



Assemblée générale

Soixante-neuvième session

Documents officiels

Distr. générale
20 novembre 2014
Français
Original : anglais

Sixième Commission

Compte rendu analytique de la 26^e séance

Tenue au Siège, à New York, le lundi 3 novembre 2014, à 15 heures

Président : M. Pašić (Vice-Président) (Bosnie-Herzégovine)

puis : M. Gharibi (Vice-Président) (République islamique d'Iran)

Sommaire

Point 78 de l'ordre du jour : Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session (*suite*)


Le présent compte rendu est sujet à rectifications.

Celles-ci doivent être signées par un membre de la délégation intéressée, adressées dès que possible au Chef du Groupe du contrôle des documents (srcorrections@un.org) et portées sur un exemplaire du compte rendu.

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

14-63836X (F)



Merci de recycler 



En l'absence de M. Manongi (République-Unie de Tanzanie), M. Pašić (Bosnie-Herzégovine), Vice-Président, prend la présidence.

La séance est ouverte à 15 h5.

Point 78 de l'ordre du jour : Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session (suite)
(A/69/10)

1. **Le Président** invite la Commission à poursuivre son examen des chapitres X à XIII du rapport de la Commission du droit international (CDI) sur les travaux de sa soixante-sixième session (A/69/10).

2. **M^{me} Faden** (Portugal) déclare, sur le sujet « Détermination du droit international coutumier », que sa délégation approuve l'approche des deux éléments adoptée par le Rapporteur spécial, qui tient compte à la fois de la pratique et de l'*opinio juris*. Elle estime que la partie invoquant l'existence d'une règle du droit coutumier doit prouver cette existence, et convient qu'un juge a le pouvoir d'examiner d'office l'existence d'une règle du droit international coutumier donnée, ce que semble également penser la Cour internationale de Justice comme l'atteste l'arrêt qu'elle a rendu le 20 novembre 1950 dans l'affaire du *Droit d'asile (Colombie/Pérou)*.

3. La pratique des organisations internationales est pertinente pour déterminer l'existence des règles coutumières car de nombreuses organisations internationales, comme l'Union européenne, exercent des compétences qui leur ont été transférées par des États souverains. La pratique des autres acteurs non étatiques mérite peut-être aussi d'être étudiée. À cet égard, l'étude bien connue du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international humanitaire coutumier vise la pratique d'acteurs non étatiques, et le tribunal arbitral spécial constitué dans l'affaire *Gouvernement du Koweït c. American Independent Oil Company (Aminoil)* a jugé que les sociétés privées pouvaient contribuer à la formation du droit international coutumier.

4. Pour ce qui est de la définition du droit international coutumier, l'expression « acceptée comme étant le droit » est trop étroitement associée à une simple adhésion volontaire au droit qui fait écho à la décision rendue en 1927 dans l'affaire du *Lotus (France c. Turquie)*, tandis que l'expression « *opinio juris* » implique davantage une conviction de

l'existence d'une obligation juridique définie ou la nécessité de s'y conformer. Une telle conviction peut reposer sur certaines considérations éthiques ou morales ou avoir son origine dans des contextes sociaux spécifiques. La CDI devrait donc étudier plus avant la question de la formation de l'*opinio juris* au fil du temps, afin de déterminer à quel moment l'on peut dire qu'elle existe relativement à une certaine pratique. À cet égard, il est intéressant de noter que dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice utilise des expressions temporelles quelque peu énigmatiques comme « l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle » ou « *opinio juris* naissante ».

5. Dans la poursuite de ses travaux si nécessaires sur le sujet, la CDI devra prendre position sur différentes approches théoriques du droit international coutumier et du droit international en général. Les travaux sur le sujet devraient aboutir à un résultat souple et pragmatique, par exemple un guide de la pratique, qui aidera les praticiens à déterminer le droit international coutumier.

6. S'agissant de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, si la préservation de l'environnement est l'axe principal des travaux, elle va de pair avec le désarmement, la non-prolifération, la prévention des conflits et la restriction progressive, juridique et politique, du recours aux conflits armés. La délégation portugaise souscrit à la proposition de la Rapporteuse spéciale d'envisager le sujet en trois phases, à savoir avant, pendant et après le conflit armé. Cette distinction doit toutefois être opérée uniquement aux fins de l'analyse, pour faciliter l'identification des obligations et des effets à différents moments en ce qui concerne la protection de l'environnement. Sans préjudice d'une approche intégrée, la phase la plus importante est la deuxième – la protection de l'environnement durant un conflit armé – puisque c'est surtout durant cette phase que des dommages sont causés à l'environnement.

7. La CDI doit aussi tenir compte du droit des conflits armés, qui envisage la protection de l'environnement dans une mesure limitée. Si les obligations juridiques internationales existantes sont insuffisantes, la CDI devrait envisager de développer progressivement le droit. De plus, comme l'impact des conflits armés sur l'environnement dépend dans d'une

large mesure du type d'armes utilisées, la question des armes doit nécessairement être traitée, ne serait-ce que dans une perspective générale. L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* peut donner des indications utiles à cet égard.

8. Les conflits armés non internationaux ne doivent pas être négligés dans l'analyse de l'impact des conflits armés sur l'environnement, car la plupart des conflits armés actuels sont des conflits internes, dont bon nombre ont un lien avec des ressources naturelles. Les conflits armés entre acteurs non étatiques, ou entre acteurs non étatiques et États, doivent donc être pris en compte dans le cadre du sujet. Toutefois, comme un conflit armé implique un degré minimum d'intensité dans les hostilités, il conviendrait d'indiquer que sont exclues « les tensions internes et les troubles intérieurs », pour reprendre la formule utilisée dans le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

9. La forme que devrait prendre le résultat final des travaux sur le sujet dépendra de la manière dont les travaux de la CDI visant à déterminer le droit existant sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés évolueront; il est encore trop tôt pour prendre position sur cette question. Au stade actuel, la délégation portugaise n'exclut pas la nécessité d'un développement progressif.

10. S'agissant du sujet « Application provisoire des traités », la délégation portugaise convient que l'application provisoire donne naissance à des obligations juridiques conventionnelles comme si le traité était en vigueur pour les signataires qui l'appliquent à titre provisoire. Il est clair que la décision d'un État d'appliquer provisoirement des règles conventionnelles doit être autorisée par son droit interne. Pour cette raison, si la CDI doit essentiellement axer ses travaux sur les aspects de l'application provisoire relevant du droit international, une étude comparative des législations internes en la matière serait aussi utile puisque l'objectif des travaux sur le sujet est de donner des indications aux États.

11. La délégation portugaise pense comme le Rapporteur spécial que le manquement à une obligation découlant de l'application provisoire d'un traité devrait avoir les mêmes conséquences juridiques

que la violation d'un traité déjà en vigueur; un tel manquement peut constituer un fait illicite et, en tant que tel, engager la responsabilité internationale. La délégation portugaise appuie également la décision du Rapporteur spécial de tenir compte du régime juridique applicable à l'application provisoire des traités entre États et organisations internationales et entre organisations internationales. Outre la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine doivent aussi être prises en considération. Comme les travaux de la CDI visent à clarifier le régime juridique de l'application provisoire des traités, le mieux serait peut-être que le résultat des travaux sur le sujet prenne la forme d'un guide accompagné de commentaires et de clauses types.

12. S'agissant de la clause de la nation la plus favorisée, la délégation portugaise note non seulement le nombre croissant d'affaires touchant cette clause, mais aussi le nombre croissant d'opinions dissidentes jointes aux sentences arbitrales, qui démontre l'existence de positions divergentes concernant l'interprétation correcte de ces clauses. Si certaines décisions suivent la logique générale de la sentence *Emilio Agustín Maffezini c. le Royaume d'Espagne* et affirment que la clause de la nation la plus favorisée s'applique bien aux dispositions relatives au règlement des différends, d'autres décisions suivent la sentence *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, qui retient la solution opposée. L'étude menée par la CDI des diverses tendances et approches en matière d'interprétation des clauses de la nation la plus favorisée est déjà en elle-même un résultat utile. Par ses travaux, la CDI aidera les États, les organisations internationales, les investisseurs et les cours et tribunaux et contribuera ainsi à la certitude et la stabilité nécessaires dans le domaine des investissements.

13. **M. Scullion** (Royaume-Uni) dit que les travaux de la CDI sur le sujet « Détermination du droit international coutumier » présentent un intérêt pratique réel. La délégation britannique approuve l'approche des deux éléments adoptée par le Rapporteur spécial, qui tient compte à la fois de la pratique des États et de l'*opinio juris*. Elle convient également que le *jus cogens* ne devrait pas être examiné en détail dans le cadre du sujet, car la question de savoir si une règle est une règle du *jus cogens* est différente de celle de savoir si elle constitue une règle du droit international coutumier. Lorsque des parties à un procès devant les

tribunaux internes du Royaume-Uni avancent des arguments fondés sur le droit international coutumier, les juges recherchent des indications dans les arrêts de la Cour internationale de Justice, mais il n'y a actuellement aucun texte de référence faisant autorité susceptible de les aider. Un résultat pratique des travaux de la CDI prenant la forme d'un ensemble de conclusions accompagnées de commentaires serait utile aux juges et autres praticiens du droit pour déterminer si une règle du droit international coutumier existe ou non.

14. La délégation britannique souscrit d'une manière générale à l'approche suivie dans les projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction ainsi qu'à la teneur de ceux-ci. Elle attend avec intérêt les projets de commentaire y relatifs, ainsi que la poursuite de l'examen des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport (A/CN.4/672) et que le Comité de rédaction doit encore examiner.

15. S'agissant de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la délégation britannique se félicite que la Rapporteuse spéciale ait confirmé que les phases I et III demeuraient l'objet principal des travaux et que la CDI n'avait pas l'intention de modifier le droit des conflits armés. S'agissant de la phase II, la proposition d'élaborer des directives assorties d'exemples de règles du droit international susceptibles d'être maintenues en application durant un conflit armé peut constituer une initiative utile, à condition que les règles en question se limitent au domaine de l'environnement et reconnaissent le caractère de *lex specialis* du droit des conflits armés, qui comprend déjà des règles relatives à la protection de l'environnement.

16. La délégation britannique souscrit à la proposition de la Rapporteuse spéciale d'exclure des travaux des sujets tels que l'exploitation des ressources naturelles, la protection du patrimoine culturel et les effets de certaines armes. Les troubles et tensions internes, comme les émeutes, devraient également être exclus du sujet. Plus généralement, les travaux ne devraient pas porter sur des questions non encore tranchées et souvent controversées dans les domaines du droit international de l'environnement, du droit des droits de l'homme et du droit des peuples autochtones. De plus, il n'est pas approprié que les États soient tenus d'élaborer des études d'impact sur l'environnement dans le cadre de la planification

d'opérations militaires. Enfin, la délégation britannique pense comme la Rapporteuse spéciale que le sujet se prête davantage à l'élaboration de directives non contraignantes qu'à celles d'une convention.

17. S'agissant de l'application provisoire des traités, la délégation du Royaume-Uni attache une importance particulière à l'analyse des effets juridiques de l'application provisoire au niveau international et regrette que le deuxième rapport du Rapporteur spécial ne contienne pas un état plus détaillé de la pratique des États. Il faut espérer que le rapport suivant contiendra davantage d'informations, car il est essentiel d'avoir un tableau plus précis de la pratique des États avant de pouvoir présenter d'éventuelles conclusions.

18. S'agissant de la clause de la nation la plus favorisée, la délégation britannique se félicite des progrès réalisés par le Groupe d'étude dans son examen au fond et technique du projet de rapport final. Elle approuve son intention d'abrégier ce rapport et d'en actualiser certains éléments à la lumière d'affaires récentes, et se félicite qu'il soit déterminé à faire en sorte que le rapport final présente une utilité pratique pour ceux qui travaillent dans le domaine des investissements et ceux qui élaborent les politiques. Elle appuie aussi la position générale du Groupe d'étude selon laquelle il ne serait pas approprié d'élaborer de nouveaux projets d'article ou de réviser le projet d'articles de 1978.

19. **M. Popkov** (Biélorus) déclare, au sujet de la détermination du droit international coutumier, que le travail accompli par le Rapporteur spécial aidera la CDI à élaborer un outil pratique qui sera utile non seulement pour les spécialistes du droit international mais pour un large éventail de praticiens. Pour déterminer les règles du droit international coutumier, il faut aussi comprendre comment elles se forment. La délégation biélorussienne appuie l'approche des deux éléments suivie par le Rapporteur spécial. Si les règles du droit international coutumier sont plus difficiles à appréhender que les règles conventionnelles, elles n'en sont pas moins les règles du droit international les plus largement acceptées et sont l'épine dorsale de ce droit. Il serait logique d'envisager d'élargir les projets de conclusion au *jus cogens* et aux normes généralement acceptées du droit international, qui ont aussi le statut de règles du droit international coutumier.

20. La notion de pratique générale ne doit pas limiter la portée du sujet. La délégation biélorussienne

approuve l'intention du Rapporteur spécial d'examiner la question du droit international coutumier spécial ou régional, y compris la coutume bilatérale, dans le troisième rapport qu'il doit présenter en 2015. À cet égard, on peut se demander dans quelle mesure la définition du droit international coutumier qu'il propose dans le projet de conclusion 2 tient compte des notions bien acceptées des coutumes régionales ou bilatérales. De plus, la définition de l'expression « organisation internationale » peut peut-être être élargie afin qu'il soit possible d'appliquer les projets de conclusion sans renvoi à d'autres sources.

21. La délégation biélorussienne convient que, s'agissant du rôle de la pratique dans la formation des règles coutumières, il faut comprendre la pratique des États, y compris dans le cadre des organisations internationales. Pour cette raison, l'expression « avant tout » qui figure dans le projet de conclusion 5 proposé par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport (A/CN.4/672) n'est pas appropriée. Il devrait, dans ses rapports futurs, examiner dans quelle mesure la pratique des États agissant au sein d'une organisation internationale affecte le développement du droit international coutumier. Il serait aussi utile d'examiner les conséquences juridiques précises du silence en tant que manifestation de la pratique des États intéressant le développement des règles coutumières, y compris dans le cadre d'une interprétation dynamique des documents constitutifs d'une organisation internationale par d'autres États ou par le secrétariat de l'organisation. De plus, il convient de noter que l'acceptation d'une règle coutumière est confirmée par l'action d'un État qui renonce à certains avantages ou intérêts pour appliquer cette règle. Une analyse plus approfondie est nécessaire sur ce point.

22. Dans certains cas, le développement du droit international coutumier peut dépendre des caractéristiques ou capacités techniques, scientifiques, géographiques ou autres des États. Pour cette raison, peut-être est-il raisonnable de retenir la notion d'« États particulièrement intéressés », tout en veillant à ce que les intérêts légitimes des autres sujets de droit international et le principe de l'égalité souveraine des États soient respectés.

23. Sur le sujet de l'application provisoire des traités, il importe d'analyser la distinction entre les effets juridiques, aux niveaux national et international, de l'application provisoire d'un traité et ceux de son entrée en vigueur. Un mécanisme souple devrait être

créé en matière d'application provisoire des traités, compte tenu des contraintes constitutionnelles et de la diversité des législations nationales, et en assurant la stabilité et la certitude des obligations conventionnelles et la pratique correspondante s'agissant de faire respecter le droit.

24. Si l'intention d'appliquer provisoirement un traité a un impact direct sur les droits et obligations de l'État concerné, un autre État au moins doit aussi reconnaître ladite application provisoire pour que naissent des obligations internationales. Un acte unilatéral ne peut qu'appliquer une règle conventionnelle internationale en droit interne, et non créer des obligations correspondantes pour les autres parties contractantes. La délégation biélorussienne convient que la forme sous laquelle l'intention d'appliquer provisoirement un traité est exprimée aura un impact direct sur la portée des obligations contractées. Il importe donc non seulement qu'un État exprime son intention d'appliquer provisoirement un traité mais aussi que cette intention soit établie et portée à la connaissance d'autres sujets de droit international. Il faudrait aussi envisager dans quelle mesure un État est libre de mettre fin à l'application provisoire d'un traité, dans le cadre du traité et de sa pratique législative.

25. La Constitution de certains États exigeant que les actes juridiques créant des droits et des obligations pour leurs citoyens soient officiellement publiés, il serait souhaitable d'envisager d'inclure des dispositions prévoyant un délai pour l'application provisoire des traités internationaux affectant directement les droits et obligations de personnes physiques et morales afin que ces traités puissent être publiés avant que l'application provisoire ne commence. Pour tenir compte de la législation des États qui n'autorisent pas l'application provisoire des traités internationaux, la pratique de l'acceptation des réserves aux traités et des déclarations, lorsqu'elles ont trait à l'application provisoire, devrait aussi être examinée.

26. Sur le sujet de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la délégation biélorussienne appuie l'approche globale suivie par la Rapporteuse spéciale. Comme les conflits armés modernes affectent souvent les intérêts d'un grand nombre d'États, des normes très diverses relevant par exemple du droit international humanitaire, du droit de l'environnement et des droits de l'homme peuvent être applicables. La CDI devrait toutefois déterminer quel

domaine du droit est la *lex specialis* du sujet, puis appliquer en conséquence les principes et les normes fondamentales en vigueur dans ce domaine du droit. Dans sa tâche de codification et de développement progressif, elle doit aussi tenir compte des niveaux de développement socioéconomique. Tous les États ne sont pas en mesure d'appliquer intégralement les meilleures pratiques décrites par la Rapporteuse spéciale; c'est pourquoi des normes minimum axées sur la pratique devraient être établies.

27. Si la délégation bélarussienne approuve la perspective temporelle adoptée par la Rapporteuse spéciale, les travaux de la CDI devraient porter principalement sur la phase II. Il faut aussi faire en sorte que la terminologie utilisée ne modifie pas la définition classique du conflit armé; à cet égard, il conviendrait d'utiliser la définition du droit international humanitaire ou, à tout le moins, celle figurant sur les articles des effets des conflits armés sur les traités.

28. Pour ce qui est des conflits armés non internationaux comme ceux qui opposent deux groupes armés sur le territoire d'un État, on peut se demander si les participants à ces conflits peuvent ou veulent s'acquitter d'obligations juridiques internationales en matière de protection de l'environnement, quelles qu'elles soient. Les États, en tant que sujets de droit international, ne contrôlent généralement pas suffisamment de telles situations pour pouvoir influencer le comportement de ces participants, sauf à engager ultérieurement la responsabilité de ceux-ci. Ils sont donc confrontés aux conséquences environnementales de tels conflits armés non internationaux sur leur territoire. La CDI devrait envisager d'adapter les conclusions adoptées dans le cadre de ses travaux en cours sur la protection des personnes en cas de catastrophe pour les appliquer à la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés. De plus, l'examen du contenu juridique de la notion de développement durable, du principe de précaution et du principe de prévention serait utile non seulement pour les travaux sur le sujet à l'examen mais aussi pour le développement progressif du droit international en général.

29. **M^{me} Telalian** (Grèce) dit, en ce qui concerne la détermination du droit international coutumier, que si l'approche des deux éléments est généralement applicable, des variations dans le poids relatif à accorder à chacun dans certains domaines spécifiques

du droit international, comme le droit des droits de l'homme, devraient être analysées plus avant. La mention de l'« inaction » comme forme de pratique intéressant la détermination du droit coutumier, si elle est acceptable dans son principe, doit être subordonnée à des conditions. C'est l'inaction délibérée d'un État intéressé à l'égard de la pratique en question, souvent considérée en relation avec un acte, une proposition ou une déclaration d'un autre État appelant une réaction, qui peut être pertinente, et pas n'importe quelle forme d'inaction. Pour cette raison, les mots « dans certaines circonstances » qui accompagnent le mot « inaction » au paragraphe 1 du projet de conclusion 6 [7] (Formes de pratique), tel que provisoirement adopté par le Comité de rédaction, doivent être conservés.

30. Les États peuvent suivre une pratique générale en considérant qu'un droit est exercé ou une obligation exécutée conformément au droit international. À cet égard, l'expression « sentiment d'obligation juridique » qui figure dans le projet de conclusion 10 proposé par le Rapporteur spécial est indûment restrictive, car elle ne semble pas s'appliquer aux cas où une pratique est considérée comme l'exercice d'un droit juridique. Peut-être est-il préférable de la remplacer par une expression plus large, comme « un sentiment d'appliquer une norme juridiquement contraignante au regard du droit international » ou, pour reprendre les termes utilisés par la Cour internationale de Justice dans son arrêt dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, « par le sentiment que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit qui la prescrit ». De plus, il serait utile que la CDI donne des indications sur la relation entre le droit international coutumier et les traités et principes généraux du droit, et en particulier sur la manière dont un principe général peut évoluer pour devenir une règle coutumière. Lorsqu'elle examinera la notion d'« objecteur persistant », la CDI pourra aussi donner des éclaircissements sur les « principes généraux du droit international », que certains auteurs considèrent comme des règles valides pour tous les États, quelle que soit leur attitude durant la formation de ces règles.

31. Si les décisions des juridictions internationales sur l'existence de règles du droit international coutumier ne constituent pas une « pratique générale », la jurisprudence internationale a néanmoins une influence normative indirecte mais décisive que la CDI devrait examiner plus avant dans le cadre de ses

travaux futurs et mentionner dans le commentaire, de préférence sous le projet de conclusion 3 [4] provisoirement adopté par le Comité de rédaction, qui concerne l'identification des deux éléments de la coutume internationale. La délégation grecque compte également que le Rapporteur spécial examinera à l'avenir la pratique normative des organisations internationales dans le domaine du droit coutumier et elle souligne le rôle important que jouent les organisations d'intégration régionale à cet égard. Les effets normatifs des résolutions adoptées par les organes des organisations internationales méritent une attention particulière car, bien qu'il s'agisse d'actes attribuables à l'organisation concernée, ils peuvent, dans certaines circonstances, traduire l'*opinio juris* collective des États participant à leur adoption.

32. Sur le sujet de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la délégation grecque appuie l'approche temporelle en trois phases adoptée par la Rapporteuse spéciale, qui permet d'examiner les normes applicables de manière unifiée, qu'elles aient leur origine dans le droit des conflits armés, le droit international de l'environnement ou le droit des droits de l'homme. S'agissant de la portée du sujet, la question de la protection du patrimoine naturel, auquel une protection spéciale est accordée par la Convention de 1972 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, ne peut être laissée de côté. La référence dans le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/674) à la définition du patrimoine naturel figurant dans cette convention donne à penser que la question sera examinée plus avant dans les rapports suivants. La délégation grecque s'en féliciterait.

33. Certains des principes fondamentaux du droit international de l'environnement présentés dans le rapport préliminaire comme susceptibles de continuer de s'appliquer durant un conflit armé sont incontestablement pertinents pour l'étude du sujet. Un exemple en est donné par le principe de précaution, en ayant à l'esprit que l'article 57, paragraphe 3, du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, entre autres dispositions du droit international humanitaire, suit une approche de précaution. Par contre, l'applicabilité du principe de durabilité est moins évidente et mérite d'être examinée avec soin. L'obligation de prévention est une obligation de diligence qui découle de la règle beaucoup plus large interdisant de causer un dommage, qui comprend

également des obligations de maîtrise et de réduction des dommages à l'environnement. Pour la délégation grecque, c'est l'applicabilité en cas de conflit armé de la règle interdisant de causer un dommage qui devrait être examinée dans son intégralité.

34. L'obligation mentionnée dans le rapport de la Rapporteuse spéciale de donner des informations à la population en ce qui concerne l'environnement gagne en importance depuis l'adoption et l'entrée en vigueur de la Convention de 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus). Le champ d'application de la clause de sauvegarde figurant dans cette Convention, selon laquelle une demande d'informations sur l'environnement peut être rejetée au cas où la divulgation de ces informations aurait des incidences défavorables sur la défense nationale, devrait donc être examiné de manière approfondie. Enfin, sur la question des droits de l'homme, les rapports futurs devraient tenir compte du débat en cours sur l'apparition d'un droit à l'eau.

35. Pour ce qui est du sujet « Application provisoire des traités », la question fondamentale des effets juridiques de l'application provisoire mérite d'être examinée plus avant, en particulier à la lumière de la pratique des États en la matière. Toutefois, étant donné les disparités dans cette pratique, le Rapporteur spécial devrait d'abord analyser de manière plus approfondie les circonstances dans lesquelles les États ont recours à l'application provisoire. De plus, la décision d'appliquer provisoirement un traité dépend également des prescriptions de la législation nationale de l'État concerné. Pour cette raison, certaines dispositions conventionnelles indiquent que les États contractants doivent appliquer provisoirement un accord international uniquement dans la mesure où leurs législations nationales respectives le permettent.

36. Il est crucial de tenir compte de la pratique des États et judiciaire pertinente pour examiner les conséquences découlant du manquement à une obligation énoncée dans un traité appliqué provisoirement. Il serait prématuré de supposer, sans aller plus loin, que les règles relatives à la responsabilité pour fait internationalement illicite doivent s'appliquer dans de tels cas, alors qu'une telle conclusion n'est pas étayée par une pratique suffisamment abondante. La délégation grecque partage aussi les préoccupations de certains membres

de la CDI en ce qui concerne l'applicabilité des règles relatives aux actes unilatéraux des États, car l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités prévoit expressément un accord entre des États ayant participé à la négociation. Si la notion doit être étudiée plus avant, la délégation grecque se félicite de la clarification donnée par le Rapporteur spécial selon laquelle il s'est délibérément abstenu de qualifier la déclaration unilatérale d'un État indiquant son intention d'appliquer provisoirement un traité de « source » des obligations juridiques et l'a considérée comme leur « origine » au sens temporel, en d'autres termes l'acte qui déclenche l'application provisoire.

37. **M. Redmond** (Irlande) déclare, au sujet de la détermination du droit international coutumier, que les résultats des travaux de la CDI sur le sujet devraient fournir des indications claires et pratiques non seulement aux praticiens actifs au niveau international mais également à ceux actifs au plan interne; dans le même temps, ils ne doivent pas être indûment prescriptifs et doivent traduire la souplesse inhérente au droit international coutumier. S'agissant des projets de conclusion, la délégation irlandaise convient que la clause « sans préjudice » initialement proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 2 du projet de conclusion 1 doit être omise et la question traitée dans le commentaire.

38. Dans le projet de conclusion 2 [3] provisoirement adopté par le Comité de rédaction, le processus de prise en considération des deux éléments constitutifs, à savoir la pratique générale et son acceptation comme étant le droit, est clair. S'il convient, pour assurer l'harmonie entre la pratique et le commentaire, de suivre étroitement le texte du Statut de la Cour internationale de Justice, l'insertion des mots « qui est » entre « pratique générale » et « acceptée comme étant le droit » indiquerait utilement que les deux éléments sont distincts. La délégation irlandaise appuie également l'ajout des mots « *opinio juris* » (après « acceptée comme étant le droit »), étant donné l'importance centrale de l'expression. Elle convient que l'interaction entre les deux éléments constitutifs doit être examinée plus avant, en ce qui concerne en particulier les implications temporelles potentielles des projets de conclusion actuels, ainsi que la question du « double comptage ». Elle se félicite de l'inclusion d'une référence expresse à la pratique des organisations internationales dans le projet de conclusion 4 [5] provisoirement adopté par le Comité

de rédaction, et attend avec intérêt l'examen de cette pratique par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport. Elle est favorable, dans le projet de conclusion 5 [6] (Conduite de l'État en tant que pratique de l'État), à une approche axée sur les fonctions de l'État plutôt que sur les actes qui lui sont attribuables.

39. La délégation irlandaise estime qu'il faut faire preuve de prudence en ce qui concerne l'inaction comme forme de pratique des États. Elle accueille donc avec satisfaction les deux propositions du Comité de rédaction, consistant, premièrement, à faire figurer la question de l'inaction au paragraphe 1 du projet de conclusion 6 [7] au lieu de lui consacrer un paragraphe distinct et, deuxièmement, à indiquer expressément que l'inaction peut valoir pratique « dans certaines circonstances ». Pour évaluer l'inaction comme forme de pratique, le contexte est particulièrement important et jouera vraisemblablement un plus grand rôle que dans l'évaluation des autres formes de pratiques. Les questions recensées au paragraphe 163 du rapport de la CDI doivent être examinées plus avant.

40. Sur le sujet de l'application provisoire des traités, la délégation irlandaise se félicite de l'accent mis dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/675) sur les effets juridiques de fond de l'application provisoire des traités au niveau international, et souscrit à l'observation fondamentale selon laquelle tant la pratique des États que la jurisprudence montrent que l'application provisoire des traités produit des effets juridiques. Elle note avec intérêt la prise en compte dans le contexte de l'application provisoire des travaux antérieurs de la CDI sur les actes unilatéraux des États capables de créer des obligations juridiques. Si l'effet d'un engagement unilatéral d'appliquer provisoirement tout ou partie d'un traité est un aspect utile du sujet, il faut maintenir une distinction claire entre les principes ou conclusions intéressants de tels actes unilatéraux et la prise en compte de l'application provisoire d'un traité mutuellement convenue par les parties ayant participé à la négociation. À cet égard, il peut aussi être utile, en ce qui concerne certains aspects du sujet, d'envisager les traités bilatéraux et multilatéraux séparément. Enfin, les questions recensées aux paragraphes 242 et 247 du rapport de la CDI doivent être examinées plus avant; une étude de la pratique des dépositaires serait particulièrement utile.

41. **M^{me} Benešová** (République tchèque) déclare, sur le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés », que sa délégation appuie l'approche en trois phases qui a été adoptée. Les travaux de la CDI devraient en premier lieu recenser les règles et principes du droit international de l'environnement applicables en cas de conflit armé, sans modifier le droit des conflits armés lui-même, et déterminer si ces règles et principes peuvent clarifier et compléter les principes du droit international humanitaire relatifs à la protection de l'environnement durant les conflits armés internationaux et non internationaux. Il faut distinguer clairement entre la protection de l'environnement et la protection du patrimoine culturel, compte tenu des textes existants sur la protection du patrimoine culturel en cas de conflit armé.

42. Sur le sujet de la détermination du droit international coutumier, la délégation tchèque apprécie l'approche équilibrée suivie par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport (A/CN.4/672), qui traduit à la fois des principes universellement reconnus et donne des indications spécifiques en vue de l'application pratique, conformément à l'objectif principal du sujet. Des progrès significatifs ont été faits dans la phase initiale de l'étude, qu'attestent en particulier la formulation des 11 projets de conclusion présentés dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial ainsi que l'adoption provisoire de 8 projets de conclusion par le Comité de rédaction.

43. La délégation tchèque se félicite que l'on ait maintenu l'approche des deux éléments, même si le poids relatif à accorder à chacun d'eux peut varier en fonction des circonstances, et elle attend avec intérêt l'examen de la relation entre la pratique et l'*opinio juris* à un stade ultérieur des travaux de la CDI. Elle approuve également l'utilisation des termes largement reconnus « pratique générale » et « acceptée comme étant le droit », tirés de l'article 38, paragraphe 1 b) du Statut de la Cour internationale de Justice. En ce qui concerne l'élément « pratique générale », la reconnaissance de la nécessité pour la pratique d'être constante comme inhérente à la notion de généralité dans le projet de conclusion 8 [9] adopté provisoirement par le Comité de rédaction est acceptable, car elle correspond à la définition générale adoptée dans le Statut de la Cour internationale de Justice. De plus, si la délégation tchèque reconnaît que les normes du *jus cogens* ne relèvent pas du sujet, elle

se félicite de la décision du Comité de rédaction de supprimer les mots « sans être forcément universelle », le paragraphe 1 du projet de conclusion 8 [9] expliquant déjà que la pratique doit seulement être « suffisamment répandue et représentative ». En ce qui concerne le second élément, « acceptée comme étant le droit », la délégation tchèque approuve les projets de conclusion 10 et 11 proposés par le Rapporteur spécial et félicite celui-ci pour la clarté et le caractère illustratif des directives sur la détermination pratique de l'*opinio juris*.

44. **M^{me} Carnal** (Suisse) déclare, au sujet de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, que sa délégation se félicite de la proposition de la Rapporteuse spéciale d'axer son rapport suivant sur le droit applicable durant les conflits armés tant internationaux que non internationaux. À cet égard, si une définition de l'expression « conflit armé » est nécessaire, elle doit reposer sur la définition utilisée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Duško Tadić alias « Dule »* et la jurisprudence postérieure portant sur les conflits armés entre groupes armés organisés. La délégation suisse souhaiterait disposer de davantage d'informations sur la manière dont les conclusions et recommandations relatives à chaque phase temporelle peuvent être synthétisées, en particulier dans les cas où il n'y a pas de démarcation claire entre les phases et où les règles s'appliqueront à plus d'une phase.

45. Le droit général de la protection des biens civils en vertu du droit international humanitaire durant les conflits armés nationaux comme non internationaux s'étend à l'environnement naturel. De plus, le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 prévoit la protection spéciale de l'environnement naturel en interdisant de causer « des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel » durant les conflits armés internationaux. À cet égard, la délégation suisse se demande si la protection spéciale accordée à l'environnement devrait être clarifiée ou renforcée, car les termes sont imprécis. De plus, elle se demande si les règles générales sur la protection des biens civils garantissent suffisamment la protection effective de l'environnement naturel dans la pratique. Si, effectivement, aucune disposition conventionnelle spécifique ne prévoit la protection de l'environnement durant les conflits armés non internationaux, il existe

plusieurs règles du droit international coutumier dont le champ d'application peut être élargi ou explicité. Enfin, il serait intéressant d'expliquer comment d'autres corps de droit, en particulier les droits de l'homme et le droit international de l'environnement, peuvent contribuer au sujet.

46. **M. van den Bogaard** (Pays-Bas) dit, en ce qui concerne la détermination du droit international coutumier, que sa délégation se demande s'il est légitime de fonder le projet de conclusion 6 relatif à l'attribution d'une pratique proposé par le Rapporteur spécial sur les règles d'attribution énoncées dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui servent manifestement un objectif différent. Si les actes de tous les organes de l'État peuvent contribuer à la pratique de l'État, déterminer l'attribution aux fins de la responsabilité est fondamentalement différent de l'évaluation des faits susceptibles d'être considérés comme constituant une pratique de l'État aux fins de déterminer l'existence d'une règle de droit.

47. En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 proposé par le Rapporteur spécial, la question de la confidentialité de la correspondance de l'État, par exemple des lettres ou notes verbales confidentielles, doit être encore clarifiée. Bien que de tels documents puissent attester l'*opinio juris* des États et sont donc hautement pertinents pour déterminer le droit coutumier, dans son deuxième rapport (A/CN.4/672) le Rapporteur spécial n'indique pas comment des documents confidentiels peuvent être pertinents s'ils ne sont pas d'une manière ou d'une autre publiés, ni quelles sont les implications en ce qui concerne les avis juridiques non publiés. Il est fréquent qu'il ne soit nullement nécessaire de publier de tels documents car ils ont pour objectif principal de communiquer un point de vue par la voie diplomatique de manière commode tout en demeurant confidentiels. D'une manière générale, les gouvernements ne publient pas leur correspondance confidentielle et ne le font éventuellement qu'en cas de problème, par exemple aux fins d'un procès ou pour répondre à une demande de la CDI. De fait, une grande partie de l'*opinio juris* n'est pas publiée.

48. La délégation néerlandaise met en garde contre l'inclusion d'une liste de manifestations de la pratique dans le projet de conclusion 7, paragraphe 2. S'agissant des formes de la pratique, l'accent devrait être mis sur les actes concrets des États. La pratique est l'élément

objectif dans la formation du droit international coutumier. À cet égard, des documents dans lesquels les gouvernements expriment leur avis juridique, comme les déclarations sur une entreprise de codification ou des actes liés à des résolutions, ne devraient pas être considérés comme une pratique comme l'a proposé le Rapporteur spécial, mais être rangés dans la catégorie de l'*opinio juris*.

49. La mention de « la jurisprudence interne » au paragraphe 2 du projet de conclusion 7 et de la « jurisprudence des juridictions internes » au paragraphe 2 du projet de conclusion 11 devrait être plus nuancée. On voit mal comment la jurisprudence peut contribuer à la pratique dans des États comme les Pays-Bas où il est traditionnellement interdit aux magistrats d'invoquer le droit international coutumier. Ces mentions semblent aussi supposer qu'une magistrature interne qui n'est pas familière avec le droit international peut contribuer à l'*opinio juris* indépendamment du Gouvernement. L'emploi de ces expressions est peut-être une conséquence du fait que le texte est fondé sur celui des règles d'attribution de la responsabilité de l'État qui, comme on l'a déjà dit, ont une fonction très différente.

50. En ce qui concerne le paragraphe 4 du projet de conclusion 7, la délégation néerlandaise pense avec le Rapporteur spécial que le rôle des organisations internationales dans la formation du droit international ne peut être passé sous silence. La pratique des organisations internationales est manifeste, mais la question de savoir comment leur *opinio juris* est établie doit être examinée. Il faut aussi examiner comment le mandat d'une organisation internationale détermine si elle peut avoir une *opinio juris* pertinente pour la création du droit international coutumier. Si l'étendue du pouvoir d'une organisation internationale de conclure des traités tend à être énoncée dans son acte constitutif, on voit mal comment ce pouvoir est lié à l'*opinio juris*.

51. La délégation néerlandaise approuve d'une manière générale l'idée énoncée au paragraphe 4 du projet de conclusion 9 selon laquelle la pratique des « États particulièrement intéressés » est importante dans l'évaluation de la pratique, mais juge que l'examen de la question par le Rapporteur spécial dans son rapport (A/CN.4/672, par. 54) est trop succinct. On voit mal si les « États particulièrement intéressés » sont les mêmes que les « États intéressés » visés au paragraphe 64 du rapport en ce qui concerne l'*opinio*

juris. La délégation néerlandaise souhaiterait que soient également étudiés d'autres aspects de la détermination des « États particulièrement intéressés », y compris le point de savoir s'il s'agit des États qui seraient confrontés à une charge accrue du fait d'une nouvelle règle et comment les changements technologiques affecteraient l'élaboration des règles et la manière dont elles sont appliquées aux différents États. Par exemple, lorsque le droit évolue en raison de l'apparition de nouvelles technologies dans le domaine des armements, les États qui possèdent une technologie moderne dans ce domaine comme ceux qui n'en possèdent pas semblent être particulièrement intéressés par la manière dont le droit se développe en la matière.

52. S'agissant du sujet de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, il importe de délimiter le champ de l'étude pendant que celle-ci est encore dans ses phases initiales afin d'éviter d'y inclure des questions qui ne feraient que compliquer la tâche de la CDI. L'approche prudente suivie par la Rapporteuse spéciale, y compris la possibilité d'utiliser une clause « sans préjudice », est donc la bienvenue. Étant donné que l'objectif général de l'étude est de clarifier les règles et principes du droit international de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la délégation néerlandaise pense comme la Rapporteuse spéciale que le droit des conflits armés existant ne doit pas être modifié. Les définitions de travail que pourra proposer la Rapporteuse spéciale pour définir les paramètres de l'étude ne doivent pas nécessairement figurer dans le texte final. L'expression « conflit armé » a été définie par le droit international humanitaire et ne doit pas être redéfinie par la CDI.

53. S'agissant de l'application provisoire des traités, la délégation néerlandaise appuie la décision prise par le Rapporteur spécial de concentrer son analyse sur les effets juridiques qu'elle produit au niveau international. Elle souhaiterait davantage d'éclaircissements sur la distinction faite entre le régime juridique de l'entrée en vigueur et celui de l'application provisoire à la lumière des différentes situations, y compris celles dans lesquelles le régime conventionnel prévoit un cadre institutionnel ou un secrétariat qui ne deviendra pleinement effectif qu'une fois le traité entré en vigueur. La délégation néerlandaise n'est pas convaincue que le droit relatif aux déclarations unilatérales des États soit pertinent pour le sujet et doivent être prises en compte dans le

cadre de l'étude. L'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités devrait être le premier point de référence.

54. La délégation néerlandaise n'est pas non plus convaincue qu'une quelconque autorité étaye la conclusion à laquelle le Rapporteur spécial parvient au paragraphe 81 de son deuxième rapport (A/CN.4/675), à savoir qu'« un État qui a décidé de mettre fin ... à l'application provisoire d'un traité doit expliquer aux autres États auxquels le traité s'applique à titre provisoire ou aux autres États ayant participé à la négociation ou signataires si cette décision a été prise pour d'autres motifs ». Elle ne pense pas non plus qu'une autorité quelconque justifie la conclusion énoncée au paragraphe 82 selon laquelle « la renonciation à l'application à titre provisoire ne peut être arbitraire ».

55. Afin de pouvoir arriver à des conclusions plus définitives sur le sujet, y compris sur le statut de la notion en droit international coutumier, la délégation néerlandaise demande une nouvelle fois que la CDI analyse de manière approfondie la pratique des États à la lumière de l'article 25 de la Convention de Vienne. Enfin, elle appuie la proposition du Rapporteur spécial d'étudier l'application provisoire des traités par les organisations internationales, en particulier s'agissant des traités conclus par l'Union européenne et ses États membres avec des États tiers.

56. **M. Czaplinski** (Pologne) déclare, au sujet de la détermination du droit international coutumier, que sa délégation attache beaucoup d'importance aux débats, car les questions touchant le droit coutumier sont souvent sous-estimées et font l'objet d'abus. Il souscrit d'une manière générale à la méthode adoptée par le Rapporteur spécial et le Comité de rédaction, même si les résultats possibles sont encore difficiles à évaluer. Si la CDI a suivi l'approche traditionnelle des deux éléments, l'évolution récente dans le domaine du droit coutumier, du point de vue tant des méthodes que du fond, devrait être prise en compte dans l'instrument qu'élaborera finalement la CDI.

57. La conception qu'a la CDI de la portée de la pratique et de l'*opinio juris* est trop étroite. Les États sont bien entendu les premiers sujets de droit international et leur pratique est la plus importante, mais la prise en considération de la pratique des sujets secondaires de droit international ne devrait pas se limiter à la pratique des organisations internationales.

La délégation polonaise ne peut approuver une approche tendant à limiter l'influence des acteurs non étatiques sur la création et l'application du droit coutumier à ce qui est accepté par les États. La CDI devrait en fait étudier dans quelle mesure les acteurs non étatiques sont liés par le droit coutumier général. Cette approche soulèvera des difficultés inévitables, en particulier relativement à la théorie de la personnalité juridique internationale, mais ces difficultés ne doivent pas être éludées simplement en réduisant l'étendue des recherches sur le sujet.

58. La CDI semble avoir des difficultés à faire une distinction entre les pratiques pertinentes et les expressions de l'*opinio juris*, car les éléments pris en compte dans chaque cas sont en grande partie les mêmes. À cet égard, la délégation polonaise pense que toutes les manifestations de la pratique visées dans le projet de conclusion 7, paragraphe 2 proposé par le Rapporteur spécial et les formes de preuve de l'*opinio juris* visées dans le projet de conclusion 11, paragraphe 2, devraient être considérées comme une pratique au stade de la formation de la règle coutumière et comme une expression de l'*opinio juris* au stade de l'application d'une règle bien établie.

59. Tous les éléments de la pratique des différents organes de l'État ne devraient pas se voir accorder la même importance. Les déclarations et actes d'organes constitutionnellement habilités à représenter l'État dans les relations internationales semblent plus importants que ceux des autres organes. De même, la jurisprudence des cours constitutionnelles et organes judiciaires suprêmes semble plus importante que les décisions des juridictions inférieures, car les juges qui composent ces dernières sont moins rompus à l'application du droit international en général et du droit coutumier en particulier. Si tous les différents actes des organes de l'État sont considérés comme contribuant à la formation du droit coutumier, peu importe si tel ou tel organe agit dans la limite de ses compétences ou *ultra vires*. Tous les actes d'un État dans son ensemble doivent être considérés comme une pratique de cet État; l'État lui-même ne peut agir *ultra vires*. Comme l'a confirmé la Cour internationale de Justice dans les affaires *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)* et *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, les éventuelles violations du droit interne ne sont pas pertinentes du point de vue du droit international. La délégation polonaise souhaiterait que soient élaborées

des directives sur les situations dans lesquelles des déclarations officielles contredisent les actes de l'État, y compris sur l'influence que peuvent avoir de telles contradictions sur la détermination des règles coutumières.

60. La délégation polonaise souhaiterait disposer d'éclaircissements sur la relation entre la coutume et les autres sources du droit international. Selon elle, le droit coutumier peut recouper la pratique ultérieure en ce qui concerne la modification, par opposition à l'interprétation, d'un traité. La CDI devrait aussi se demander si la relation entre les traités et la coutume telle que définie par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* correspond à l'évolution contemporaine du droit international. La relation entre les règles coutumières et les principes généraux du droit international constituerait aussi un sujet intéressant susceptible d'être examiné plus avant. Enfin, la CDI devrait tenir compte des situations dans lesquelles deux sources de types différents ont toutes deux le même contenu normatif obligatoire. La détermination de la coutume établie sur la base d'un traité appelle une attention particulière si l'on ne veut pas solliciter outre mesure l'article 38 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci. (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* constituerait un point de départ à cet égard.

61. S'agissant de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la Pologne communiquera par écrit des informations sur sa politique en la matière.

62. Pour ce qui est de l'application provisoire des traités, il est exact que l'application provisoire est un instrument qui ménage aux États une certaine souplesse dans leurs relations conventionnelles et qui accélère l'acceptation des obligations internationales. Elle peut être particulièrement utile lorsque de longues procédures de ratification risquent d'ajourner ou d'éliminer complètement les avantages potentiels de la conclusion d'un traité. La délégation polonaise souscrit à la conclusion de la CDI selon laquelle l'application provisoire d'un traité doit avoir le même effet que son entrée en vigueur, sauf s'il en est convenu autrement; cette opinion est manifestement étayée par la pratique conventionnelle polonaise. La Pologne n'a pas dans sa législation de dispositions spécifiques sur l'application provisoire des traités; sa pratique est fondée sur

l'article 25 of the Convention de Vienne et sur les règles de son droit interne concernant la conclusion des traités. Au regard de la Constitution polonaise, on estime préférable d'appliquer un traité à titre provisoire uniquement après que les procédures internes nécessaires à sa ratification ont été menées à bien.

63. Le Rapporteur spécial a fait observer à juste titre que l'analyse des effets juridiques de l'application provisoire des traités devait être envisagée à la lumière de la pratique des États, laquelle repose sur le droit interne. La délégation polonaise souscrit à l'opinion exprimée par les membres de la CDI qui souhaitent que le Rapporteur spécial procède à une analyse comparative des dispositions des législations nationales sur l'application provisoire des traités. Devrait aussi être prise en compte la pratique des États qui sont membres d'organisations d'intégration régionale qui peuvent elles-mêmes, indépendamment de leurs États membres, conclure des traités qui lient ces derniers. La CDI devrait tenir compte des situations dans lesquelles un traité est appliqué provisoirement par ces organisations ainsi que par certains ou l'ensemble de leurs États membres.

64. La pratique des déclarations unilatérales définissant la portée de l'application provisoire d'un traité doit être examinée plus avant. De telles déclarations peuvent jouer un rôle important s'agissant d'accélérer l'application d'un traité. Plusieurs situations sont possibles dans les cas où un traité dispose qu'il peut être appliqué à titre provisoire à compter de sa signature. Premièrement, un signataire peut appliquer le traité provisoirement sans réserves. Deuxièmement, un signataire peut déclarer, sur le fondement de son droit interne, que son application provisoire du traité est limitée dans le temps ou dans sa portée; par exemple, un signataire peut ajourner l'application provisoire du traité jusqu'à ce qu'il ait mené à bien ses procédures constitutionnelles de conclusion du traité. Troisièmement, un signataire peut indiquer qu'il n'appliquera provisoirement que certaines des dispositions du traité. Pour la délégation polonaise, de telles déclarations sont d'une manière générale admissibles et peuvent avoir diverses conséquences quant aux droits et obligations mutuels des parties contractantes.

65. **M. Tang** (Singapour) dit, au sujet de la détermination du droit international coutumier, qu'en ce qui concerne le projet de conclusion 7, paragraphe 4, proposé par le Rapporteur spécial, la

délégation singapourienne appuie l'observation selon laquelle il faut faire preuve d'une extrême prudence s'agissant d'évaluer la pertinence des actes, y compris de l'inaction, des organisations internationales. Il existe une diversité extrême dans l'organigramme, le mandat, la composition des organes de décision et les procédures de prise de décisions de ces organisations, tous facteurs qui ont une influence sur le rôle éventuel de celles-ci dans la formation du droit international coutumier.

66. Les travaux sur le sujet de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés en sont à un stade initial et leurs portée et méthodologie doivent être affinées. L'approche temporelle en trois phases adoptée par la Rapporteuse spéciale pour délimiter conceptuellement le sujet – avant, pendant et après un conflit – sera utile non seulement aux fins de l'étude et du débat mais aussi pour élaborer le document final. La délégation singapourienne pense avec la Rapporteuse spéciale qu'il ne doit pas y avoir de démarcation stricte entre les différentes phases et souligne qu'il faut accorder l'attention voulue à la manière dont les règles applicables durant ces phases se recourent. Elle convient également que l'étude ne doit pas porter sur les effets possibles de certaines armes sur l'environnement.

67. Les règles et principes susceptibles d'être applicables en temps de paix à un conflit armé potentiel, tels qu'identifiés dans le rapport préliminaire (A/CN.4/674 et Corr.1), comprennent certains concepts qui n'ont pas le statut de principes universellement acceptés. La CDI devrait continuer d'étudier le développement et le degré d'acceptation de ces concepts, afin d'en apprécier l'applicabilité. Des projets de directives non contraignantes constitueraient un résultat approprié pour les travaux sur le sujet.

68. S'agissant de l'application provisoire des traités, la délégation singapourienne pense comme la CDI que l'application provisoire d'un traité peut donner naissance aux mêmes obligations juridiques que son entrée en vigueur. Elle attend avec intérêt que la CDI étudie si l'application provisoire peut ou non entraîner la modification du contenu du traité. Elle estime que le sujet recoupe peut-être celui des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et fait confiance à la CDI pour assurer la cohérence à cet égard. Les modalités de la cessation de l'application provisoire et l'applicabilité du régime des

réerves aux traités constituent aussi des questions importantes devant être examinées plus avant.

69. La délégation singapourienne suit de près depuis plusieurs années les travaux sur le sujet de la clause de la nation la plus favorisée, car Singapour a conclu un nombre important de traités bilatéraux d'investissement et d'accords de libre-échange contenant une telle clause. Il y a aussi de très nombreuses affaires qui portent sur des clauses de la nation la plus favorisée, en particulier des différends entre investisseurs et États, qui méritent d'être étudiées de manière approfondie. La délégation singapourienne se félicite de l'actualisation du projet de rapport final du Groupe d'étude qui vise à tenir compte des évolutions récentes et de l'intention du Groupe d'étude d'examiner plus avant des affaires plus récentes et de la proposition tendant à ce que le résultat des travaux prenne une forme présentant une utilité pratique pour les praticiens et les responsables politiques. Elle attend en particulier avec intérêt l'analyse définitive, devant figurer dans la troisième partie du projet de rapport, de la pertinence actuelle du projet d'articles de 1978 pour l'interprétation des dispositions relatives à la nation la plus favorisée.

70. **M. Campbell** (Australie) déclare, sur le sujet de l'application provisoire des traités, que sa délégation pense avec le Rapporteur spécial que la tâche de la CDI n'est ni d'encourager ni de décourager l'application provisoire des traités mais bien de donner des indications propres à faire mieux comprendre ce mécanisme. À cet égard, elle apprécie l'analyse de fond faite par le Rapporteur spécial des effets de l'application provisoire.

71. La délégation australienne prend également note des vues exprimées par les membres de la CDI sur le point de savoir s'il serait utile de mener une étude comparative des dispositions internes relatives à l'application provisoire des traités. Les États décident d'appliquer ou non les traités à titre provisoire compte tenu du but, de la portée et du contenu du traité en cause et sur la base de considérations juridiques et politiques internes. L'Australie, par exemple, a adopté une approche dualiste de l'application des traités, dans le cadre de laquelle les traités n'ont aucun effet en droit interne tant qu'ils n'ont pas été incorporés officiellement à celui-ci par une mesure législative. C'est pourquoi la pratique générale de l'Australie est de ne pas appliquer les traités à titre provisoire, bien

qu'il y ait des exceptions, comme dans le cas des accords bilatéraux de services aériens. Pour chaque État, le droit interne, y compris le droit constitutionnel, est la clé de l'application provisoire des traités.

72. Sur le point de savoir si la décision d'appliquer provisoirement un traité peut être qualifiée d'acte unilatéral, la délégation australienne partage l'opinion selon laquelle la source de l'obligation demeure le traité lui-même et non la déclaration de son application provisoire. La délégation australienne attend avec intérêt que le Rapporteur spécial poursuive ses travaux sur le sujet, notamment qu'il examine l'application provisoire des traités par les organisations internationales et les différentes conséquences de l'application provisoire selon que le traité est bilatéral ou multilatéral.

73. Sur le sujet de la clause de la nation la plus favorisée, la délégation australienne souscrit à la conclusion du Groupe d'étude sur l'importance et la pertinence de la Convention de Vienne sur le droit des traités comme point de départ de l'interprétation des traités d'investissement, y compris des clauses de la nation la plus favorisée. Elle souscrit à l'accent mis par le Groupe d'étude sur l'analyse et la contextualisation de la jurisprudence, les travaux menés antérieurement par la CDI et la pratique contemporaine relative aux clauses de la nation la plus favorisée. Elle appuie également l'objectif du Groupe d'étude d'aboutir à un résultat présentant une utilité pratique pour les responsables politiques et ceux qui sont actifs dans le domaine des investissements.

74. *M. Gharibi (République islamique d'Iran), Vice-Président, prend la présidence.*

75. **M. Hanami** (Japon) déclare, sur le sujet de la détermination du droit international coutumier, que sa délégation pense elle aussi que le résultat des travaux devrait être un outil pratique présentant un intérêt particulier pour les praticiens qui ne sont pas des spécialistes du droit international. Elle appuie d'une manière générale l'approche fondamentale des deux éléments s'agissant de déterminer les règles du droit international coutumier. Si certains membres de la CDI ont fait observer qu'il semblait y avoir différentes approches de cette détermination dans différents domaines du droit international, la délégation japonaise doute que ces autres méthodes soient applicables. Sur la question de savoir si les actes d'entités autres que les États peuvent être considérés comme contribuant à

« une pratique générale » en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, la CDI devrait faire preuve de prudence. Il faut espérer que les débats sur ce point se poursuivront à la session suivante et que toute conclusion à laquelle la CDI parviendra reposera sur la pratique existante.

76. La délégation japonaise partage l'opinion selon laquelle l'acceptation d'une pratique comme étant la conséquence d'une obligation juridique ne peut être prouvée par la seule référence à la preuve de la pratique elle-même. Elle compte que la CDI examinera la question afin de proposer des indications plus claires. À cet égard, elle est en faveur de l'utilisation du terme « *opinio juris* » plutôt que de l'expression « acceptée comme étant le droit ».

77. Sur le sujet de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la délégation japonaise note que l'approche en trois phases a recueilli un certain appui. Des membres ont fait valoir que la CDI ne devait pas axer ses travaux sur la phase II, au motif que le droit des conflits armés était une *lex specialis* et qu'il y avait suffisamment de règles relatives à la protection de l'environnement. De fait, plusieurs instruments de droit international humanitaire, comme la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, contiennent des règles spécifiques sur la protection de l'environnement dans le cadre des conflits armés. Toutefois, d'autres membres ont fait valoir à juste titre que le sujet qui a été approuvé concernait les règles relatives à la protection de l'environnement durant un conflit armé, et non le droit international général de l'environnement applicable en temps de paix. La relation entre le droit international de l'environnement et le droit humanitaire durant un conflit armé, à savoir durant la phase II, devrait être un aspect majeur des travaux.

78. **M. Ney** (Allemagne) dit que sa délégation souscrit pleinement à l'approche des deux éléments de la détermination du droit international coutumier. Elle se félicite que, dans les projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction, le terme « *opinio juris* » ait été inséré dans les projets de conclusion 2 [3] (Deux éléments constitutifs) et 3 [4] (Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments). Ce terme indique mieux la nécessité d'une conviction positive de la part de l'État. De telles indications seront utiles aux praticiens du droit qui

peuvent n'être pas très familiers avec le droit international public.

79. Le projet de conclusion 4 [5] (Exigence d'une pratique) confirme que les États sont les principaux sujets du droit international. Bien que d'autres sujets de ce droit, comme les organisations internationales et le Comité international de la Croix-Rouge, puissent jouer un rôle dans la pratique et l'expression de l'*opinio juris*, les États constituent la source plus importante à ces deux fins.

80. Pour être prise en considération, la pratique des États doit être sans équivoque et constante. Or le projet de conclusion 7 [8] (Appréciation de la pratique d'un État), paragraphe 2, dispose que lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit. Cette formule peut aboutir à accorder moins de poids à la pratique des sociétés ouvertes et pluralistes, dans lesquelles l'indépendance de la magistrature et l'équilibre des pouvoirs entre le Gouvernement et le Parlement peuvent amener l'expression de vues différentes. La pratique et l'*opinio juris* de tels États ne devraient aucunement être considérées comme moins influentes, car cela avantagerait les États dont l'organisation est autocratique.

81. La délégation allemande appuie d'une manière générale les conclusions figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial sur l'application provisoire des traités (A/CN.4/675). Les États qui conviennent d'appliquer provisoirement un traité le font en comptant que le traité sera mis en œuvre et que les États ayant participé à la négociation seront tenus par ses termes. Comme l'a indiqué le Rapporteur spécial, les prescriptions internes et les conséquences de l'application provisoire des traités relèvent du droit interne. La CDI n'a pas besoin de mener une étude comparative des règles nationales en la matière; c'est à chaque État qu'il incombe de veiller à ce que ses dispositions constitutionnelles soient appliquées. Dans le même temps, toutefois, si le droit interne n'autorise pas l'application provisoire d'un traité donné ou de certaines de ses dispositions, l'obligation internationale ne peut être exécutée. Avant de s'engager à appliquer provisoirement un traité, les États participant à la négociation devraient examiner soigneusement si leur ordre juridique interne autorise l'application provisoire, s'il leur permet d'appliquer le traité en tant que texte obligatoire et qui les lie et s'ils sont déterminés à se conformer à celui-ci. Dans certaines

situations, l'application provisoire peut ne pas être une option. Les clauses conventionnelles prévoyant l'application provisoire doivent être soigneusement rédigées afin de permettre de mener à bien les procédures internes ou de limiter l'application provisoire à certaines parties du traité. Dans le cas des traités multilatéraux, des clauses dérogatoires peuvent être nécessaires au bénéfice des États que leur droit interne empêche d'accepter l'application provisoire.

82. L'intention d'un État d'appliquer provisoirement un traité doit être exprimée clairement. Il est douteux que cette intention puisse être communiquée de manière tacite, comme le suggère le Rapporteur spécial. Au paragraphe 47 de son premier rapport (A/CN.4/664), le Rapporteur spécial cite à l'appui de ce point de vue l'article 7, paragraphe 1 a) de l'Accord de 1994 relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui dispose que si l'Accord n'est pas entré en vigueur à une certaine date, il sera appliqué à titre provisoire jusqu'à son entrée en vigueur par tous les États qui ont consenti à son adoption au sein de l'Assemblée générale. Cette disposition contient toutefois une clause dérogatoire. Il en découle que l'obligation des États d'appliquer l'Accord à titre provisoire résulte de leur participation à son adoption, et non du fait qu'ils sont demeurés silencieux après celle-ci. Cet arrangement est donc similaire à une clause prévoyant l'application provisoire d'un traité à compter de son adoption et distincte de l'idée d'un accord tacite ou implicite.

83. **M^{me} Badea** (Roumanie) déclare, au sujet de la détermination du droit international coutumier, que le Rapporteur spécial doit être félicité pour s'être concentré comme il convient sur la méthodologie et non sur le contenu des règles du droit international coutumier. La détermination du droit international coutumier revêt une importance pratique considérable, et c'est pourquoi les projets de conclusion et commentaires y relatifs devraient, dans leur forme finale, donner des indications solides aux fins de l'évaluation de l'existence et du contenu des règles relatives à la détermination tout en préservant un certain degré de souplesse traduisant la souplesse du droit international coutumier lui-même. L'approche des deux éléments est conforme à la pratique des États, à la jurisprudence internationale, en particulier celle de la Cour internationale de Justice, et à l'opinion majoritaire de la doctrine. Les travaux futurs sur le

sujet devraient tenir compte des différences éventuelles dans l'application de la méthode des deux éléments dans différents domaines.

84. En ce qui concerne le paragraphe 3 du projet de conclusion 7 proposé par le Rapporteur spécial, la délégation roumaine souscrit à l'idée que l'inaction puisse être considérée comme une pratique constitutive d'un élément du droit international coutumier, mais uniquement lorsqu'elle repose sur le sentiment qu'à un État qu'il est tenu de ne pas agir, comme l'a noté la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Lotus*.

85. Il faut se féliciter de la mention des organisations internationales dans les projets de conclusion adoptés provisoirement par le Comité de rédaction. La pratique des organisations d'intégration régionale, comme l'Union européenne, à laquelle les États ont transféré des compétences dans certains domaines, devrait se voir accorder une importance particulière. La pratique des organisations internationales en ce qui concerne leurs responsabilités, leurs fonctions de dépositaire et des domaines comme ceux des immunités et privilèges, est également pertinente. Le terme « pratique générale » est approprié, car il englobe la pratique des États comme celle des organisations intergouvernementales. La délégation roumaine souscrit à la proposition du Rapporteur spécial d'examiner plus avant, dans son troisième rapport, le rôle des organisations internationales, y compris leurs résolutions, et la relation entre le droit international coutumier et les traités. Elle souscrit à l'idée qu'il exprime au paragraphe 45 de son rapport (A/CN.4/672) sur la pratique des acteurs non étatiques. Elle appuie également l'idée de compléter l'expression « acceptée comme étant le droit » en y adjoignant le terme « *opinio juris* ». Le libellé des projets de conclusion relatifs aux deux éléments devrait être mieux aligné.

86. L'objectif des travaux sur le sujet de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés devrait être de clarifier les règles et principes du droit international de l'environnement applicables en rapport avec les conflits armés. La délégation roumaine pense elle aussi qu'il n'y a aucun besoin urgent d'élaborer des définitions, comme celle du terme « environnement ». Un examen attentif de la pratique des États et de celle des organisations internationales serait le bienvenu. La pratique du Comité chargé d'administrer le mécanisme visant à faciliter l'exécution et le respect des obligations énoncées dans

la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination peut être particulièrement pertinente.

87. La délégation roumaine attend avec intérêt l'analyse que donnera la Rapporteuse spéciale des études d'impact sur l'environnement dans le contexte des conflits armés. Bien que la Cour internationale de Justice ait jugé que de telles études étaient requises par le droit international général s'agissant d'activités industrielles menées dans un contexte transfrontière, le contenu de telles études n'est pas défini en droit international général. La délégation roumaine rappelle la position de la Roumanie selon laquelle il n'est pas nécessaire de se pencher sur les effets de certaines armes sur l'environnement en tant que question distincte et souscrit aux vues de la Rapporteuse spéciale à cet égard. S'il s'avérait nécessaire de traiter du patrimoine culturel, il faudrait faire preuve de prudence pour ne pas élargir inutilement la portée des travaux sur le sujet ni revenir sur les normes internationales bien établies relatives à la protection de ce patrimoine, puisqu'il a déjà été décidé que le projet utiliserait des définitions déjà établies en droit international.

88. S'agissant du sujet de l'application provisoire des traités, la législation roumaine prévoit spécifiquement que seuls les traités susceptibles d'entrer en vigueur sans être ratifiés par le Parlement peuvent être appliqués provisoirement à compter de la date de leur signature s'ils le prévoient expressément. Les traités dont la ratification par le Parlement est obligatoire ne peuvent pas être appliqués à titre provisoire. Une exception est toutefois faite pour les traités entre l'Union européenne et ses États membres d'une part et des États tiers de l'autre; ces « accords mixtes » peuvent être appliqués provisoirement avant leur entrée en vigueur s'ils le prévoient expressément. La Roumanie considère l'application provisoire des traités comme un dispositif conventionnel exceptionnel et limité, pour des raisons tenant essentiellement à la certitude juridique. Une étude comparative des diverses dispositions internes sur l'application provisoire des traités contribuerait à faire mieux comprendre la pratique des États dans ce domaine.

89. La délégation roumaine souligne l'importance de la volonté des parties qui négocient un traité s'agissant de l'application provisoire de celui-ci et émet des réserves en ce qui concerne la pertinence des actes unilatéraux. S'il peut y avoir des cas dans lesquels un

traité est appliqué provisoirement par un État seulement, cette situation ne modifie pas le caractère consensuel de l'application provisoire. Le Rapporteur spécial devrait donc souligner la distinction entre l'application provisoire résultant de l'accord des États ayant participé à la négociation, qui est le véritable sujet de l'étude, et l'application provisoire en tant qu'acte unilatéral, comme dans le cas de l'application provisoire par la République arabe syrienne de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, qui ne relève pas du sujet. La délégation roumaine considère de plus que les règles applicables aux obligations résultant de l'application provisoire peuvent être déduites du principe de la bonne foi et de la nécessité de la sécurité juridique et non du droit régissant les actes unilatéraux. Une distinction doit être faite entre deux catégories d'obligations relatives à l'application provisoire : l'obligation d'appliquer provisoirement le traité, comme dans le cas des traités disposant que leur application provisoire est obligatoire, et les droits et obligations résultant de l'application provisoire elle-même.

90. Il faut aussi examiner plus avant les diverses questions entourant la cessation de l'application provisoire, y compris les conséquences juridiques de l'extinction des obligations. À cet égard, il conviendrait d'examiner la pertinence de l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités à la cessation de l'application provisoire. Plus précisément, il pourrait être utile de répondre à la question de savoir dans quelle mesure l'obligation de défendre l'objet et le but du traité subsiste lorsque l'application provisoire prend fin, en particulier si la décision d'y mettre fin découle de l'intention de ne pas ratifier le traité. La délégation roumaine souhaiterait aussi avoir davantage d'indications de la CDI sur les effets éventuellement différents de la cessation de l'application provisoire lorsque l'intention est de poursuivre le processus interne requis pour que le traité puisse entrer en vigueur, lorsque l'intention est de ne pas ratifier le traité et lorsque le traité a été ratifié mais n'est pas entré en vigueur, en particulier lorsque des mécanismes institutionnels ont été activés durant l'application provisoire. Dans ce dernier cas, la pratique de l'Union européenne constituera une ressource utile. Étant donné toutes les situations possibles, une analyse plus approfondie du point de savoir si l'article 25, paragraphe 2 de la Convention de Vienne a un

caractère coutumier serait très utile, en particulier pour les États qui, comme la Roumanie, ne sont pas parties à la Convention de Vienne mais l'appliquent en tant qu'elle codifie le droit international coutumier.

91. La délégation roumaine souhaiterait également que soit analysé de manière plus approfondie le caractère non arbitraire de la cessation de l'application provisoire. Pour des raisons de sécurité et de prévisibilité juridiques, la partie qui met fin à l'application provisoire devrait au moins indiquer ses intentions concernant la ratification du traité. La délégation roumaine appuie la proposition d'examiner la question de l'application provisoire des traités par les organisations internationales. À cet égard, la pratique de l'Union européenne et ses effets sur le droit et la pratique de ses États membres sont particulièrement pertinents. Un examen des effets de l'application provisoire sur d'autres actes conventionnels comme la modification du traité ou sa ratification avant son entrée en vigueur serait également le bienvenu.

92. Le sujet de la clause de la nation la plus favorisée revêt une importance pratique pour les décideurs et ceux qui travaillent dans le domaine des investissements; les travaux du Groupe d'étude clarifieront certaines questions vivement débattues en droit des investissements. De fait, les débats du Groupe d'étude et son projet de rapport final, bien structuré, démontrent qu'un rapport révisé cohérent sera présenté à la CDI à sa session suivante. À cet égard, ce rapport devrait tenir compte de tous les événements importants qui se sont produits depuis l'adoption, en 1978, du projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée et de la nécessité de les analyser et de les situer dans le cadre normatif plus large du droit international général, afin de limiter la fragmentation du droit international.

93. **M. Stemmet** (Afrique du Sud) déclare, sur le sujet « Détermination du droit international coutumier », que sa délégation appuie l'approche des deux éléments et convient que le premier élément devrait être appelé « pratique générale » plutôt que « pratique des États ». Elle pense également avec le Rapporteur spécial que le libellé de l'article 38, paragraphe 1 b) du Statut de la Cour internationale de Justice pourrait être applicable à la pratique des organisations internationales, car la pratique des États comprend les actes qu'ils accomplissent au sein de ces organisations ou par leur intermédiaire. Toutefois, la

pratique des organisations internationales doit être évaluée de manière plus détaillée, et l'analyse qu'en donnera le Rapporteur spécial dans son troisième rapport sera utile.

94. Le second élément, « acceptée comme étant le droit », a d'une manière générale été utilisé de manière théorique, et la délégation sud-africaine se féliciterait de son développement pratique compte tenu de son aspect temporel. Le terme *opinio juris* est préférable, car il est plus couramment utilisé par la jurisprudence et la doctrine. La délégation sud-africaine ne pense pas toutefois que l'existence d'une pratique générale doive précéder son acceptation comme étant le droit; ce qui compte est que les deux éléments soient présents, et non leur chronologie.

95. Il importe que les travaux de la CDI sur le sujet aboutissent à un guide propre à aider les praticiens. C'est essentiellement dans la jurisprudence internationale qu'il faut rechercher des indications à cet égard. Il faut aussi dialoguer avec les gouvernements et examiner la jurisprudence des juridictions internationales, régionales et sous-régionales. La Constitution sud-africaine est très claire: le droit international coutumier fait automatiquement partie de l'ordre juridique interne sauf s'il est incompatible avec la Constitution ou une loi votée par le Parlement. La délégation sud-africaine souscrit à la décision d'exclure du sujet l'étude du *jus cogens*, qui constitue lui-même un sujet d'étude.

96. Sur le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés », la Rapporteuse spéciale propose que les travaux soient divisés en trois phases, à savoir les règles et principes applicables en cas de conflit armé potentiel (obligations en temps de paix), les mesures prises pendant un conflit armé et les mesures prises après un conflit armé. Cette approche fragmentée a ses avantages, mais il reste à voir si elle sera plus utile qu'une approche plus large axée sur toutes les règles juridiques applicables. Quoi qu'il en soit, l'objectif ultime doit être de faire en sorte que l'environnement soit protégé avant, durant et après les conflits. S'agissant de la phase I (conflit armé potentiel), la délégation sud-africaine pense que des règles extérieures au droit de l'environnement peuvent aussi être pertinentes. La protection de l'environnement peut à son tour avoir des implications en ce qui concerne les sources de conflit potentielles, car de nombreux conflits sont causés par la nécessité d'avoir accès à des ressources naturelles ou la volonté

d'en tirer profit. La phase II du sujet (mesures durant un conflit armé) doit de même aller au-delà des principes environnementaux et inclure le droit des droits de l'homme, le droit pénal international et le droit international humanitaire. Il est trop tôt pour décider si les travaux doivent avoir un objectif normatif ou viser à élaborer un instrument de droit mou.

97. S'agissant du sujet « Application provisoire des traités », la question de savoir si un État peut appliquer provisoirement les traités relève du droit interne et non du droit international. L'efficacité d'un régime conventionnel durant la phase provisoire peut donc dépendre des systèmes juridiques des États ayant participé à la négociation du traité. Il pourrait être utile d'examiner certaines questions, à savoir si un traité appliqué provisoirement peut avoir un effet juridique en droit interne, à quel moment un tel traité peut être invoqué devant une juridiction interne, si un traité appliqué provisoirement peut prévaloir sur un traité préexistant déjà incorporé au droit interne et les conséquences internationales susceptibles de résulter de la non-application par les tribunaux internes d'un traité appliqué provisoirement.

98. Le Rapporteur spécial pourrait également juger pertinent de prendre en compte l'exemple de l'Afrique du Sud, dont la Constitution de 1996 renforce le statut du droit international. Aux termes de la Constitution sud-africaine, l'exécutif a le pouvoir de décider d'appliquer provisoirement un traité sans obtenir l'approbation du Parlement si le traité à appliquer provisoirement a un caractère technique, administratif ou exécutif, si l'accord relatif à son application provisoire a lui-même un caractère technique, administratif ou exécutif et si l'accord relatif à l'application provisoire fait partie des accords dont la ratification n'est pas requise ou auxquels il n'est pas nécessaire d'accéder. L'accord doit ensuite être soumis au Parlement dans un délai raisonnable. Un accord concernant l'application provisoire d'un traité peut prendre la forme d'une disposition du traité lui-même, d'un accord distinct, d'une résolution d'une conférence ou d'une notification ou déclaration d'application provisoire.

99. L'exécutif peut refuser de ratifier un traité approuvé par le Parlement si l'autre partie ou les autres parties ayant participé à la négociation retardent ou refusent la ratification, ou si l'intégralité du traité est devenu obsolète, ou s'il faut en renégocier certains des

termes. Si le Gouvernement décide de ne pas ratifier un traité appliqué provisoirement, l'exécutif peut décider de mettre fin à son application provisoire, dès lors que l'accord relatif à l'application provisoire ne l'interdit pas. La Constitution dispose que, lorsqu'ils interprètent la législation, les tribunaux doivent préférer toute interprétation raisonnable compatible avec le droit international à toute autre interprétation qui ne l'est pas. On considère dans ce contexte que le droit international comprend les traités appliqués provisoirement ainsi que ceux qui sont entrés en vigueur.

100. **M. Martín y Pérez de Nanclares** (Espagne) que les travaux de la CDI sur le sujet « Détermination du droit international coutumier » augurent d'un résultat positif, bien que le calendrier puisse se révéler trop ambitieux. Comme de nombreux praticiens ne sont pas des spécialistes du droit international, le résultat des travaux devrait être de nature essentiellement pratique, sous la forme d'un ensemble de conclusions accompagnées de commentaires. La délégation espagnole souscrit à l'approche des deux éléments et convient que l'objectif n'est pas de déterminer la teneur des règles du droit international coutumier mais bien de définir une approche permettant d'en déterminer l'existence. La délégation espagnole souscrit à la proposition tendant à ce que les rapports futurs portent sur la règle de l'objecteur persistant, le droit international coutumier régional, la coutume bilatérale, la charge de la preuve et la relation entre le droit coutumier et les principes généraux.

101. Dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/672), l'utilisation du terme « méthodologie » dans le projet de conclusion 1 (Portée) risque de causer une confusion. Les alternatives sont toutefois aussi problématiques. Le terme « méthodes » semble trop étroit, le terme « règles » rouvrirait le débat quant à la nature de ces règles et les termes « éléments » et « facteurs » ne sont pas suffisamment précis. Dans le projet de conclusion 2 (Emploi des termes), la définition de l'expression « droit international coutumier » ne fait que créer une confusion, car cette expression est déjà l'objet de projets de conclusion. De la même manière, la définition de l'expression « organisation internationale » est inutile, car l'expression est utilisée dans le même sens que dans n'importe quel manuel de droit international ou dans les articles sur la responsabilité des organisations internationales. Il suffirait de faire référence à ces deux termes dans le commentaire.

102. Dans le projet de conclusion 3 (Approche fondamentale), il conviendrait de conserver le terme traditionnel d'*opinio juris*; l'expression « pratique générale acceptée comme étant le droit » crée des problèmes inutiles et n'ajoute rien d'intéressant. Il pourrait être utile d'explicitier davantage l'aspect temporel des deux éléments et, plus important, leur relation mutuelle. Dans le projet de conclusion 4 (Appréciation de la preuve), il n'y a rien à gagner à mentionner les « circonstances de l'espèce », car l'importance du contexte a déjà été mise en lumière. De plus, cette expression risque de se révéler trop vague pour être utile dans la pratique. S'agissant du projet de conclusion 5 (Rôle de la pratique), si le rôle crucial que jouent les États dans la création du droit coutumier ne saurait être mis en doute, certaines organisations internationales ont un degré élevé de développement interne et jouent un rôle de premier plan dans les relations internationales. En particulier, l'Union européenne a acquis la personnalité juridique et jouit d'amples pouvoirs en matière de conclusion des traités. Dans certains domaines, comme la politique commerciale commune et la conservation des ressources biologiques marines, elle a sa propre compétence qui exclut l'intervention de ses États membres. Les activités des organisations internationales doivent être prises en considération pour identifier les règles du droit international coutumier, y compris dans des domaines comme les privilèges et immunités.

103. Le projet de conclusion 6 (Attribution de comportement) s'inspire du libellé des articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite. On peut toutefois douter que ces articles puissent être appliqués en relation avec la pratique générale, car ils ont un objectif différent. Dans le projet de conclusion 7 (Formes de pratique), la question de l'inaction en tant que pratique et la relation entre la coutume et l'acquiescement appellent un examen plus détaillé. S'agissant du projet de conclusion 9, il est essentiel que « la pratique correspondante » soit sans ambiguïté et suffisamment générale et uniforme. L'attention voulue doit aussi être accordée à la coutume bilatérale en tant qu'elle crée des droits et obligations internationaux réciproques, car cette coutume est extrêmement importante dans le cadre des différends relatifs à la délimitation territoriale et maritime et aux droits de navigation.

104. Le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés » soulève toute une série de difficultés. En particulier, il ne sera pas facile de délimiter l'objectif des travaux sur le sujet ni d'établir la ligne de démarcation entre les trois phases temporelles proposées par la Rapporteuse spéciale; le calendrier proposé risque également de se révéler trop ambitieux. Il faut donc se féliciter de la prudence dont fait preuve la Rapporteuse spéciale. La délégation espagnole ne comprend toutefois pas en quoi la référence au « développement durable », expression qui renvoie au développement économique en temps de paix, est pertinente; de plus, la référence au Principe 24 de la Déclaration de Rio n'est pas convaincante. En outre, on voit mal comment la CDI peut identifier des obligations de protéger l'environnement durant un conflit armé interne, un domaine qui n'est actuellement pas couvert par le droit international.

105. En ce qui concerne le sujet « Application provisoire des traités », l'élément décisif est le consentement de l'État contractant. La CDI ne doit donc pas entreprendre la tâche délicate qui consisterait à encourager ou décourager l'application provisoire des traités, ou à analyser le droit interne des États. De fait, une fois qu'un traité est appliqué provisoirement, il relève de l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui dispose qu'une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Pour cette raison, le Sénat espagnol a récemment approuvé un projet de loi, qui doit bientôt entrer en vigueur et qui, entre autres choses, assujettit le recours à l'application provisoire des traités à des limitations et des garanties. Il serait utile que le Rapporteur spécial examine plus avant la pratique des États et adopte une approche plus inductive. Il conviendrait également de tenir compte de la pratique d'organisations internationales comme l'Union européenne, qui a recouru fréquemment à l'application provisoire des traités et l'a fait de manière intéressante. Par exemple, dans le cas de certains traités entre l'Union européenne et ses États membres d'une part et un État tiers de l'autre, seules les parties du traité qui relèvent des compétences de l'Union sont appliquées provisoirement.

106. La délégation espagnole doute que la décision d'appliquer provisoirement un traité puisse être qualifiée d'acte unilatéral; la Convention de Vienne sur le droit des traités considère expressément l'application

provisoire comme découlant d'un accord entre les parties. L'affirmation selon laquelle l'application provisoire ne peut être révoquée arbitrairement doit être justifiée de manière plus détaillée. Lorsqu'un État signataire informe un autre État signataire de son intention de mettre fin à l'application provisoire d'un traité, il n'est nullement tenu de fournir une justification juridique. Sa décision peut résulter de divers facteurs, y compris un changement politique interne, et ne constituera pas nécessairement un manquement au principe de la bonne foi. Le Rapporteur spécial devrait aussi se demander si les règles du droit international coutumier relatives à l'application provisoire des traités sont les mêmes que celles énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

107. Enfin, la délégation espagnole pense que l'ordre du jour de la CDI est trop chargé pour permettre un examen approfondi des sujets qui y sont inscrits. La CDI devrait envisager de réduire le nombre de sujets tout en maintenant le nombre de ses séances. Elle devrait être plus sélective et concise lorsqu'elle demande des informations aux États : de telles demandes ont été faites en ce qui concerne 7 des 11 sujets à l'examen, dont un bon nombre sont complexes. Ce faisant, elle devrait tenir compte de la parité entre les langues. Le site web de la CDI, qui est son principal moyen de communication avec les États, devrait être plus convivial. La CDI ne devrait en aucune manière limiter, et encore moins éliminer, les comptes rendus analytiques de ses séances, qui sont extrêmement importants pour les États membres pour suivre les travaux de la CDI.

108. **M. Rao** (Inde) déclare, sur le sujet « Détermination du droit international coutumier », que les décisions de la Cour internationale de Justice sont indubitablement précieuses aux fins de la détermination des règles du droit international coutumier, puisque la Cour est mandatée pour appliquer ces règles dans le cadre des différends que les États portent devant elle. Un exemple en est donné par l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, dans lequel elle a jugé qu'un ministre des affaires étrangères étrangères en fonctions jouissait de l'immunité *ratione personae* en vertu du droit international coutumier. Les décisions d'autres juridictions internationales doivent néanmoins être prises en compte. À la différence du droit

conventionnel, le droit international coutumier n'a pas de source matérielle. La difficulté qu'il y a à en déterminer l'existence est aggravée si ceux qui tentent de l'appliquer ne sont pas des spécialistes du droit international.

109. Les travaux de la CDI sur le sujet devraient accorder le même poids aux deux éléments des règles coutumières, à savoir l'élément objectif, la pratique des États, et l'élément subjectif, l'*opinio juris*. La pratique des États de toutes les régions devrait être prise en compte. En particulier, les États en développement devraient être encouragés à produire des recueils de leur pratique, y compris de leur jurisprudence et de leurs déclarations dans des instances internationales et régionales, et recevoir une assistance à cette fin. Dans le même temps, la CDI devrait être extrêmement prudente afin de ne pas sortir de leur contexte les arguments avancés par les États devant des organes juridictionnels internationaux.

110. Le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés » concerne un domaine qui appelle d'urgence des éclaircissements et une cohérence. Le principe a été établi dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* qui veut que chaque État ait l'obligation de ne pas permettre que son territoire soit utilisé de manière à causer un dommage à un autre État. Au cours des deux décennies écoulées, le droit de l'environnement a connu une évolution majeure au fur à mesure que l'urgence d'une solution se faisait de plus en plus pressante. La délégation indienne approuve l'approche en trois phases choisie par la Rapporteuse spéciale, et considère que ses travaux devraient porter sur les domaines pertinents du droit international humanitaire, du droit des droits de l'homme et du droit des réfugiés ainsi que du droit de l'environnement.

111. Tout en notant la décision de la CDI de ne pas adopter un projet d'articles sur le sujet « L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) », la délégation indienne juge regrettable que le soin n'ait pas été laissé aux États d'interpréter ce principe à leur convenance. Pour combattre l'impunité, il aurait été utile d'apporter davantage de certitude et de cohérence au sujet.

112. Le sujet « Protection de l'atmosphère » est extrêmement important étant donné les menaces constituées par la pollution atmosphérique, l'appauvrissement de la couche d'ozone et les

changements climatiques. Les trois projets de directive proposés dans le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/667) appellent une analyse approfondie étant donné les questions techniques, scientifiques et juridiques qu'ils soulèvent. En particulier, la notion d'atmosphère en tant que préoccupation commune de l'humanité est controversée et gagnerait à être plus solidement justifiée du point de vue juridique. Il serait utile que le Rapporteur spécial veille à ce que les intérêts des pays en développement soient protégés, tiennent compte du principe des responsabilités communes mais différenciées et mette davantage l'accent sur les mécanismes de coopération face aux problèmes d'intérêt commun.

113. L'Inde a adopté toute une série de lois pour protéger l'environnement, y compris la Loi sur la protection de l'environnement (1986), la Loi sur l'assurance de responsabilité publique (1991), la Loi sur le Tribunal national de l'environnement (1995) et la Loi sur l'Autorité nationale d'appel en matière d'environnement (1997). Diverses politiques nationales sont également en place. La plus récente est la Politique nationale relative à l'environnement (2006), qui porte sur la conservation des ressources environnementales critiques, la sécurité des moyens de subsistance des plus pauvres, l'intégration des préoccupations environnementales dans le développement économique et social, l'utilisation efficiente des ressources environnementales, la gouvernance environnementale et l'optimisation des ressources aux fins de la conservation environnementale.

114. En ce qui concerne le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », la délégation indienne convient que, comme indiqué au paragraphe (4) du commentaire du projet d'article 2 e), le terme « individu » figurant dans la définition de l'expression « représentant de l'État » ne vise que les personnes physiques. Au paragraphe (6) du commentaire de ce projet d'article, la CDI note que les individus pouvant être qualifiés de « représentants de l'État » aux fins de l'immunité *ratione materiae* doivent être identifiés au cas par cas en appliquant les critères compris dans la définition, qui prévoit un lien spécifique entre l'État et le représentant, à savoir la représentation de l'État ou l'exercice de fonctions étatiques. L'accent est donc mis sur l'existence d'un lien entre l'État et le représentant, plutôt que sur la nature de ce lien. La délégation indienne croit

comprendre que le Rapporteur spécial pourra examiner des situations spécifiques lorsqu'il se penchera sur la portée de l'immunité quant au fond. Par exemple, il serait intéressant de se demander si un entrepreneur privé représentant l'État peut être qualifié de représentant de l'État.

115. Lors du débat qui a eu lieu à la CDI sur le projet d'article 5, des membres ont dit douter de la nécessité de définir les bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*, puisque l'essence de cette immunité est la nature des actes accomplis et non l'individu qui les accomplit. La délégation indienne partage néanmoins l'opinion de la majorité des membres, qui estiment qu'il serait utile de recenser les personnes entrant dans cette catégorie, puisqu'elles jouissent de l'immunité de la juridiction pénale étrangère.

116. **M. Charles** (Trinité-et-Tobago) déclare, sur le sujet « Protection des personnes en cas de catastrophe », que si le projet d'articles est censé reposer sur le principe de coopération, les références constantes aux obligations de l'État affecté par rapport aux États tiers traduit une approche reposant sur les droits et les obligations. La délégation de Trinité-et-Tobago accepte ces deux dimensions, mais estime que l'approche fondée sur les droits et obligations ne s'applique qu'entre l'État affecté et sa population. La relation entre les États affectés et les États tiers doit être régie par un ensemble de règles différent.

117. En ce qui concerne le sujet « Détermination du droit international coutumier », la délégation de Trinité-et-Tobago, si elle n'approuve pas le deuxième rapport du Rapporteur spécial dans son intégralité, est impressionnée par la qualité exceptionnelle de celui-ci et l'exhaustivité des recherches effectuées. La pertinence de la pratique des organisations intergouvernementales dépend de la nature de la règle en question. Pour évaluer cette pertinence, il convient d'évaluer la pratique et la doctrine en la matière et d'en rendre compte dans le rapport et les commentaires. La délégation de Trinité-et-Tobago approuve la décision du Comité de rédaction de ne plus indiquer dans les projets de conclusion que la pratique des États particulièrement intéressés doit être dûment prise en considération, car la notion d'États particulièrement intéressés n'est guère fondée en droit.

118. Les travaux du Rapporteur spécial sur les crimes contre l'humanité devraient porter sur les trois principaux crimes internationaux, à savoir les crimes

contre l'humanité, le génocide et les crimes de guerre. Bien que ces deux dernières catégories fassent déjà l'objet de traités, le mécanisme de coopération interétatique aux fins de leur répression devrait être renforcé. Les travaux ne devraient rien ôter au Statut de Rome de la Cour pénale internationale mais plutôt compléter celui-ci. La délégation de Trinité-et-Tobago souscrit à la décision de la CDI d'inscrire le sujet du *jus cogens*, qui doit être étudié avec le soin et la circonspection voulus, à son programme de travail.

La séance est levée à 18 heures.