ci, même si ce n'est qu'à titre provisoire, il ne saurait y avoir d'objection de principe à l'autorisation de formuler des réserves concernant l'application provisoire. Celles-ci seront régies par l'ensemble du régime des réserves en vertu des deux Conventions de Vienne et du Guide de la pratique sur les réserves aux traités élaboré par la Commission. Comme M. Murphy et M. Nolte l'ont fait observer, si la Commission ne retient que certaines dispositions de la Convention de Vienne de 1969 pour les intégrer dans les clauses « sans préjudice », elle créera une confusion inutile. On ne voit pas bien pourquoi la Commission opère une sélection en choisissant certaines dispositions ni pourquoi elle ne renvoie pas à d'autres dispositions de la Convention qui peuvent jouer un rôle en matière d'application provisoire ou avoir un effet sur celle-ci, comme l'effet de l'application provisoire sur les tiers, la coercition ou un changement fondamental de circonstances. Tout ce que la Commission ferait, c'est se lancer dans un exercice spéculatif non étayé par la pratique des États, car en dehors de cela, elle ne peut guère apporter de précisions essentielles en discutant de la relation entre l'application provisoire et chacune des dispositions des Conventions de Vienne – outre qu'elle créerait ce faisant la possibilité de constituer un autre ensemble d'innombrables projets de directive qui hypertrophieraient le texte.

Une meilleure solution consisterait à renvoyer de manière générale au rôle et à l'effet des Conventions de Vienne sur l'application provisoire des traités. Cela pourrait être réalisé en ajoutant au projet de directive 6 un paragraphe 2 qui se lirait comme suit : « À moins que le traité n'en dispose autrement ou qu'il en soit convenu autrement, lors de l'application provisoire de tout ou partie d'un traité, toutes les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 s'appliquent. ». Le projet de directive 6 est le lieu approprié pour ajouter ce paragraphe parce qu'il s'intitule « Effets juridiques de l'application provisoire ». Cette proposition peut sembler simpliste, mais elle laisse suffisamment de souplesse pour déterminer la relation entre l'application provisoire et d'autres dispositions des Conventions de Vienne, tout en évitant à la Commission de s'aventurer dans des domaines politiques. Des précisions pourraient être apportées dans le commentaire en ce qui concerne

certaines dispositions que la Commission considère comme pertinentes pour l'application provisoire.

En ce qui concerne les projets de clause type, M. Rajput a quelques réserves. Des clauses types pourraient être utiles lorsque les compétences font défaut. À en juger par l'étude élaborée par le secrétariat, les réponses des États et l'annexe au cinquième rapport, il ne fait aucun doute que les États savent rédiger des clauses d'application provisoire et l'ont fait régulièrement tout en respectant les dispositions de leur droit interne. La Commission risque ne pas être en mesure d'apporter une contribution notable en proposant des clauses types. En outre, le libellé des clauses figurant dans l'annexe à titre d'exemples d'application provisoire semble varier selon le traité, son contexte et les négociations politiques qui ont eu lieu avant son adoption. La Commission n'a pas les compétences nécessaires pour saisir la plupart de ces situations politiques, mais elle s'efforce de couvrir toutes les circonstances possibles qui peuvent être représentées par des clauses types. M. Rajput n'est donc pas favorable à l'idée de faire figurer des clauses types dans le projet.

M. Rajput préfère ne pas exprimer d'opinion ferme sur le renvoi des projets de directive au Comité de rédaction et est disposé à accepter ce que la Commission décidera finalement par consensus. Cela étant, une référence claire au caractère volontaire de l'application provisoire des traités est indispensable et devrait être insérée au stade du « toilettage ».

Sir Michael Wood remercie le Rapporteur spécial pour son rapport, qui contient de nouveaux éléments d'information sur la pratique des États et des organisations internationales en ce qui concerne les traités auxquels ils pourraient devenir parties et leur pratique en tant que dépositaires. Il remercie également le secrétariat pour son étude (A/CN.4/707) qui est une excellente étude de la pratique récente et constitue une contribution importante au droit international en ce qui concerne l'application provisoire des traités.

Les deux nouveaux projets de directive proposés par le Rapporteur spécial doivent être replacés dans le contexte de l'ensemble des projets de directive, assortis de commentaires, qui ont été adoptés provisoirement par la Commission en 2017, et des observations faites par les États au sujet de ces textes. Comme la Commission l'a clairement indiqué au paragraphe 3 du commentaire général, il est impossible de traiter toutes les questions qui peuvent se poser dans la pratique et de couvrir la myriade de situations auxquelles les États et les organisations internationales peuvent devoir faire face. Il est vrai que la Commission doit choisir ce qu'elle doit

couvrir dans le projet de directives et ce qu'elle doit laisser de côté, mais elle doit aussi expliquer ses choix. Étant donné qu'elle commence par l'article 25 de la Convention de Vienne et y ajoute des éléments, la Commission doit expliquer pourquoi elle choisit ces éléments particuliers.

La Commission a déjà choisi, entre autres, de retenir le projet de directive 7 sur la responsabilité en cas de violation, même s'il s'agit en réalité d'un domaine distinct du droit, à savoir la responsabilité de l'État. Le projet de directive 6, qui prévoit que l'application à titre provisoire produit les mêmes effets juridiques que si le traité était en vigueur, couvre sans doute cet élément, et bien plus encore : on peut par exemple penser qu'il couvre la question de l'effet des violations sur la cessation ou la suspension.

Pour l'essentiel, les questions soulevées dans le rapport du Rapporteur spécial sont celles de savoir s'il faut traiter dans des projets de directive distincts de la cessation et de la suspension en conséquence de violations, de réserves ou de modifications, ou s'il convient d'y faire référence à des endroits appropriés dans les commentaires.

En ce qui concerne le projet de directive 8 *bis* relatif à la cessation ou la suspension de l'application provisoire d'un traité comme conséquence de sa violation, Sir Michael Wood tend à convenir avec M. Reinisch qu'il suffirait souvent qu'un État mette fin à l'application provisoire conformément à l'article 25 de la Convention de Vienne, mais que ce projet de directive pourrait tout de même être utile lorsqu'un État souhaite mettre fin à l'application provisoire d'un traité ou la suspendre à l'égard d'un État qui a commis une violation substantielle, sans vouloir mettre fin à cette application provisoire à l'égard d'autres États et sans avoir l'intention de ne pas devenir partie au traité. S'il s'agit là d'un point potentiellement important, Sir Michael Wood n'est pas convaincu que la Commission doive proposer un projet de directive distinct sur une question qui pourrait par exemple être traitée dans le commentaire du projet de directive 6.

Si la Commission retient un projet de directive sur la cessation ou la suspension comme conséquence d'une violation substantielle, elle devra choisir ses mots avec beaucoup de soin. La formulation proposée dans le cinquième rapport soulève des questions. L'article 60 de la Convention de Vienne concerne le droit d'invoquer la violation substantielle comme motif de cessation ou de suspension, mais il n'est pas isolé : il doit être lu avec les importantes conditions de procédure énoncées à la section 4 de la partie V de la Convention. De plus, la Commission devrait envisager de faire référence à des

motifs de cessation ou de suspension autres que la violation substantielle, comme M. Murphy l'a expliqué avec éloquence ; à défaut, il pourrait y avoir une inférence *a contrario*.

Il faudra en outre veiller, si la Commission entend élaborer un projet de directive – ce dont Sir Michael Wood estime qu'elle devrait s'abstenir –, à ce que ce texte fasse référence de préférence à la suspension de l'application provisoire d'un traité, et non à la suspension du traité. Le libellé pourrait être simplifié pour mentionner « la cessation ou la suspension d'une telle application provisoire ». Sir Michael Wood s'interroge sur la référence expresse à la Convention de Vienne de 1986, que la Commission a évité de faire figurer ailleurs dans le projet de directives, notamment parce que cette convention n'est pas encore en vigueur.

Passant au projet de directive 5 *bis*, présenté comme une clause « sans préjudice » relative à la formulation de réserves « concernant l'application provisoire de tout ou partie d'un traité », Sir Michael Wood dit que ce texte soulève un certain nombre de questions très intéressantes, tant sur le fond que sur le plan rédactionnel. Si la Commission s'occupe de ces questions, cependant, un texte plus élaboré et plus substantiel pourrait se révéler nécessaire. Comme M. Reinisch, Sir Michael Wood estime qu'il devrait être possible de faire une réserve qui soit effective au moment de l'application provisoire, mais il doute que la clause « sans préjudice » proposée soit suffisante pour atteindre cet objectif.

Le projet de directive 5 *bis* proposé doit être lu à la lumière des paragraphes 22 à 39 du quatrième rapport (A/CN.4/699), où le Rapporteur spécial a brièvement analysé la question, constaté l'absence de pratique, mais néanmoins conclu que « rien ne semble empêcher en principe qu'un État puisse effectivement formuler des réserves au moment de convenir de l'application provisoire d'un traité ». C'est dans l'ensemble correct, mais la question est beaucoup plus complexe.

L'article 19 de la Convention de Vienne prévoit qu'une réserve peut être formulée à certaines occasions particulières – signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion. Les occasions ainsi énumérées dans cet article ne comprennent pas l'acceptation de l'application provisoire. Mais cela n'est pas déterminant, car les rédacteurs de la Convention de Vienne n'ont pas, tant s'en faut, cherché à établir un régime complet de droit applicable à l'application provisoire. Les occasions de formuler des réserves ont été élargies dans la Convention de Vienne de 1986 à la confirmation formelle par une organisation

internationale, et dans la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités à la notification de succession. Il est intéressant de noter que le Guide de la pratique sur les réserves aux traités établi en 2011 par la Commission ne traite pas des réserves dans le contexte de l'application provisoire – une lacune dans ce qui est par ailleurs un texte plutôt complet.

Sir Michael Wood se félicite que le Rapporteur spécial ait soulevé la question et considère que la Commission devrait s'efforcer de la traiter, ce qui ne sortirait pas de son mandat. Même si la Commission constate qu'il y a peu de pratique, voire pas du tout, cette question peut être traitée au titre du développement progressif. Les réserves doivent être possibles par principe, même si elles ne sont pas mentionnées dans la Convention de Vienne.

Les orateurs précédents ont fait référence à l'article 18 de la Convention de Vienne, mais il semble que cela soit une question différente. Sir Michael Wood ne comprend pas non plus pourquoi l'expression « la plupart des accords sur l'application provisoire, sinon tous » devrait être interprétée comme excluant implicitement les réserves, même s'il est prêt à examiner cette proposition plus avant. Bien entendu, comme pour l'essentiel du droit des traités, toute règle proposée par la Commission constituera une possibilité de repli, sous réserve de toute disposition spécifique sur la question, expresse ou même implicite, figurant dans le traité ou l'accord pertinent sur l'application provisoire. Sir Michael Wood a tendance à penser que, lorsque les réserves à un traité sont autorisées, les États doivent pouvoir formuler des réserves même si le traité n'est appliqué qu'à titre provisoire. Si tel n'était pas le cas, la Commission adopterait une position très étrange. Un État devrait mettre en œuvre toutes les dispositions d'un traité qu'il appliquerait à titre provisoire jusqu'à son entrée en vigueur, et ce n'est qu'une fois ce traité entré en vigueur qu'il pourrait exclure les effets juridiques de certaines de ses dispositions.

Revenant au projet de directive 5 *bis*, Sir Michael Wood dit que plusieurs expressions ne sont pas très claires. La Commission devrait probablement éviter de faire référence à un « droit » de formuler des réserves, et il ne voit pas bien si les mots « en application des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 » se rapportent au terme « application provisoire » ou à la référence au droit de formuler des réserves. Il serait quelque peu étrange qu'il s'agisse de cette dernière, puisque les Conventions de Vienne ne disent rien de la formulation de réserves provisoires au moment de l'application provisoire. En outre, Sir Michael Wood ne sait pas si le terme « réserve "concernant" l'application provisoire » renvoie à une

réserve à l'application provisoire en tant que telle, à savoir une réserve par laquelle un État déclare qu'il n'appliquera pas provisoirement tout ou partie d'un traité, nonobstant le fait que le traité permet l'application provisoire et que l'État accepte par ailleurs l'application provisoire, ou si ce terme renvoie à une réserve par laquelle un État vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité qui sont appliquées provisoirement à son égard.

En résumé, Sir Michael Wood estime qu'il faut impérativement faire une distinction entre une réserve « concernant l'application provisoire de tout ou partie d'un traité », au sens d'une réserve à l'application provisoire en tant que telle, et une réserve à un traité et à ses dispositions. La première hypothèse pourrait être traitée beaucoup plus clairement dans le projet de directives. La Commission ne semble pas avoir élaboré de directive faisant référence à la portée de l'application provisoire *ratione personae*. La question qui se pose est celle de savoir si un État peut exclure l'application provisoire, soit parce que cette possibilité est prévue, auquel cas l'acte de l'État n'est pas une véritable réserve, soit parce qu'elle n'est pas prévue, auquel cas l'acte de l'État peut être considéré comme une réserve à la clause d'application provisoire. Plutôt que de dire que le projet de directives est « sans préjudice » de la possibilité de formuler une réserve effective au moment de l'application provisoire, la Commission devrait peut-être insérer une disposition plus complète sur cet aspect, au titre du développement progressif.

Il faut également traiter la question de savoir si l'effet d'une réserve formulée au moment de la signature ou de la ratification sur les obligations qui peuvent naître pendant l'application provisoire est le même que l'effet d'une réserve formulée au moment de l'entrée en vigueur du traité. Sir Michael Wood suppose que tel est le cas. Une autre question est celle de savoir si un État qui ne formule pas de réserve à un traité pendant qu'il applique celui-ci à titre provisoire peut encore formuler une réserve lorsqu'il le ratifie – en d'autres termes, si la portée du traité et les obligations qu'il contient peuvent être plus larges dans le cadre de l'application provisoire qu'au moment de son entrée en vigueur.

La Commission gagnerait à poursuivre l'examen de ces questions, en particulier en tenant dûment compte de la terminologie employée dans le Guide de la pratique en matière de réserves aux traités établi en 2011. Peut-être devrait-elle simplement, puisque le texte sur l'application provisoire des traités est sur le point d'être adopté en première lecture, prendre acte des problèmes et indiquer qu'elle y reviendra lors de l'examen du texte en seconde lecture. Cela lui donnerait,

et donnerait aussi aux États, le temps de bien réfléchir à ce qui constitue un ensemble de questions délicates.

Sir Michael Wood convient avec le Rapporteur spécial qu'il est inutile d'élaborer un projet de directive relatif aux modifications. De plus, les huit clauses types proposées par le Rapporteur spécial constituent potentiellement un important résultat pratique des travaux de la Commission que les États et d'autres pourraient trouver utile. Sir Michael Wood se serait attendu à ce que les clauses types traitent de l'application provisoire de manière plus générale, et pas simplement en termes de délai et de portée, mais peut-être ne s'agit-il que d'une question de présentation. Il est plus important de savoir qui doit se charger de mettre la dernière main à ces clauses types : le Comité de rédaction, ou peut-être un groupe de travail.

En conclusion, Sir Michael Wood dit que, même s'il a quelques doutes, il n'est pas opposé pas à ce que les deux nouveaux projets de directive soient renvoyés au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci ne recommandera pas nécessairement des textes portant sur chacun des sujets traités. Les États membres ont fait valoir à la Sixième Commission des points importants concernant un ou deux des projets de directive déjà adoptés. La Commission devrait s'efforcer de répondre à ces points avant d'achever l'examen du texte en première lecture.

M. Šturma remercie le Rapporteur spécial de son rapport et se félicite de l'étude pertinente établie par le secrétariat qui donne, en ce qui concerne l'ouverture, la portée et la cessation de l'application provisoire, des informations précieuses susceptibles d'être utilisées dans les commentaires du projet de directives.

Les deux nouveaux projets de directive traitent de la relation entre le régime d'application provisoire et certaines règles générales du droit des traités, telles que codifiées dans les Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Cela est louable, car certains États ont exprimé le souhait que la Commission élargisse son projet de directives, en particulier en ce qui concerne la cessation ou la suspension de l'application provisoire des traités. En revanche, comme indiqué dans le rapport du Rapporteur spécial et dans l'étude du secrétariat, il n'a été recensé aucun cas dans lequel un traité a prévu la formulation de réserves en relation avec son application provisoire, ou dans lequel un État a formulé des réserves à un traité appliqué à titre provisoire. Cette absence de pratique des États pose un problème. Si la Commission a l'intention d'élaborer des directives uniquement par induction, c'est-à-dire en généralisant la pratique conventionnelle des États, ce problème est particulièrement aigu. Il est possible d'imaginer que

l'on parvienne à élaborer un projet de directives par déduction, à condition que l'exercice de rédaction soit logiquement cohérent avec les règles existantes du droit des traités. En d'autres termes, au lieu de travailler par analogie, l'objectif serait de déduire des directives à partir des règles existantes ou de combler une lacune par rapport aux règles existantes. Malheureusement, cela n'est pas toujours possible et le rapport ne fournit pas suffisamment d'orientations à cet égard.

Le projet de directive 5 *bis* soulève un certain nombre de questions et le Comité de rédaction devra l'examiner très attentivement. M. Šturma convient avec Sir Michael que, si elle est nécessaire, une directive relative aux réserves doit clairement distinguer deux cas : une réserve à une disposition d'un traité et une réserve à un accord sur l'application provisoire. Le premier cas concerne une réserve régie par les règles codifiées aux articles 19 à 23 de la Convention de Vienne. Contrairement à M. Murphy, M. Šturma ne pense pas seulement au « droit » de formuler des réserves, qui est soumis à des règles dans le traité lui-même et à l'objet et au but du traité. Du point de vue temporel, un État peut formuler sa réserve dès la signature dans l'attente de l'application provisoire, mais il doit confirmer cette réserve lorsqu'il exprime son consentement à être lié par le traité, à savoir lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation, conformément au paragraphe 2 de l'article 23 de la Convention de Vienne.

Si, en revanche, le projet de directive porte sur une réserve à un accord sur l'application provisoire, ce qui est plus probable, bien que la définition du terme « réserve » au paragraphe 1 d) de l'article 2 de la Convention de Vienne n'exclue pas a priori une telle réserve, on peut se demander si une déclaration unilatérale est une véritable réserve. Si on la qualifie de réserve, la déclaration en question ne peut s'appliquer qu'aux limitations à l'application provisoire des traités multilatéraux, et non des traités bilatéraux. Même dans le cas des traités multilatéraux, les déclarations ou actions éventuelles d'un État visant à exclure l'application provisoire ne relèveront pour l'essentiel probablement pas de la notion de réserve, en particulier lorsque le consentement à l'application provisoire prend la forme d'un accord distinct.

Même dans des cas comme le paragraphe 2 de l'article 45 du Traité sur la Charte de l'énergie, où l'application provisoire de tout ou partie d'un traité est prévue dans l'instrument lui-même, la possibilité de l'exclure semble être différente de celle d'une réserve normale. Une déclaration en vertu du paragraphe 2 de l'article 45 empêche complètement un État d'exclure l'application provisoire, rappelant l'approche du tout ou

rien adoptée par le tribunal arbitral dans l'affaire Yukos. En revanche, une réserve vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions seulement du traité.

En conséquence, M. Šturma ne peut imaginer la raison d'être d'une réserve que dans des cas plutôt exceptionnels de traités multilatéraux prévoyant une application provisoire sans aucune possibilité d'exclusion, et il reste à voir si de tels traités existent. L'annexe au rapport, très utile, comprend des clauses sur l'application provisoire des traités négociés au sein de l'Association européenne de libre-échange. Toutes ces clauses sont permissives, indiquant qu'une partie « peut » y souscrire, et la plupart d'entre elles ajoutent « dans la mesure où ses règles constitutionnelles le permettent » comme condition supplémentaire.

Passant au projet de directive 8 *bis*, qui traite de la cessation de l'application provisoire de tout ou partie d'un traité comme de sa violation, M. Šturma dit que le texte établit une analogie avec un traité en vigueur, car un traité appliqué à titre provisoire produit les mêmes effets juridiques qu'un traité effectivement en vigueur. Si tel est le cas, comme le suggère la référence à l'article 60 de la Convention de Vienne, la possibilité de cessation ou de suspension est en l'espèce limitée aux seuls cas de violation substantielle. Or, l'article 25 de la Convention de Vienne et les projets de directive adoptés jusqu'ici prévoient un moyen plus souple de mettre fin à l'application provisoire en cas de violation autre qu'une violation substantielle ou pour toute autre raison. Le projet de directive proposé pourrait néanmoins présenter un certain avantage car il n'exige pas d'un État qu'il notifie son intention de ne pas devenir partie, mais la question semble plus complexe.

Premièrement, rien ne dit clairement que les États qui se sont dits intéressés par la question de la cessation ou de la suspension de l'application provisoire n'avaient à l'esprit que la situation de violation substantielle. Deuxièmement, même si l'hypothèse de la cessation ou de la suspension de l'application provisoire comme conséquence d'une violation est une option, il pourrait être important de faire la distinction entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux dans le cadre du régime d'application provisoire. On ne voit pas clairement, du moins pas M. Šturma, si la référence à l'article 60 suppose que le terme « partie » s'applique également à un État qui a accepté l'application provisoire de tout ou partie d'un traité. Et on ne voit non plus bien, ni dans le projet de directive ni dans le rapport, si le simple renvoi à l'article 60 signifie que, dans le cas d'un traité multilatéral, l'État concerné ne peut invoquer la violation que comme motif de suspension et non pour mettre fin à l'application

provisoire. Troisièmement, comme l'a souligné M. Murphy, l'article 60 de la Convention de Vienne n'est pas le seul à régir la cessation ou la suspension. Même si la Commission omet d'autres motifs possibles de résiliation, il existe néanmoins certaines dispositions pertinentes de la section 4 (Procédure) de la Convention de Vienne, comme l'article 65. Quatrièmement, comme l'ont souligné M. Murase et M. Park, le scénario peut se compliquer lorsqu'il y a deux ou même trois groupes d'États différents : ceux pour lesquels un traité est entré en vigueur, ceux qui appliquent provisoirement le traité, et peut-être aussi ceux qui ne sont pas d'accord sur l'application provisoire. Cela soulève l'épineuse question de savoir qui est effectivement concerné par l'application provisoire d'un traité et sa violation. À moins que cela ne soit clairement indiqué dans le projet de directive 8 *bis* ou le commentaire, ou les deux, M. Šturma a de sérieux doutes quant à l'utilité du projet de directive.

M. Šturma convient avec le Rapporteur spécial qu'il n'est pas nécessaire de proposer un projet de directive sur l'application provisoire des modifications apportées aux traités. En ce qui concerne les clauses types proposées, il estime comme M. Park qu'elles peuvent avoir des effets positifs et des effets négatifs. On peut se demander si elles constituent une amélioration par rapport à l'annexe qui contient des exemples de clauses d'application provisoire. Si des clauses types doivent être utilisées, il faudra qu'elles apportent davantage que celles qui sont proposées. Il est vrai que le projet de directive 4 envisage diverses formes d'accord. Pourtant, les clauses types proposées semblent refléter des situations plutôt simples et non controversées. Il serait peut-être plus utile qu'elles contiennent également certaines clauses typiques qui figurent dans les traités multilatéraux, en particulier des clauses de compatibilité ou d'incompatibilité, comme celles prévues à l'article 45 du Traité sur la Charte de l'énergie, car ce sont ces clauses qui posent le principal problème pour la pratique. Comme M. Reinisch l'a souligné à juste titre, c'est la compatibilité avec les règles constitutionnelles et autres conditions du droit interne qui constitue le principal problème pratique de l'application provisoire.

En résumé, il reste de nombreuses questions à traiter au sein du Comité de rédaction en ce qui concerne les clauses types comme les projets de directive. M. Šturma n'est pas opposé au renvoi des deux projets de directive au Comité de rédaction, même s'il estime qu'ils nécessitent des modifications sur le fond.

M. Petrič remercie le Rapporteur spécial de son excellent travail sur un sujet complexe. Il remercie aussi le secrétariat pour son étude, où figurent des

informations précieuses qui aideront la Commission à mener à bien ses travaux sur le sujet. Étant donné que la Commission élabore un guide de la pratique, ses travaux devront s'appuyer autant que possible sur des recherches sur la pratique des États : il y a peu de place pour le raisonnement théorique comme base de propositions sur le sujet.

M. Petrič convient avec le Rapporteur spécial qu'il n'est pas nécessaire d'élaborer un projet de directive sur l'application provisoire des modifications apportées aux traités. Il est en outre fermement convaincu que le caractère entièrement volontaire de l'application provisoire des traités devrait être clairement énoncé quelque part dans le projet de directives. L'application provisoire est une pratique résultant uniquement de la volonté des États, motivée par leurs besoins à un moment donné.

Si l'on en croit les observations des orateurs précédents et ses propres réactions au projet de directive 8 *bis*, l'absence de pratique pertinente pose un grave problème, mais la cessation ou la suspension de l'application provisoire est également une question complexe, qui peut néanmoins être traitée de manière constructive par le Comité de rédaction.

En outre, M. Petrič a de sérieuses réserves au sujet du projet de directive 5 *bis* relatif à la formulation des réserves à l'application provisoire. En réalité, la question qui se pose est celle de savoir comment combiner deux régimes juridiques distincts : le régime des réserves et le régime de l'application provisoire, qui sont tous deux motivés, non pas par des considérations logiques, mais par les besoins des États, et qui prennent diverses formes. Il faudrait faire preuve de souplesse, réfléchir sérieusement et observer la pratique des États en la matière.

M. Petrič souscrit pleinement au raisonnement que le Rapporteur spécial a exposé au paragraphe 79 de son rapport, à savoir que l'application provisoire est parfois préférée pour des raisons tenant davantage aux effets juridiques qu'elle produit au plan interne qu'à ceux qu'elle engendre à l'échelle internationale. En tant qu'ancien juge constitutionnel, il peut dire que l'application provisoire est toujours un problème de droit constitutionnel dans un système juridique interne. De plus, cette application présente une situation plutôt intéressante. Normalement, un traité entre en vigueur par ratification – un acte du pouvoir législatif – mais dans de nombreux cas, l'application provisoire est un acte du pouvoir exécutif.

M. Petrič est fermement convaincu que c'est une erreur que d'essayer de traiter le problème simplement par l'intermédiaire d'une clause « sans préjudice », et il

est opposé à l'examen du projet de directive 5 *bis* par le Comité de rédaction. Il n'a en revanche rien contre le fait que la question des réserves soit traitée dans le commentaire ou, comme l'a proposé M. Rajput, dans le projet de directive 6 ou, pour être très ambitieux, dans une clause indépendante. Une clause « sans préjudice » serait trompeuse, car elle porterait à croire qu'une réserve à l'application provisoire n'a aucun effet, ouvrant ainsi la porte à l'insécurité juridique : les États ne sauraient pas avec certitude s'ils sont liés par une réserve à l'application provisoire, quand ils peuvent l'être et quand ils ne le seront pas.

En effet, avec le projet de directive 5 *bis* tel qu'il est formulé actuellement, non seulement la Commission s'engagera dans les eaux troubles de l'incertitude, mais elle risque aussi de sortir du cadre de son mandat. En vertu de son statut, elle a pour tâche de codifier le droit sur la base d'une pratique cohérente, mais même dans le cas du développement progressif, il faut démontrer l'existence d'un minimum de pratique. Pendant toutes les années où il a été membre de la Commission, M. Petrič ne se souvient pas que celle-ci ait jamais débattu d'un sujet pour lequel elle n'avait trouvé aucune pratique existante. En fin de compte, il n'y a pas besoin de clause « sans préjudice » pour quelque chose qui n'existe pas réellement.

M. Petrič trouve les clauses types très intéressantes et n'a pas d'objections majeures à leur égard. Toutefois, s'agissant d'un sujet qui reflète la pratique des États, il vaudrait mieux adopter l'approche proposée par M. Murphy, à savoir élaborer un recueil présentant systématiquement les exemples les plus importants de clauses effectivement utilisées dans la pratique des États.

Enfin, M. Petrič espère comme le Rapporteur spécial que les travaux sur le sujet à l'examen pourront être achevés à la session en cours. Ce serait un résultat très positif car l'application provisoire est de plus en plus fréquente, même dans des domaines qui concernent l'existence même de l'humanité, comme les traités sur les armes nucléaires.

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

M. Vázquez-Bermúdez (Président du Groupe de travail sur la détermination du droit international coutumier) dit que le Groupe de travail se compose des membres dont le nom suit : M. Argüello Gómez, M. Cissé, M. Gómez-Robledo, M. Grossman Guiloff, M. Huang, M. Jalloh, M^{me} Lehto, M. Murase, M. Murphy, M. Nolte, M^{me} Oral, M. Ouazzani Chahdi, M. Park, M. Rajput, M. Reinisch, M. Ruda Santolaria et

M. Saboia, ainsi que Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) et M^{me} Galvão Teles (Rapporteuse), membres de droit.

La séance est levée à 12 h 15 pour permettre au Comité de rédaction sur la détermination du droit international coutumier de se réunir.