



Nations Unies

Rapport de la Commission du droit international

Cinquante-quatrième session

**29 avril-7 juin
et 22 juillet-16 août 2002**

Assemblée générale
Documents officiels • Cinquante-septième session
Supplément n° 10 (A/57/10)

Rapport de la Commission du droit international

Cinquante-quatrième session

**29 avril-7 juin
et 22 juillet-16 août 2002**

**Assemblée générale
Documents officiels • Cinquante-septième session
Supplément n° 10 (A/57/10)**



Nations Unies • New York, 2002

NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Le mot *Annuaire* suivi de points de suspension et de l'année (par exemple, *Annuaire ... 1971*) s'entend de l'*Annuaire de la Commission du droit international*.

Une version linotypée du rapport de la Commission paraîtra dans la deuxième partie du volume II de l'*Annuaire de la Commission du droit international, 2002*.

TABLE DES MATIÈRES

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphe</u> s	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1 - 13	12
A. Membres de la Commission.....	2 - 4	12
B. Membres du Bureau et Bureau élargi	5 - 7	13
C. Comité de rédaction.....	8 - 9	14
D. Groupes de travail.....	10 - 11	15
a) Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international		15
b) Groupe de travail sur la responsabilité des organisations internationales		15
c) Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international.....		15
E. Secrétariat	12	15
F. Ordre du jour	13	16
II. RÉSUMÉ DES TRAVAUX DE LA COMMISSION À SA CINQUANTE-QUATRIÈME SESSION	14 - 24	18
III. POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION	25 - 31	21
A. Réserves aux traités	26	21
B. Protection diplomatique	27 - 28	22
C. Actes unilatéraux des États	29	23
D. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)	30	23
E. Responsabilité des organisations internationales	31	24

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
IV. RÉSERVES AUX TRAITÉS	32 - 103	25
A. Introduction	32 - 47	25
B. Examen du sujet à la présente session	48 - 101	29
a) Présentation par le Rapporteur spécial de son septième rapport	53 - 66	30
b) Résumé du débat	67 - 81	40
c) Conclusions du Rapporteur spécial	82 - 101	46
C. Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés provisoirement à ce jour par la Commission.....	102 - 103	52
1. Texte des projets de directives	102	52
2. Texte des projets de directives et des commentaires y afférents adoptés à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-quatrième session	103	68
2. Procédure		69
2.1 Forme et notification des réserves		69
2.1.1 Forme écrite.....		69
Commentaire		69
2.1.2 Forme de la confirmation formelle.....		74
Commentaire		74
2.1.3 Formulation d'une réserve au plan international.....		75
Commentaire		75
2.1.4 [2.1.3 <i>bis</i> , 2.1.4] Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves.....		82
Commentaire		82

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
2.1.5	Communication des réserves.....	87
	Commentaire	87
2.1.6	[2.1.6, 2.1.8] Procédure de communication des réserves	101
	Commentaire	102
2.1.7	Fonctions du dépositaire	115
	Commentaire	115
2.1.8	[2.1.7 <i>bis</i>] Procédure en cas de réserves manifestement [illicites].....	123
	Commentaire	124
2.4	Procédure relative aux déclarations interprétatives	126
	Commentaire	126
2.4.1	Formulation des déclarations interprétatives	126
	Commentaire	127
[2.4.2	[2.4.1 <i>bis</i>] Formulation d'une déclaration interprétative au plan interne].....	128
	Commentaire	128
[2.4.7	[2.4.2, 2.4.9] Formulation et communication des déclarations interprétatives conditionnelles].....	130
	Commentaire	130
V.	PROTECTION DIPLOMATIQUE	104 - 281 132
A.	Introduction	104 - 111 132
B.	Examen du sujet à la présente session	112 - 279 134
1.	Observations générales concernant l'étude.....	117 - 149 135
a)	Présentation par le Rapporteur spécial	117 - 120 135

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
	b) Résumé du débat	121 - 143 136
	c) Conclusions du Rapporteur spécial	144 - 149 142
2.	Articles 12 et 13	150 - 176 144
	a) Présentation par le Rapporteur spécial	150 - 160 144
	b) Résumé du débat	161 - 172 147
	c) Conclusions du Rapporteur spécial	173 - 176 150
3.	Article 14	177 - 239 152
	a) Futilité [art. 14 a)]	177 - 188 152
	i) Présentation par le Rapporteur spécial.....	177 - 180 152
	ii) Résumé du débat.....	181 - 186 153
	iii) Conclusions du Rapporteur spécial	187 - 188 155
	b) Renonciation et estoppel [art. 14 b)]	189 - 201 156
	i) Présentation par le Rapporteur spécial.....	189 - 193 156
	ii) Résumé du débat.....	194 - 200 158
	iii) Conclusions du Rapporteur spécial	201 160
	c) Lien volontaire et lien de rattachement territorial [art. 14 c) et d)]	202 - 228 161
	i) Présentation par le Rapporteur spécial.....	202 - 208 161
	ii) Résumé du débat.....	209 - 223 164
	iii) Conclusions du Rapporteur spécial	224 - 228 167
	d) Retard abusif et refus d'accès [art. 14 e) et f)].....	229 - 239 170
	i) Présentation par le Rapporteur spécial.....	229 - 230 170
	ii) Résumé du débat.....	231 - 237 171
	iii) Conclusions du Rapporteur spécial	238 - 239 173

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
<u>Chapitres</u>		
4. Article 15	240 - 252	174
a) Présentation par le Rapporteur spécial	240 - 245	174
b) Résumé du débat	246 - 251	176
c) Conclusions du Rapporteur spécial	252	178
5. Article 16	253 - 273	178
a) Présentation par le Rapporteur spécial	253 - 259	178
b) Résumé du débat	260 - 268	181
c) Conclusions du Rapporteur spécial	269 - 273	183
6. Déni de justice	274 - 279	184
a) Présentation par le Rapporteur spécial	274	184
b) Résumé du débat	275 - 276	184
c) Conclusions du Rapporteur spécial	277 - 279	185
C. Textes des articles 1 ^{er} à 7 du projet d'articles sur la protection diplomatique adoptés à titre provisoire par la Commission	280 - 281	186
1. Texte des articles	280	186
2. Texte des articles et commentaires y relatifs	281	188
PREMIÈRE PARTIE		189
Dispositions générales		189
Article premier. Définition et champ d'application		189
Commentaire		189
Article 2 [3]. Droit d'exercer la protection diplomatique		191
Commentaire		191

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
DEUXIÈME PARTIE.....		193
Personnes physiques		193
Article 3 [5]. État de la nationalité		193
Commentaire		194
Article 4 [9]. Continuité de la nationalité		198
Commentaire		198
Article 5 [7]. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers.....		202
Commentaire		202
Article 6. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité.....		204
Commentaire		204
Article 7 [8]. Apatrides et réfugiés.....		209
Commentaire		209
VI. ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS	282 - 429	215
A. Introduction	282 - 292	215
B. Examen du sujet à la présente session	293 - 429	217
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son cinquième rapport.....	296 - 327	217
2. Résumé du débat.....	328 - 409	224
3. Conclusions du Rapporteur spécial	410 - 429	241

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphe</u> s	<u>Page</u>
VII. RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL (RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE EN CAS DE PERTE CAUSÉE PAR UN DOMMAGE TRANSFRONTIÈRE DÉCOULANT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES)	430 - 457	247
A. Introduction	430 - 440	247
B. Examen du sujet à la présente session	441	250
C. Rapport du Groupe de travail	442 - 457	251
1. Portée	447 - 448	252
2. L'exploitant et l'État dans la prise en charge de la perte	449 - 456	253
a) Rôle de l'exploitant	451 - 454	253
b) Rôle de l'État	455 - 456	254
3. Questions supplémentaires	457	255
VIII. RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES	458 - 488	256
A. Introduction	458 - 460	256
B. Examen du sujet à la présente session	461 - 464	256
C. Rapport du Groupe de travail	465 - 488	257
1. Le champ du sujet	465 - 472	257
a) La notion de responsabilité	465 - 468	257
b) La notion d'organisation internationale	469 - 472	259
2. Rapport entre la responsabilité des organisations internationales et les articles sur la responsabilité des États	473 - 475	260
3. Questions liées à l'attribution	476 - 477	261

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
<u>Chapitres</u>		
4. Questions liées à la responsabilité des États membres à raison d'un comportement qui est attribué à une organisation internationale.....	478 - 480	262
5. Autres questions relatives aux cas dans lesquels la responsabilité d'une organisation internationale est engagée	481 - 482	263
6. Questions liées au contenu et à la mise en œuvre de la responsabilité internationale	483 - 485	264
7. Règlement des différends.....	486	265
8. Pratique à prendre en considération.....	487	265
9. Recommandation du Groupe de travail	488	266
IX. FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL: DIFFICULTÉS DÉCOULANT DE LA DIVERSIFICATION ET DE L'EXPANSION DU DROIT INTERNATIONAL.....	489 - 513	267
A. Introduction.....	489 - 491	267
B. Examen du sujet à la présente session	492 - 494	267
C. Rapport du Groupe d'étude.....	495 - 513	268
1. Résumé des débats.....	495 - 510	268
a) Appui à l'étude du sujet.....	495 - 498	268
b) Questions de procédure.....	499	269
c) Titre	500	269
d) Méthodologie et présentation.....	501 - 509	270
e) Résultats possibles des travaux de la Commission	510	271
2. Recommandations	511 - 513	271

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
<u>Chapitres</u>		
X. AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION	514 - 552	273
A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	514 - 531	273
1. Nouveaux sujets	517 -519	273
2. Programme de travail de la Commission pour le reste du quinquennat	520	274
3. Programme de travail à long terme	521	279
4. Procédures et méthodes de travail	522 - 523	279
5. Mesures d'économie	524	280
6. Honoraires	525 - 531	280
B. Date et lieu de la cinquante-cinquième session.....	532	281
C. Coopération avec d'autres organes.....	533 - 537	281
D. Représentation à la cinquante-septième session de l'Assemblée générale	538 - 539	282
E. Séminaire de droit international	540 - 552	282

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

1. La Commission du droit international a tenu sa cinquante-quatrième session à son siège, à l'Office des Nations Unies à Genève, du 29 avril au 7 juin 2002 pour la première partie de session et du 22 juillet au 16 août 2002 pour la seconde partie de session. La session a été ouverte par M. Enrique Candioti, deuxième vice-président de la Commission.

A. Membres de la Commission

2. La Commission se compose des membres suivants:
- M. Emmanuel Akwei Addo (Ghana)
 - M. Husain Al-Baharna (Bahreïn)
 - M. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)
 - M. Joao Clemente Baena Soares (Brésil)
 - M. Ian Brownlie (Royaume-Uni)
 - M. Enrique J. A. Candioti (Argentine)
 - M. Choung II Chee (République de Corée)
 - M. Pedro Comissario Afonso (Mozambique)
 - M. Riad Daoudi (République arabe syrienne)
 - M. Christopher John Robert Dugard (Afrique du Sud)
 - M^{me} Paula Escarameia (Portugal)
 - M. Salifou Fomba (Mali)
 - M. Giorgio Gaja (Italie)
 - M. Zdzislaw Galicki (Pologne)
 - M. Peter C.R. Kabatsi (Ouganda)
 - M. Maurice Kamto (Cameroun)
 - M. James Lutabanzibwa Kateka (République-Unie de Tanzanie)
 - M. Fathi Kemicha (Tunisie)
 - M. Martti Koskenniemi (Finlande)
 - M. Valery Kuznetsov (Fédération de Russie)
 - M. William Mansfield (Nouvelle-Zélande)

M. Djamchid Momtaz (République islamique d'Iran)
M. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)
M. Didier Opertti Badan (Uruguay)
M. Guillaume Pambou-Tchivounda (Gabon)
M. Alain Pellet (France)
M. Pemmaraju Sreenivasa Rao (Inde)
M. Victor Rodríguez Cedeño (Venezuela)
M. Robert Rosenstock (États-Unis d'Amérique)
M. Bernardo Sepúlveda (Mexique)
M. Bruno Simma (Allemagne)
M. Peter Tomka (Slovaquie)
M^{me} Hanqin Xue (Chine)
M. Chusei Yamada (Japon).

3. À sa 2711^e séance, le 29 avril 2002, la Commission a élu M. Peter C.R. Kabatsi (Ouganda) au poste se trouvant vacant par suite du décès de M. Adegoke Ajibola.

4. La Commission s'est félicitée de compter des femmes parmi ses membres pour le quinquennat en cours. Rappelant le grand nombre de femmes aux compétences reconnues en droit international, elle avait bon espoir que cet état de fait se verrait confirmé lors des présentations de candidatures et des élections du prochain quinquennat et des quinquennats suivants.

B. Membres du Bureau et Bureau élargi

5. À sa 2711^e séance, le 29 avril 2002, la Commission a élu le Bureau suivant:

Président:	M. Robert Rosenstock
Premier Vice-Président:	M. Enrique Candioti
Deuxième Vice-Président:	M. James L. Kateka
Président du Comité de rédaction:	M. Chusei Yamada
Rapporteur:	M. Valery Kuznetsov.

6. Le Bureau élargi de la Commission se composait des membres du Bureau élus pour la session, des anciens présidents de la Commission¹ et des rapporteurs spéciaux².

7. Sur la recommandation du Bureau élargi, la Commission a constitué un Groupe de planification composé des membres suivants: M. E. Candioti (Président), M. E.A. Addo, M. A.M.F. Al-Marri, M. J.C. Baena Soares, M. I. Brownlie, M. C. Chee, M. P. Comissario Afonso, M^{me} P. Escarameia, M. S. Fomba, M. Z. Galicki, M. J.L. Kateka, M. F. Kemicha, M. M. Koskenniemi, M. W. Mansfield, M. D. Momtaz, M. B.H. Niehaus, M. D. Opertti Badan, M. G. Pambou-Tchivounda, M. A. Pellet, M. P. Tomka et M. V. Kuznetsov (membre de droit).

C. Comité de rédaction

8. À ses 2712^e et 2721^e séances, tenues respectivement les 30 avril et 17 mai 2002, la Commission a constitué un comité de rédaction composé des membres suivants pour les sujets indiqués:

a) Protection diplomatique: M. C. Yamada (Président), M. Ch. J.R. Dugard (Rapporteur spécial), M. I. Brownlie, M. E. Candioti, M. C. Chee, M. P. Comissario Afonso, M. R. Daoudi, M. G. Gaja, M. Z. Galicki, M. D. Momtaz, M. V. Rodriguez-Cedeño, M. R. Rosenstock, M. B. Simma, M^{me} H. Xue et M. V. Kuznetsov (membre de droit);

b) Réserves aux traités: M. C. Yamada (Président), M. A. Pellet (Rapporteur spécial), M. P. Comissario Afonso, M^{me} P. Escarameia, M. S. Fomba, M. G. Gaja, M. M. Kamto, M. F. Kemicha, M. M. Koskenniemi, M. B. Simma, M. P. Tomka, M^{me} H. Xue et M. V. Kuznetsov (membre de droit).

9. Le Comité de rédaction a tenu un total de 15 séances sur les deux sujets indiqués ci-dessus.

¹ MM. J.C. Baena Soares, Z. Galicki, P. C.R. Kabatsi, A. Pellet, P. S. Rao et C. Yamada.

² MM. Ch. J.R. Dugard, G. Gaja, A. Pellet, V. Rodríguez-Cedeño et C. Yamada.

D. Groupes de travail

10. À sa 2717^e séance, tenue le 8 mai 2002, la Commission a également constitué les groupes de travail et le groupe d'étude ci-après, composés comme suit:

a) Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international:

M. P.S. Rao (Président), M. J.C. Baena Soares, M. I. Brownlie, M. E. Candioti, M. C. Chee, M. P. Commissario Afonso, M^{me} P. Escarameia, M. Z. Galicki, M. M. Kamto, M. J.L. Kateka, M. M. Koskenniemi, M. W. Mansfield, M. D. Operti Badan, M. R. Rosenstock, M^{me} H. Xue, M. C. Yamada et M. V. Kuznetsov (membre de droit);

b) Groupe de travail sur la responsabilité des organisations internationales: M. G. Gaja (Président), M. J.C. Baena Soares, M. I. Brownlie, M. E. Candioti, M. R. Daoudi, M^{me} P. Escarameia, M. S. Fomba, M. M. Kamto, M. J.L. Kateka, M. M. Koskenniemi, M. W. Mansfield, M. B. Simma, M. P. Tomka, M. C. Yamada et M. V. Kuznetsov (membre de droit);

c) Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international: M. B. Simma (Président), M. E.A Addo, M. I. Brownlie, M. E. Candioti, M. Ch. J.R. Dugard, M^{me} P. Escarameia, M. G. Gaja, M. Z. Galicki, M. M. Kamto, M. J.L. Kateka, M. F. Kemicha, M. M. Koskenniemi, M. W. Mansfield, M. D. Momtaz, M. B. Niehaus, M. G. Pambou-Tchivounda, M. A. Pellet, M. P.S. Rao, M. R. Rosenstock, M. B. Sepulveda, M. P. Tomka, M^{me} H. Xue, M. C. Yamada et M. V. Kuznetsov (membre de droit).

11. Le 1^{er} mai 2002, le Groupe de planification a constitué un groupe de travail sur le programme de travail à long terme, qui était composé comme suit: M. A. Pellet (Président), M. J.C. Baena Soares, M. Z. Galicki, M. M. Kamto, M. M. Koskenniemi, M^{me} H. Xue et M. V. Kuznetsov (membre de droit).

E. Secrétariat

12. M. Hans Corell, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général. M. Václav Mikulka, Directeur de la Division de la codification

du Bureau des affaires juridiques, assumait les fonctions de Secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général. M^{me} Mahnoush H. Arsanjani, Directrice adjointe de la Division de la codification, assumait les fonctions de Secrétaire adjointe de la Commission. M. George Korontzis, juriste hors classe, assumait les fonctions de Secrétaire assistant principal de la Commission et MM. Renan Villacis, juriste, et Arnold Pronto, juriste adjoint de première classe, étaient secrétaires assistants de la Commission.

F. Ordre du jour

13. À sa 2711^e séance, le 29 avril 2002, la Commission a adopté pour sa cinquante-quatrième session l'ordre du jour suivant, compte tenu des points qui ont été ajoutés ultérieurement³:

1. Pourvoi d'un siège devenu vacant
2. Organisation des travaux de la session
3. Réserves aux traités
4. Protection diplomatique.
5. Actes unilatéraux des États
6. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)
7. Responsabilité des organisations internationales
8. Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international
9. Ressources naturelles partagées

³ Voir chap. X, par. 517 à 519.

10. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission
11. Coopération avec d'autres organes
12. Date et lieu de la cinquante-cinquième session
13. Questions diverses.

CHAPITRE II

RÉSUMÉ DES TRAVAUX DE LA COMMISSION À SA CINQUANTE-QUATRIÈME SESSION

14. En ce qui concerne le sujet «Réserves aux traités», la Commission a adopté 11 projets de directives concernant la formulation et la communication des réserves et des déclarations interprétatives. Elle a également examiné le septième rapport⁴ du Rapporteur spécial et a renvoyé au Comité de rédaction 15 projets de directives sur le retrait et la modification des réserves (chap. IV).

15. Pour ce qui est du sujet «Protection diplomatique», la Commission a examiné les sections restantes du deuxième rapport⁵ du Rapporteur spécial consacrées à la règle de l'épuisement des recours internes, à savoir les articles 12 et 13, ainsi que le troisième rapport⁶ consacré aux articles 14 à 16, qui traitaient respectivement des exceptions à cette règle, de la charge de la preuve et de la clause dite clause Calvo. La Commission a également procédé à un débat général, notamment sur le champ de l'étude, et a tenu plusieurs consultations informelles ouvertes à tous sur la question de la protection diplomatique des équipages ainsi que des sociétés et de leurs actionnaires. La Commission a en outre adopté les articles 1^{er} à 7 [8] sur la recommandation du Comité de rédaction. Elle a d'autre part renvoyé au Comité de rédaction les alinéas *a*, *b*, *c* et *d* (lesquels seront tous deux examinés en relation avec l'alinéa *a*) et *e* de l'article 14, concernant respectivement les points suivants: futilité, renonciation et estoppel, lien volontaire, lien de rattachement territorial et retard abusif (chap. V).

16. Sur le sujet «Actes unilatéraux des États», la Commission a examiné une partie du cinquième rapport du Rapporteur spécial⁷. Dans ce rapport, le Rapporteur spécial faisait le point des progrès accomplis jusque là dans l'étude du sujet et présentait le texte révisé du projet

⁴ A/CN.4/526 et Add.1 à 3.

⁵ A/CN.4/514 et Corr.1.

⁶ A/CN.4/523 et Add.1.

⁷ A/CN.4/525 et Add.1 et Add.1/Corr. 1 et Corr.2 (anglais et arabe seulement) et Add.2.

d'article 5, alinéas *a* à *h*, sur la nullité de l'acte unilatéral, ainsi que les articles a) et b) relatifs à l'interprétation d'un acte unilatéral. Dans l'additif 2 à son rapport, que la Commission n'a pas examiné, il proposait un article 7 sur le principe *acta sunt servanda*, un article 8 sur la non-rétroactivité des actes unilatéraux et un article 9 sur l'application territoriale des actes unilatéraux, et présentait la structure de l'ensemble du projet d'articles (chap. VI).

17. S'agissant du sujet «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international» (Responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses), la Commission a décidé de reprendre l'étude de la deuxième partie du sujet et de créer un groupe de travail chargé d'en examiner les contours conceptuels. Dans son rapport, qui a été adopté par la Commission, le Groupe de travail a posé quelques idées de départ et présenté ses vues sur la portée de l'exercice ainsi que sur les méthodes qui pourraient être suivies. La Commission a d'autre part nommé M. P.S. Rao Rapporteur spécial pour le sujet (chap. VII).

18. Concernant le sujet «Responsabilité des organisations internationales», la Commission a décidé de l'inscrire à son programme de travail et a constitué un groupe de travail chargé d'examiner, entre autres, le champ de l'étude. Elle a par ailleurs nommé M. Giorgio Gaja Rapporteur spécial pour le sujet. La Commission a par la suite adopté le rapport du Groupe de travail et approuvé sa recommandation tendant à ce que le secrétariat prenne contact avec des organisations internationales en vue de recueillir des éléments d'information pertinents sur le sujet (chap. VIII).

19. Quant au sujet «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», la Commission a décidé de l'inscrire à son programme de travail et a créé un groupe d'étude. Elle a par la suite adopté le rapport du groupe d'étude, approuvant notamment la proposition de remplacer l'ancien titre du sujet, à savoir «Les risques que pose la fragmentation du droit international», par l'actuel nouveau titre, ainsi que la recommandation tendant à ce que la première étude entreprise porte sur le sujet suivant: «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des "régimes autonomes"» (chap. IX).

20. La Commission a également décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «Les ressources naturelles partagées» et a nommé M. Chusei Yamada Rapporteur spécial. La Commission a recommandé en outre la création d'un groupe de travail.

21. La Commission a chargé le Groupe de planification d'examiner son programme, ses procédures et ses méthodes de travail. Elle a adopté un programme de travail pour le quinquennat en cours afin de guider ses travaux sur les sujets inscrits à son ordre du jour (chap. X, sect. A).

22. La Commission a poursuivi ses échanges traditionnels d'informations avec le Comité juridique interaméricain, l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Afrique et d'Asie, la Cour internationale de Justice, ainsi que le Comité européen de coopération juridique et le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe (chap. X, sect. C).

23. Un séminaire de formation auquel ont participé 24 personnes de nationalités différentes a eu lieu lors de la session (chap. X, sect. E).

24. La Commission a décidé de tenir sa prochaine session à l'Office des Nations Unies à Genève, en deux temps, du 5 mai au 6 juin et du 7 juillet au 8 août 2003 (chap. X, sect. B).

CHAPITRE III

POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION

25. En application du paragraphe 13 de la résolution 56/82 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, la Commission indique ci-après, pour chaque sujet, les points sur lesquels il serait particulièrement intéressant que les gouvernements fassent connaître leurs vues, soit devant la Sixième Commission, soit par écrit afin de la guider utilement dans la suite de ses travaux.

A. Réserves aux traités

26. La Commission prendrait connaissance avec intérêt des observations des gouvernements sur les points suivants:

a) Dans l'alinéa 4 du projet de directive 2.1.6, adopté cette année en première lecture, la Commission a considéré que la communication d'une réserve à un traité pouvait être effectuée par courrier électronique ou par télécopie, mais que, lorsque tel était le cas, la réserve devait être confirmée par écrit. Dans la perspective de la seconde lecture du projet, la Commission souhaiterait savoir si cette disposition reflète la pratique habituelle et/ou paraît opportune;

b) Dans son septième rapport, le Rapporteur spécial sur les réserves aux traités a proposé l'adoption d'un projet de directive 2.5.X ainsi rédigé:

«2.5.X *Retrait des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité*

La constatation de l'illicéité d'une réserve par un organe de contrôle de la mise en œuvre du traité sur lequel porte la réserve ne constitue pas le retrait de cette réserve.

À la suite d'une telle constatation, l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve doit en tirer les conséquences. Le retrait total ou partiel de la réserve constitue pour cet État ou cette organisation internationale un moyen de s'acquitter de ses obligations à cet égard.»

À la suite des débats au sein de la Commission, le Rapporteur spécial a retiré cette proposition, qui ne concerne pas au premier chef la question du retrait des réserves. Comme le problème sera nécessairement abordé à nouveau lorsque la Commission se penchera sur la question des conséquences de la non-validité d'une réserve ou lorsqu'elle réexaminera ses conclusions préliminaires de 1997, la Commission serait heureuse de bénéficier des observations des États à ce sujet.

B. Protection diplomatique

27. La Commission serait heureuse de connaître les vues des gouvernements sur la question de savoir si la protection accordée par l'État de pavillon d'un navire aux membres de l'équipage ayant la nationalité d'un autre État⁸ est une forme de protection déjà suffisamment réglée par la Convention sur le droit de la mer de 1982, ou s'il est nécessaire de reconnaître à cet égard à l'État du pavillon un droit d'exercer sa protection diplomatique. Dans cette deuxième hypothèse, le même raisonnement vaudrait-il pour l'équipage d'un aéronef ou d'un engin spatial?

28. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a considéré que l'État dans lequel une société est constituée et a son siège a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard de cette société. Ce droit n'est pas dévolu à l'État de nationalité des actionnaires, sauf éventuellement:

- a) Si les droits des actionnaires eux-mêmes ont été directement lésés;
- b) Si la société a cessé d'exister au lieu où elle a été constituée;
- c) Si l'État dans lequel la société a été constituée est l'État responsable d'un acte internationalement illicite contre celle-ci.

Faut-il reconnaître à l'État de nationalité des actionnaires d'une société le droit d'exercer la protection diplomatique dans d'autres cas? Par exemple, l'État de la nationalité de la majorité des actionnaires devrait-il disposer d'un tel droit? Ou devrait-il avoir ce droit à titre subsidiaire,

⁸ Voir affaire du *Navire «Saiga»* (n° 2) (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. La Guinée*), Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1^{er} juillet 1999.

quand l'État dans lequel la société est constituée refuse ou s'abstient d'exercer lui-même la protection diplomatique?

C. Actes unilatéraux des États

29. La Commission encourage une fois encore les États à répondre au questionnaire qui leur a été adressé le 31 août 2001 et qui les invite à fournir des renseignements sur leur pratique en matière d'actes unilatéraux⁹.

D. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)

30. La Commission souhaiterait voir commentés les divers points soulevés dans le rapport du Groupe de travail (chap. VII), en particulier les points suivants:

- a) Part de la perte que la victime innocente devrait prendre à sa charge, si tant est qu'il y en ait une;
- b) Part de la perte revenant à l'exploitant;
- c) Part de la perte revenant à l'État, y compris la responsabilité subsidiaire éventuelle de celui-ci;
- d) Nécessité de mettre en place des régimes particuliers pour les activités ultradangereuses;
- e) Choix du «dommage significatif» comme seuil de déclenchement du régime de répartition de la perte – comme dans le cas des articles sur la prévention – ou nécessité de fixer un seuil plus élevé;
- f) Extension de la portée du travail en cours au dommage causé à l'indivis mondial;

⁹ <http://www.un.org/law/ilc/sessions/53/53sess.htm>.

g) Modèles pouvant être utilisés pour répartir la charge de la perte entre les intervenants en cause;

h) Procédures d'examen et de règlement des demandes de restitution et d'indemnisation, y compris éventuellement les mécanismes nationaux ou interétatiques de regroupement des réclamations, la nature des recours disponibles, l'accès aux juridictions compétentes, et la quantification et la liquidation des réclamations.

E. Responsabilité des organisations internationales

31. La Commission souhaiterait recevoir des observations sur la portée et l'orientation de l'étude qu'elle propose d'entreprendre sur la responsabilité des organisations internationales. Les gouvernements devraient lui indiquer plus particulièrement:

a) Si, conformément au point de vue adopté pour le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, le sujet devrait se limiter aux questions concernant la responsabilité au titre d'actes internationalement illicites au regard du droit international général; et

b) S'il serait préférable, comme cela est proposé, de limiter l'étude aux organisations intergouvernementales, du moins au début, plutôt que de prendre aussi en considération d'autres types d'organisations internationales.

CHAPITRE IV

RÉSERVES AUX TRAITÉS

A. Introduction

32. Par sa résolution 48/31 du 9 décembre 1993, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission du droit international d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé «Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités».

33. À sa quarante-sixième session, en 1994, la Commission a nommé M. Alain Pellet Rapporteur spécial pour ce sujet¹⁰.

34. À sa quarante-septième session, en 1995, la Commission a reçu et examiné le premier rapport du Rapporteur spécial¹¹.

35. À l'issue de cet examen, le Rapporteur spécial a résumé les conclusions qu'il tirait des débats de la Commission sur le sujet; celles-ci avaient trait au titre du sujet, qui devrait se lire dorénavant «Réserves aux traités», à la forme du résultat de l'étude, qui devrait se présenter comme un guide de la pratique en matière de réserves, à la souplesse avec laquelle les travaux de la Commission sur le sujet devraient être conduits et au consensus qui s'était dégagé au sein de la Commission pour considérer qu'il n'y avait pas lieu de modifier les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986¹². De l'avis de la Commission, ces conclusions constituaient le résultat de l'étude préliminaire demandée par l'Assemblée générale dans ses résolutions 48/31 du 9 décembre 1993 et 49/51 du 9 décembre 1994. Quant au Guide de la pratique, il se présenterait sous la forme de directives accompagnées de commentaires, qui seraient utiles pour la pratique des États et des organisations internationales; ces directives seraient, au besoin, accompagnées de clauses types.

¹⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/49/10), par. 382.*

¹¹ A/CN.4/470 et Corr.1.

¹² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 10 (A/50/10), par. 491.*

36. En 1995, conformément à sa pratique antérieure¹³, la Commission a autorisé le Rapporteur spécial à établir un questionnaire détaillé sur les réserves aux traités pour s'enquérir de la pratique suivie et des problèmes rencontrés par les États et les organisations internationales, particulièrement celles qui étaient depositaires de conventions multilatérales. Ce questionnaire a été adressé à ses destinataires par le secrétariat. Dans sa résolution 50/45 du 11 décembre 1995, l'Assemblée générale a pris note des conclusions de la Commission et invité celle-ci à poursuivre ses travaux selon les modalités indiquées dans son rapport, et elle a aussi invité les États à répondre au questionnaire¹⁴.

37. À sa quarante-huitième session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹⁵. Le Rapporteur spécial avait annexé à son rapport un projet de résolution de la Commission du droit international sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, établi à l'intention de l'Assemblée générale en vue d'appeler l'attention sur les données juridiques du problème et de les clarifier¹⁶. Toutefois, faute de temps, la Commission n'a pas pu examiner le rapport ni le projet de résolution, encore que certains membres aient exprimé leurs vues sur le rapport. En conséquence, la Commission a décidé de reporter le débat sur ce sujet à l'année suivante.

38. À sa quarante-neuvième session, la Commission était à nouveau saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet.

39. À l'issue du débat, la Commission a adopté des conclusions préliminaires sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme¹⁷.

¹³ Voir *Annuaire ... 1993*, vol. II (deuxième partie), par. 286.

¹⁴ Au 27 juillet 2000, 33 États et 24 organisations internationales avaient répondu au questionnaire.

¹⁵ A/CN.4/477 et Add.1.

¹⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, par. 137.

¹⁷ *Ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 10 (A/52/10)*, par. 157.

40. Dans sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, l'Assemblée générale a pris note des conclusions préliminaires de la Commission ainsi que du fait que celle-ci avait invité tous les organes créés par des traités multilatéraux normatifs qui souhaiteraient le faire à formuler par écrit leurs commentaires et observations sur ces conclusions, et elle a appelé l'attention des gouvernements sur le fait qu'il importait qu'ils communiquent à la Commission du droit international leurs vues sur les conclusions préliminaires.

41. À sa cinquantième session, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹⁸, qui était consacré à la définition des réserves aux traités et des déclarations interprétatives de traités. À la même session, la Commission a adopté à titre provisoire six projets de directives¹⁹.

42. À la cinquante et unième session, la Commission était à nouveau saisie de la partie du troisième rapport du Rapporteur spécial qu'elle n'avait pas eu le temps d'examiner à la cinquantième session, ainsi que de son quatrième rapport sur le sujet²⁰. À ce rapport était en outre annexée la bibliographie révisée du sujet, dont le Rapporteur spécial avait soumis en 1996 une première version, jointe à son deuxième rapport²¹. Le quatrième rapport traitait aussi de la définition des réserves et déclarations interprétatives. À la même session, la Commission a adopté à titre provisoire 17 projets de directives²².

¹⁸ A/CN.4/491 et Corr.1 (anglais seulement), A/CN.4/491/Add.1, Add.2 et Corr.1, Add.3 et Corr.1 (chinois, français et russe seulement), Add.4 et Corr.1, Add.5 et Add.6 et Corr.1.

¹⁹ Voir Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, par. 540.

²⁰ A/CN.4/499.

²¹ A/CN.4/478/Rev.1.

²² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, par. 470.

43. À la lumière de l'examen des déclarations interprétatives, la Commission a aussi adopté une nouvelle version du projet de directive 1.1.1 [1.1.4] et un projet de directive sans titre ni numéro [devenu le projet de directive 1.6 (Portée des définitions)].

44. À la cinquante-deuxième session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet²³ portant, d'une part, sur les alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives et, d'autre part, sur la procédure relative aux réserves et aux déclarations interprétatives, notamment leur formulation et la question de réserves et déclarations interprétatives tardives. À la même session, la Commission a adopté à titre provisoire cinq projets de directives²⁴. La Commission a aussi reporté l'examen de la deuxième partie du cinquième rapport du Rapporteur spécial contenue dans les documents A/CN.4/508/Add.3 et Add.4 à la session suivante.

45. À la cinquante-troisième session, la Commission était saisie en premier lieu de la deuxième partie du cinquième rapport portant sur les questions de procédure relatives aux réserves et aux déclarations interprétatives et, en deuxième lieu, du sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/518 et Add.1 à 3) portant sur les modalités de formulation des réserves et des déclarations interprétatives (notamment leur forme et leur notification) ainsi que sur la publicité des réserves et des déclarations interprétatives (leur communication, leurs destinataires et les obligations du dépositaire).

46. À la même session la Commission a adopté à titre provisoire 12 projets de directives²⁵.

47. À la même session, à sa 2692^e séance, le 19 juillet 2001, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 2.1.1 (Forme écrite), 2.1.2 (Forme de la confirmation formelle), 2.1.3 (Compétence pour formuler une réserve au plan international), 2.1.3 *bis* (Compétence pour formuler une réserve au plan interne), 2.1.4 (Absence de

²³ A/CN.4/508 et Add.1 à 4.

²⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n°10* (A/54/10), par. 470.

²⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10) par. 114.

conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves), 2.1.5 (Communication des réserves), 2.1.6 (Procédure de communication des réserves), 2.1.7 (Fonctions du dépositaire), 2.1.8 (Date d'effet des communications relatives aux réserves), 2.4.1 (Formulation des déclarations interprétatives), 2.4.1 *bis* (Compétence pour formuler une déclaration interprétative au plan interne), 2.4.2 (Formulation des déclarations interprétatives conditionnelles) et 2.4.9 (Communication des déclarations interprétatives conditionnelles).

B. Examen du sujet à la présente session

48. À la présente session, la Commission était saisie du septième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/526 et Add.1 à 3) portant encore sur la formulation, la modification et le retrait des réserves aux traités et des déclarations interprétatives. Elle l'a examiné à ses 2719^e, 2720^e et 2721^e séances, les 14, 15 et 17 mai 2002.

49. À sa 2721^e séance, le 17 mai 2002, à la suite de l'examen de la première partie du septième rapport (A/CN.4/526), la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction le projet de directive 2.1.7 *bis* (Cas de réserves manifestement illicites).

50. À ses 2733^e et 2734^e séances, les 22 et 23 juillet 2002, la Commission a examiné et adopté à titre provisoire les projets de directives 2.1.1 (Forme écrite), 2.1.2 (Forme de la confirmation formelle), 2.1.3 (Formulation d'une réserve au plan international), 2.1.4 [2.1.3 *bis*, 2.1.4]²⁶ (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves), 2.1.5 (Communication des réserves), 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] (Procédure de communication des réserves), 2.1.7 (Fonctions du dépositaire), 2.1.8 [2.1.7 *bis*] (Procédure en cas de réserves manifestement [illicites])²⁷, 2.4.1 (Formulation des déclarations interprétatives),

²⁶ Le numéro entre crochets indique le numéro de ce projet de directive dans le rapport du Rapporteur spécial ou, le cas échéant, le numéro originel d'un projet de directive figurant dans le rapport du Rapporteur spécial qui a été incorporé au projet de directive final.

²⁷ Le terme sera réexaminé par la Commission.

[2.4.2 [2.4.1 *bis*] (Formulation d'une déclaration interprétative au plan interne)] et [2.4.7 [2.4.2, 2.4.9] (Formulation et communication des déclarations interprétatives conditionnelles)]²⁸.

51. À sa 2748^e séance, le 14 août 2002, la Commission a adopté les commentaires des projets de directives susmentionnés.

52. Le texte de ces projets de directives et des commentaires y relatifs est reproduit dans la section C.2 ci-dessous.

a) Présentation par le Rapporteur spécial de son septième rapport

53. Le Rapporteur spécial a attiré l'attention de la Commission sur la section C de son septième rapport (A/CN.4/526, par. 48 à 55) et, plus particulièrement, sur deux développements récents concernant les réserves aux traités des droits de l'homme. Le premier relevait de l'important rapport préparé par le secrétariat en 2001 à la demande du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, et notamment sa section intitulée «Pratiques adoptées par les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme». Il s'avérait que ces organes étaient beaucoup plus pragmatiques et moins dogmatiques que le texte de l'Observation générale n° 24 pouvait le laisser entendre. Ils étaient plus enclins à encourager les États à retirer certaines réserves qu'à se prononcer sur leur validité, ce qui se révélait significatif eu égard aux conclusions préliminaires de la Commission concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, adoptées en 1997.

54. Le second développement relevait du fait que malgré l'opposition continue de la Commission des droits de l'homme, la Sous-Commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme avait renouvelé sa décision antérieure de charger M^{me} Françoise Hampson d'établir un document de travail concernant les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme. Le Rapporteur spécial a demandé aux membres de la Commission de s'exprimer sur l'opportunité ou non de prendre contact avec M^{me} Hampson dans l'espoir qu'il y aurait des consultations plus complètes entre la Commission du droit international, la Sous-Commission et

²⁸ Ces deux projets de directives sont entre crochets dans l'attente d'une décision de la Commission sur le sort de l'ensemble des directives se rapportant aux déclarations interprétatives conditionnelles.

les autres organes des traités des droits de l'homme visant à réexaminer en 2004 les conclusions préliminaires adoptées par la Commission du droit international en 1997.

55. Traitant ensuite des projets de directives figurant dans les addenda 2 et 3 de son septième rapport, le Rapporteur spécial a présenté d'abord le projet de directive 2.5.1²⁹ qui reproduisait l'article 22, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1986, celui-ci étant pratiquement identique à la disposition correspondante de la Convention de Vienne de 1969. Il a déclaré que les travaux préparatoires de l'article 22, paragraphe 1, montraient suffisamment que le retrait des réserves constituait un acte unilatéral, mettant ainsi fin à la controverse quant à la nature exacte de cet acte. L'argument selon lequel une réserve non prévue par le traité ne produisait d'effets que si les parties au traité l'acceptaient était par trop formaliste et ne tenait pas compte du fait que la disposition des Conventions de Vienne était devenue une règle coutumière.

56. Quant au projet de directive 2.5.2³⁰, il reproduisait le texte de l'article 23, paragraphe 4, des Conventions de Vienne. La conséquence la plus importante en découlant était qu'il n'y avait pas de retraits «implicites» ou «tacites» des réserves, malgré la théorie selon laquelle la non-confirmation d'une réserve constituerait un «retrait».

57. Dans le même sens, le retrait ne pourrait pas se confondre avec les réserves «expirées» ou «oubliées»; ces dernières résultaient surtout d'un amendement ou de la révocation de la législation interne de l'État réservataire rendant la réserve inutile. Cette situation pourrait causer

²⁹ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.5.1 *Retrait des réserves*

À moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve peut à tout moment être retirée sans que le consentement de l'État ou de l'organisation internationale qui a accepté la réserve soit nécessaire pour son retrait.

A/CN.4/526/Add.2, par. 85.

³⁰ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.5.2 *Forme du retrait*

Le retrait d'une réserve doit être formulé par écrit.

A/CN.4/526/Add.2, par. 90.

des problèmes juridiques quant à la prédominance du droit national ou international; néanmoins, la réserve «oubliée» n'était pas retirée.

58. Le projet de directive 2.5.3³¹ répondait à la nécessité d'inclure dans le Guide de la pratique, notamment en tenant compte de son caractère non obligatoire de «code des pratiques recommandées», une directive qui encouragerait les États à réexaminer périodiquement leurs réserves, justement afin de voir si elles n'auraient pas perdu leur raison d'être du fait des développements de leur droit interne. Cela correspondait aussi à la pratique de l'Assemblée générale des Nations Unies et du Conseil de l'Europe, ainsi qu'à celle des organes institués par certains traités.

59. Le projet de directive 2.5.4³² essayait d'apporter une réponse au problème délicat de l'effet de la constatation par un organe de contrôle de l'illicéité³³ de la réserve. Une telle constatation

³¹ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.5.3 Réexamen périodique de l'utilité des réserves

Les États ou les organisations internationales qui ont formulé une ou plusieurs réserves à un traité devraient procéder à un réexamen périodique de celles-ci et envisager le retrait des réserves qui ne répondent plus à leur objectif.

Dans cet examen, les États et les organisations internationales devraient accorder une attention particulière à l'objectif de l'intégrité des traités multilatéraux et s'interroger, le cas échéant, de manière spéciale sur l'utilité des réserves au regard de leur droit interne et des évolutions qu'il a subies depuis la formulation de ces réserves.

A/CN.4/526/Add.2, par. 103.

³² Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.5.4 Retrait des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité

La constatation de l'illicéité d'une réserve par un organe de contrôle de la mise en œuvre du traité sur lequel porte la réserve ne constitue pas le retrait de cette réserve.

À la suite d'une telle constatation, l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve doit en tirer les conséquences. Le retrait de la réserve constitue pour cet État ou cette organisation internationale un moyen de s'acquitter de ses obligations à cet égard.

A/CN.4/526/Add.2, par. 114.

³³ Ce terme devra être réexaminé dans l'avenir, à la lumière des rapports futurs du Rapporteur spécial et des débats au sein de la Commission.

évidemment ne constituait pas en soi un retrait de la réserve. Elle devrait cependant avoir des conséquences: on pouvait envisager soit qu'elle entraîne la «neutralisation» de la réserve, soit que, conformément aux conclusions préliminaires de la Commission de 1997, il soit de la responsabilité de l'État réservataire de tirer les conséquences de la constatation. Si le retrait total de la réserve apparaissait parfois par trop radical, il restait toujours la possibilité d'un retrait partiel. Le projet de directive 2.5.X³⁴ combinait ces possibilités.

60. Les projets de directives 2.5.5 à 2.5.5 *ter*³⁵ portaient sur la procédure de retrait des réserves, sur laquelle les Conventions de Vienne étaient muettes. Le Rapporteur spécial a pensé

³⁴ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.5.X *Retrait des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité*

La constatation de l'illicéité d'une réserve par un organe de contrôle de la mise en œuvre du traité sur lequel porte la réserve ne constitue pas le retrait de cette réserve.

À la suite d'une telle constatation, l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve doit en tirer les conséquences. Le retrait total ou partiel de la réserve constitue pour cet État ou cette organisation internationale un moyen de s'acquitter de ses obligations à cet égard.

A/CN.4/526/Add.3, par. 216.

³⁵ Ces projets de directives sont libellés comme suit:

[2.5.5 *Compétence pour retirer une réserve au plan international*

Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales depositaires de traités, toute personne compétente pour représenter un État ou une organisation internationale pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement d'un État ou d'une organisation internationale à être lié par un traité a compétence pour retirer une réserve formulée au nom de cet État ou de cette organisation internationale.]

[2.5.5 *Compétence pour retirer une réserve au plan international*

1. Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales depositaires de traités, une personne a compétence pour retirer une réserve formulée au nom d'un État ou d'une organisation internationale:

a) Si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés aux fins de ce retrait;
ou

qu'on pouvait s'inspirer de la procédure de formulation des réserves dans la mesure où celle-ci serait transposable en matière de retrait. Au vu des modifications que la Commission avait déjà apportées aux directives relatives à la formulation des réserves, il serait opportun de procéder à des modifications similaires des directives relatives au retrait des réserves. Une autre possibilité

b) S'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances qu'il était de l'intention des États et des organisations internationales concernés de considérer cette personne comme ayant compétence à cette fin sans présentation de pleins pouvoirs.

2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, ont compétence pour retirer une réserve au plan international au nom d'un État:

a) Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères;

b) Les représentants accrédités par les États auprès d'une organisation internationale ou de l'un de ses organes, pour le retrait d'une réserve à un traité adopté au sein de cette organisation ou de cet organe;

[c) Les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour le retrait d'une réserve à un traité conclu entre les États accréditants et cette organisation.]].

2.5.5 bis Compétence pour retirer une réserve au plan interne

La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre pour retirer une réserve au plan interne relève du droit interne de chaque État ou organisation internationale.

2.5.5 ter Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives au retrait des réserves

Le fait qu'une réserve ait été retirée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de retrait des réserves ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant ce retrait.

serait de se borner à un seul projet de directive 2.5.5³⁶ renvoyant *mutatis mutandis* aux directives concernant la procédure de formulation des réserves. Cette dernière option n'avait pas cependant la faveur du Rapporteur spécial, d'une part parce qu'elle ne correspondait pas aux besoins pratiques auxquels le Guide devait répondre et d'autre part parce que les deux procédures (de formulation et de retrait) n'étaient pas identiques. Quant aux directives ayant trait à la communication du retrait des réserves (2.5.6, 2.5.6 *bis* et 2.5.6 *ter*)³⁷, le Rapporteur spécial

³⁶ Ce projet de directive est libellé comme suit:

[2.5.5 *Compétence pour retirer une réserve*

La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre pour retirer une réserve suit *mutatis mutandis* les règles applicables en matière de formulation des réserves énoncées dans les directives 2.1.3, 2.1.3 *bis* et 2.1.4.]

³⁷ Ces projets de directives sont libellés comme suit:

[2.5.6 *Communication du retrait d'une réserve*

La procédure de communication du retrait d'une réserve suit les règles applicables en matière de communication des réserves énoncées dans les directives 2.1.5, 2.1.6 et 2.1.7.]

[2.5.6 *Communication du retrait des réserves*

Le retrait d'une réserve doit être communiqué [par écrit] aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité.

Le retrait d'une réserve à un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou qui crée un organe délibérant ayant qualité pour accepter une réserve doit en outre être communiqué à cette organisation ou à cet organe.

2.5.6 *bis* *Procédure de communication du retrait des réserves*

À moins que le traité n'en dispose ou que les États et organisations contractants n'en conviennent autrement, une communication relative au retrait d'une réserve à un traité est transmise:

- i) S'il n'y a pas de dépositaire, directement par l'auteur du retrait aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et aux autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties; ou
- ii) S'il y a un dépositaire, à ce dernier, qui en informe dans les meilleurs délais les États et organisations auxquels elle est destinée.

a rappelé qu'il ressortait des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969 que les membres de la Commission de l'époque estimaient que la même procédure devait être appliquée par le dépositaire à la communication des réserves et à celle de leur retrait, ce qui était aussi confirmé par la pratique, que ces directives reflétaient.

61. Les projets de directives 2.5.7 et 2.5.8³⁸ traitaient des effets du retrait d'une réserve et figuraient dans la section du Guide de la pratique consacrée à la procédure simplement pour

Lorsqu'une communication relative au retrait d'une réserve à un traité est effectuée par courrier électronique, elle doit être confirmée par courrier postal [ou par télécopie].

2.5.6 *ter* Fonctions du dépositaire

Le dépositaire examine si le retrait par un État ou une organisation internationale d'une réserve à un traité est en bonne et due forme.

Lorsqu'une divergence apparaît entre un État ou une organisation internationale et le dépositaire au sujet de l'accomplissement de cette fonction, le dépositaire doit porter la question à l'attention:

- a) Des États et organisations signataires ainsi que des contractants et des organisations contractantes;
- b) Le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause.].

A/CN.4/526/Add.2, par. 150 et 151.

³⁸ Ces projets de directives sont libellés comme suit:

2.5.7 *Effet du retrait d'une réserve*

Le retrait d'une réserve entraîne l'application du traité dans son intégralité dans les relations entre l'État ou l'organisation internationale qui retire la réserve et l'ensemble des autres Parties, que celles-ci aient accepté la réserve ou y aient objecté.

2.5.8 *Effet du retrait d'une réserve en cas d'objection à la réserve accompagnée du refus d'entrée en vigueur du traité avec l'auteur de la réserve*

Le retrait d'une réserve entraîne l'entrée en vigueur du traité dans les relations entre l'État ou l'organisation internationale qui retire la réserve et un État ou une organisation internationale qui avait fait objection à la réserve et s'était opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'auteur de la réserve.

A/CN.4/L.526/Add.2, par. 184.

des raisons de commodité. Au sujet du projet de directive 2.5.7, le Rapporteur spécial a précisé qu'il n'était pas tout à fait exact de dire «Le retrait d'une réserve entraîne l'application du traité dans son intégralité...» dans la mesure où il pouvait y avoir d'autres réserves qui ne seraient pas retirées et continueraient d'empêcher l'application intégrale du traité. Une reformulation donc s'imposait qui pourrait se libeller ainsi: «Le retrait d'une réserve entraîne l'application dans son intégralité de la disposition du traité sur laquelle portait la réserve...».

62. Au sujet de la date à laquelle les effets du retrait de la réserve se produisaient (projet de directive 2.5.9³⁹), le Rapporteur spécial a rappelé l'article 22, paragraphe 3, de la Convention de Vienne, en notant toutefois que cette date pourrait soulever des problèmes d'adaptation du droit interne à la nouvelle situation mais que l'on pouvait toujours adopter des clauses expresses réglant ce problème. C'est à cette fin qu'il lui a paru utile d'inclure dans le Guide de la pratique des clauses types⁴⁰ que les États pourraient insérer dans les traités qu'ils concluaient. Si ces

³⁹ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.5.9 *Date d'effet du retrait d'une réserve*

À moins que le traité n'en dispose ou qu'il n'en soit convenu autrement, le retrait d'une réserve ne prend effet à l'égard d'un État contractant ou d'une organisation contractante que lorsque cet État ou cette organisation en a reçu notification.

A/CN.4/526/Add.2, par. 175.

⁴⁰ Ces clauses types sont libellées comme suit:

Clause type A – Report de la date d'effet du retrait d'une réserve

Une Partie contractante qui a formulé une réserve au présent traité peut la retirer en adressant une notification au [dépositaire]. Le retrait prendra effet à l'expiration d'un délai de X [mois] [jours] après la date de réception de la notification par le [dépositaire].

Clause type B – Raccourcissement du délai d'effet du retrait d'une réserve

Une Partie contractante qui a formulé une réserve au présent traité peut la retirer en adressant une notification au [dépositaire]. Le retrait prendra effet à la date de réception de la notification par le [dépositaire].

clauses types étaient renvoyées au Comité de rédaction il faudrait décider si elles seraient reproduites après le texte du projet de directive 2.5.9 ou si elles figureraient dans une annexe du Guide de la pratique, solution qui lui semblait la plus appropriée.

63. Par ailleurs, rien n'empêcherait l'État ou l'organisation internationale qui retirait sa réserve de fixer la date d'effet de ce retrait à une date postérieure à celle de la réception de la notification. C'était ce que rappelait le projet de directive 2.5.10⁴¹. Ce projet de directive traitait également du cas où le retrait était sans effet sur les obligations des États ou des organisations internationales contractants lorsqu'il s'agissait d'obligations «intégrales». Dans une telle hypothèse, le retrait pouvait avoir un effet immédiat ou même rétroactif.

Clause type C – Liberté de fixer la date d'effet du retrait d'une réserve

Une Partie contractante qui a formulé une réserve au présent traité peut la retirer en adressant une notification au [dépositaire]. Le retrait prendra effet à la date fixée par cet État dans la notification adressée au [dépositaire].

A/CN.4/526/Add.2, par. 164 et 166.

⁴¹ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.5.10 *Cas dans lesquels l'État réservataire peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait d'une réserve*

Le retrait d'une réserve prend effet à la date fixée par son auteur lorsque:

- a) Cette date est postérieure à la date à laquelle les autres États ou organisations internationales contractants en ont reçu notification; ou
- b) Le retrait ne modifie pas la situation de son auteur vis-à-vis des autres États ou organisations internationales contractants.

A/CN.4/526/Add.2, par. 169.

64. Les projets de directives 2.5.11 et 2.5.12⁴² traitaient du retrait partiel⁴³ des réserves, un acte très proche du retrait total des réserves du fait qu'en «diminuant» ou en réduisant la portée de réserve, l'État (ou l'organisation internationale) «augmentait» ses obligations en vertu du traité.

65. La définition du retrait partiel telle que proposée dans le projet de directive 2.5.11⁴⁴ montrait que ce retrait était une modification d'une réserve existante et non pas un retrait total suivi d'une nouvelle réserve comme certaines théories ou certaines jurisprudences, comme celle de la décision du Tribunal fédéral suisse dans l'affaire *Elisabeth F.*⁴⁵, et la pratique parfois incertaine du Secrétaire général des Nations Unies en tant que dépositaire, semblaient l'impliquer. La même procédure devrait être utilisée pour le retrait partiel et pour le retrait total d'une réserve. (Ainsi les projets de directives 2.5.6 à 2.5.10 pourraient être facilement transposés au retrait partiel.) En revanche les projets de directives 2.5.7 et 2.5.8 ne pourraient pas être

⁴² Ces projets de directives sont libellés comme suit:

2.5.11 *Retrait partiel d'une réserve*

Le retrait partiel d'une réserve est soumis au respect des mêmes règles de forme et de procédure qu'un retrait total et prend effet dans les mêmes conditions.

Le retrait partiel d'une réserve est la modification de cette réserve par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur, qui vise à atténuer l'effet juridique de la réserve et à assurer plus complètement l'application des dispositions du traité, ou du traité dans son ensemble, à cet État ou à cette organisation internationale.

2.5.12 *Effet du retrait partiel d'une réserve*

Le retrait partiel d'une réserve modifie les effets juridiques de la réserve dans la mesure prévue par la nouvelle formulation de la réserve. Les objections faites à cette réserve continuent de produire leurs effets aussi longtemps que leurs auteurs ne les ont pas retirées.

A/CN.4/526/Add.3, par. 210 et 220.

⁴³ Le Rapporteur spécial a précisé que la dernière partie de son rapport relatif à l'aggravation des réserves ne pourrait pas être présentée au cours de la cinquante-quatrième session.

⁴⁴ Le Rapporteur spécial pensait que l'on pouvait renverser l'ordre des paragraphes de ce projet de directive.

⁴⁵ Voir A/CN.4/526/Add.3, par. 199 et 200.

transposés parce que, dans le cas d'un retrait partiel, la réserve subsistait et n'affectait pas *ipso facto* les objections qui y étaient faites. Le projet de directive définissait les conséquences d'un retrait partiel. Quant au projet de directive 2.5.11 *bis*⁴⁶, il constituait le «pendant» du projet de directive 2.5.4 et pourrait éventuellement être fusionné avec celui-ci.

66. En terminant sa présentation, le Rapporteur spécial a souhaité que tous les projets de directives et de clauses types afférentes au projet de directive 2.5.9 soient renvoyés au Comité de rédaction.

b) Résumé du débat

67. En ce qui concerne la question posée par le Rapporteur spécial sur l'avenir des contacts entre la Commission du droit international et la Sous-Commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme, plusieurs membres ont appuyé l'idée que la Commission devait se montrer disponible et ouverte envers les organes qui s'occupaient des mêmes questions et même demander leurs opinions. Selon un point de vue, la Commission devrait même prendre l'initiative en vue d'une réunion officieuse avec les parties intéressées au cours de la session suivante. À la lumière des éclaircissements sur la situation actuelle fournis par le Rapporteur spécial, la Commission a décidé de se mettre en rapport avec les organes des droits de l'homme. À cet effet une lettre cosignée par le Président et le Rapporteur spécial serait envoyée au Président de la Sous-Commission et à M^{me} Hampson, demandant officiellement d'aménager des possibilités de consultation au cours de la session suivante à Genève.

68. On a souligné l'utilité de l'ensemble du projet de directives visant à donner des orientations pratiques aux États, notamment au vu de l'absence ou du peu d'indications relatives

⁴⁶ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.5.11 bis Retrait partiel des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité

Lorsqu'un organe de contrôle de la mise en œuvre du traité sur lequel porte la réserve a constaté l'illicéité de cette réserve, l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve peut s'acquitter des obligations lui incombant en opérant le retrait partiel de cette réserve conformément à cette constatation.

à la procédure à suivre en cas de retrait ou de modification des réserves dans les Conventions de Vienne et dans d'autres conventions. On a également noté qu'il conviendrait de mettre l'accent sur la pratique générale des traités plutôt que sur certains secteurs ou certaines régions.

69. En ce qui concerne les directives 2.5.1 et 2.5.2, plusieurs membres ont exprimé leur appui, tout en constatant qu'elles reprenaient essentiellement les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne (art. 22, par. 1, et art. 23, par. 4). Quelques membres ont exprimé des doutes quant à l'utilité de les inclure dans le Guide de la pratique au lieu de renvoyer aux dispositions des Conventions de Vienne. D'autres membres cependant ont souscrit à la reproduction des dispositions des Conventions de Vienne dans le Guide de la pratique en vue d'assurer le caractère complet de celui-ci. À propos du projet de directive 2.5.2, on a confirmé la nécessité du retrait de la réserve fait par écrit, ce qui excluait le retrait implicite en assurant ainsi la sécurité juridique dans les relations entre les États parties. On a aussi considéré qu'une réserve pouvait tomber en désuétude de par la pratique subséquente de l'État réservataire. Selon un point de vue, il faudrait également traiter d'autres formes de retrait telles que la déclaration au sujet d'un retrait formel à venir, étant entendu que les relations de l'État auteur de la réserve avec les autres parties au traité ne seraient modifiées que lorsque celles-ci auraient reçu notification écrite du retrait de la réserve. En revanche, l'État auteur serait lié dès le moment où il a annoncé son intention de retirer sa réserve. On a souligné qu'une telle déclaration aurait peut-être un effet sur le plan interne mais aucun à l'égard des autres parties. Selon un autre point de vue, on devrait être extrêmement prudent sur la question du retrait implicite car l'effet juridique du retrait ne se produit que suite à la formulation écrite. Ainsi on a évoqué l'exemple de la Tchécoslovaquie et de la Pologne dont les parlements avaient approuvé et les chefs d'État signé en 1929 une déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour permanente de Justice internationale qui n'avait jamais été déposée auprès du dépositaire. Cette déclaration n'avait par conséquent aucun effet juridique. D'autres membres ont mentionné le cas où les États faisaient des réserves et par la suite s'abstenaient de les faire valoir dans leurs relations bilatérales ou multilatérales ou même les abandonnaient en raison de divers facteurs (comme par exemple un changement de leur législation interne) et ils se sont demandé si les États pouvaient se prévaloir du fait qu'ils n'ont pas retiré par écrit leur réserve pour rejeter tout effet d'estoppel. En plus, dans le cas où les autres États ont appliqué à son égard la disposition à laquelle l'État avait fait la réserve

«abandonnée» on se trouvait face à une situation de facto qui dépassait le cadre conventionnel. Par ailleurs on a fait observer qu'une réserve qui n'a pas été retirée en bonne et due forme reste juridiquement valable même si elle est «dormante», ce qui donne une plus grande latitude à l'État réservataire de remodifier sa législation interne dans le sens de la réserve si besoin en est.

70. Quant au projet de directive 2.5.3, selon un point de vue il constituait une approche créative au problème de réserves obsolètes. On a fait remarquer qu'il serait utile de mentionner aussi les appels lancés par les organes de contrôle de l'application des traités, étant donné que les législations internes étaient parfois vagues et incertaines. Selon un autre avis ce projet pourrait poser des difficultés parce que le réexamen de l'utilité des réserves ne touchait pas à la procédure mais au fond: il soulevait des problèmes relevant des conditions du retrait et du rôle de la désuétude des réserves. Par ailleurs, le résultat du réexamen des évolutions des législations internes paraissait assez douteux. Afin de ne pas donner l'impression qu'il s'agissait d'une obligation des États à procéder à cet examen, il fallait souligner davantage le caractère de recommandation de ce projet de directive. Par ailleurs, il ne fallait pas se borner à évoquer le droit interne parce qu'il pouvait y avoir d'autres circonstances qui inciteraient l'État réservataire à retirer sa réserve.

71. En ce qui concerne le projet de directive 2.5.4 (que plusieurs membres ont abordé conjointement – au vu de leur relation étroite – avec les projets de directives 2.5.11 *bis* et 2.5.X), on a fait observer que le premier paragraphe énonçait une évidence tandis que le deuxième privilégiait une hypothèse qui avait comme point de départ le fait qu'une constatation d'illicéité pourrait avoir pour effet d'obliger l'État réservataire à retirer la réserve. Mais il était loin d'être certain que l'organe de contrôle eût le pouvoir implicite d'obliger l'État réservataire à retirer la réserve. On a rappelé que les conclusions préliminaires adoptées par la Commission en 1997 étaient beaucoup plus nuancées: il n'y avait pas lieu de préciser la conséquence de la constatation d'illicéité, du moins en ce qui concernait le retrait des réserves. On s'est aussi demandé si la constatation d'illicéité s'agissant d'une simple recommandation liait l'auteur de la réserve et on a fait observer que l'État n'était pas obligé de suivre les recommandations d'un organe de contrôle. Selon plusieurs membres on devait aussi examiner attentivement la nature de l'organe de contrôle qui formulait la constatation, étant donné qu'il y avait plusieurs types de tels organes (organes politiques, juridictionnels, *sui generis*, etc.).

72. En outre, il y avait une grande différence entre la décision d'un organe juridictionnel et les constatations d'un organe de contrôle, qui peuvent soit entraîner la nullité «automatique» de la réserve, ou l'obligation pour l'État de prendre des mesures, soit constituer une simple recommandation à l'État en cause de prendre des mesures appropriées. On a cité l'exemple de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme, dont les constatations créaient un «devoir moral» pour les États de réexaminer leur position. Même si un organe de contrôle avait des pouvoirs contraignants, on pourrait se demander s'ils étaient «self-executing». On s'est également demandé si un organe judiciaire constituait un organe de contrôle au sens de ce projet de directive. Par ailleurs certains membres se sont interrogés sur la composition et la motivation des constatations des organes de contrôle, le conflit d'appréciation qui pourrait naître entre ces organes et les États parties et, finalement les effets possibles de ce projet de directive pour les organes de contrôle eux-mêmes. On s'est aussi posé la question de savoir quelle serait la source, en droit international, des «obligations» éventuelles des États d'agir à la suite des constatations des organes de contrôle. Une distinction devait être faite entre d'une part la constatation d'illicéité par un organe de contrôle et les effets de cette constatation et, d'autre part, l'illicéité de la réserve en soi. Le retrait de la réserve dont l'«illicéité» aurait été constatée n'était pas la seule solution; il y en avait d'autres (retrait du traité, modification de la réserve) comme il était déclaré dans les conclusions préliminaires. On ne devrait pas isoler une solution aux dépens des autres ou reprendre une partie seulement des éléments du paragraphe 10 des conclusions préliminaires.

73. Selon un point de vue la rédaction par trop péremptoire et générale de ce projet de directive, qui voulait combiner plusieurs éléments disparates et laissait entendre que les constatations des organes de contrôle avaient une force obligatoire sans aucune distinction entre ces derniers, était source de confusion ou de malentendu: il suffirait de le libeller de façon plus souple. Une suggestion a même été faite de supprimer entièrement le deuxième paragraphe. D'autre part il ne fallait pas perdre de vue le rôle fondamental du consentement. Un État qui voulait devenir partie à un traité avec une réserve qui était considérée comme inacceptable n'en pouvait pas moins maintenir son offre de devenir partie à celui-ci. Prétendre que rejeter la réserve obligeait l'État à la retirer était très différent de l'hypothèse selon laquelle l'objection à la réserve constituait une indication que l'on n'entrait pas en relations conventionnelles avec l'État réservataire.

74. La véritable question était de savoir qui a le pouvoir de se prononcer sur la licéité des réserves. Le régime institué par les Conventions de Vienne laissait aux États parties le soin de le faire. Cependant des développements récents dans un autre sens, comme l'affaire de la réserve formulée par l'Islande à la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine et la position prise par la Commission baleinière internationale, qui était contraire à celle de plusieurs États parties, laisseraient planer des doutes à ce sujet. On a aussi évoqué la possibilité d'inclure une clause restrictive précisant que le Guide de la pratique est sans effet sur le pouvoir qu'ont les organes de contrôle de déterminer les relations entre les États parties au traité.

75. Selon un autre point de vue, le projet de directive 2.5.4 constituait une simple recommandation figurant dans le Guide de la pratique et les problèmes posés par son libellé pourraient être résolus par le Comité de rédaction. Notamment la version «composite» du projet de directive 2.5.X semblait être utile et claire.

76. D'autres membres ont pensé que la place de cette directive n'était pas dans la section sur la procédure mais dans un autre chapitre du Guide, étant donné que la question de l'«illicéité» des réserves n'avait pas encore été abordée. Il serait aussi utile de prévoir une directive précisant les relations entre la constatation de l'illicéité d'une réserve par un organe de contrôle et le retrait de la réserve par l'État ou l'organisation internationale en cause.

77. Au sujet des projets de directives 2.5.5 et 2.5.6 on a relevé les lacunes des Conventions de Vienne en ce qui concerne le retrait des réserves. On a fait aussi observer que la procédure concernant le retrait des réserves devait être plus simple que celle concernant la formulation. Plusieurs membres ont exprimé leur préférence pour la version la plus longue aux fins de commodité de référence et de consistance, bien que selon un point de vue la version courte eût aussi des avantages. Cependant on a fait observer qu'une fois achevée l'adoption du Guide de la pratique en première lecture, il faudrait réexaminer l'ensemble des directives afin de déterminer s'il ne serait pas opportun d'utiliser le procédé du renvoi en cas de dispositions identiques ou applicables *mutatis mutandis*. On a aussi noté que certains projets de directives (tel le projet 2.5.6 *bis*) devraient s'harmoniser, dans des situations voisines, avec les projets de directives déjà adoptés par la Commission.

78. À propos des projets de directives 2.5.7 à 2.5.10, on a constaté leur conformité aux dispositions pertinentes des Conventions de Vienne. Quant au projet de directive 2.5.7, on a émis l'avis qu'il devrait refléter le cas où d'autres réserves continuent à exister – ce qui n'entraînerait pas l'application du traité dans son intégralité entre l'État retirant une réserve et les autres parties.

79. De même on a considéré que les clauses types afférentes au projet de directive 2.5.9 étaient utiles et devraient aussi être renvoyées au Comité de rédaction.

80. S'agissant du projet de directive 2.5.11, plusieurs membres se sont ralliés à la révision orale du Rapporteur spécial visant à renverser l'ordre de ses paragraphes. On a exprimé la préoccupation que le retrait partiel puisse être utilisé afin d'élargir en fait la portée de la réserve. Par conséquent, une clarification expliquant que le retrait partiel ne fait pas disparaître la réserve initiale et ne constitue pas une nouvelle réserve semblait s'imposer. En outre, il serait préférable d'assimiler le retrait partiel au retrait pur et simple, au vu des complications suscitées par deux procédures distinctes ainsi que par les interprétations divergentes que peuvent en donner les autres États parties. On s'est demandé si les États parties à un traité qui n'avaient pas fait d'objection à la réserve initiale pouvaient faire objection au retrait partiel de la réserve. Sur ce point on a émis l'avis qu'il ne pourrait pas y avoir une règle générale et que tout dépendait des effets du retrait partiel, qui pourrait être par exemple discriminatoire. Dans ce cas-là le retrait partiel ressemblait à une nouvelle réserve. Par ailleurs la question se posait de savoir si le retrait partiel de la réserve constituait bien une modification de celle-ci et non, comme la pratique du Secrétaire général des Nations Unies en tant que dépositaire semblait l'impliquer, un retrait suivi d'une telle réserve; le terme «modification» était utilisé par le Secrétaire général pour viser l'aggravation de la réserve. Toutefois, on a considéré qu'il allait de soi qu'un retrait partiel constituait une modification. On a évoqué aussi la possibilité de retirer une seule réserve parmi plusieurs réserves faites par un État (et dans ce cas les objections à cette réserve n'avaient plus de raison d'être) ou celle qui faisait dépendre la réserve de la législation nationale, qui pourrait éventuellement se traduire par une atténuation de la réserve si la législation venait à changer. Dans ce cas les objections éventuelles à la réserve pourraient continuer à être justifiées dans la mesure où, même atténuée, la réserve, elle aussi, continuait à exister.

81. En ce qui concerne le projet de directive 2.5.12, l'avis a été émis qu'il faudrait envisager la situation dans laquelle une objection vise la partie de la réserve qui a été retirée car, dans un tel cas, l'objection devenait automatiquement sans objet.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

82. À la fin du débat, le Rapporteur spécial a relevé que tous les projets de directives relatifs à la formulation des réserves *lato sensu* seraient sans doute extrêmement utiles à la communauté internationale du fait qu'ils visaient à codifier des règles techniques qui répondaient à des besoins réels. Du reste, à l'exception des projets de directives 2.5.4, 2.5.11 *bis* et 2.5.X qu'il se proposait de traiter séparément, aucun projet de directive n'avait donné lieu à une querelle doctrinale. Le débat avait porté sur des points spécifiques sans poser de problèmes de principe. Il en avait déduit que le sentiment général était en faveur du renvoi de la totalité des projets de directives (à l'exception des 2.5.4, 2.5.11 *bis* et 2.5.X) au Comité de rédaction.

83. Le Rapporteur spécial a réaffirmé que le Guide de la pratique ne serait pas un ensemble de règles contraignantes mais plutôt un «code de pratiques recommandées», ce qui éventuellement pourrait même être reflété dans son titre. Cette caractéristique ne signifiait pas qu'il ne devait pas être rédigé d'une manière rigoureuse et attentive, en vue de guider la pratique des États. En outre, il était clair que certaines règles contenues dans les projets de directives avaient force obligatoire non pas parce qu'elles figuraient dans le Guide mais parce qu'elles étaient des règles coutumières ou étaient transposées des Conventions de Vienne. Cela illustre la différence entre la valeur juridique d'une norme et celle d'une source. À la question de savoir s'il fallait transposer littéralement les dispositions des Conventions de Vienne dans le Guide de la pratique, sa réponse était catégoriquement affirmative. La valeur du Guide serait sérieusement compromise si les utilisateurs ne trouvaient pas les réponses aux questions qu'ils se posaient dans le Guide même. Quoique incomplètes et parfois ambiguës, les Conventions de Vienne constituaient le point de départ incontournable de toute pratique en matière de réserves, et un Guide qui les ignorerait aurait peu de valeur pratique. Par ailleurs une simple référence ou un renvoi aux Conventions de Vienne poserait inévitablement des problèmes techniques et juridiques (surtout aux États et organisations qui n'étaient pas parties aux Conventions de Vienne). Par conséquent, il était plus simple, utile, logique et commode de transposer

intégralement les dispositions conventionnelles pertinentes dans le Guide.

84. Cette position répondait à certaines propositions des membres concernant des modifications rédactionnelles de quelques projets de directives. Le Rapporteur spécial a rappelé que le libellé de plusieurs projets de directives reprenait mot à mot le libellé des dispositions correspondantes des Conventions de Vienne et que par conséquent il serait inutile et potentiellement dangereux de récrire ces dernières. Il était d'accord au fond avec les membres qui avaient plaidé pour la «facilitation» du retrait des réserves, mais il ne trouvait pas de solution intermédiaire.

85. Les projets de directives 2.5.1 et 2.5.2 requéraient la forme écrite, ce qui assurait la sécurité juridique et répondait aussi au principe du parallélisme des formes.

86. Plus particulièrement en ce qui concerne le projet de directive 2.5.2, on avait suggéré une formule qui obligerait l'État qui a soumis une notification écrite du retrait de sa réserve à se comporter conformément à ce retrait même avant la réception de la notification par les autres États parties. Il n'était pas favorable à cette formule parce que tout traité présupposait un accord de deux ou plusieurs volontés sur un texte *unique* au même moment. Cette formule créerait des situations où il y aurait divergence des obligations dans le temps, ne fût-ce que pour une courte période; il en résulterait des complications inutiles.

87. En ce qui concerne la question posée concernant la situation où un État applique en pratique la disposition à l'égard de laquelle il a formulé une réserve, le Rapporteur spécial pensait que ce problème transcendait le cadre des réserves aux traités et s'approchait plutôt du sujet «Fragmentation du droit international» ou des actes unilatéraux. Il n'était pas convaincu que ce problème dût être traité dans le Guide de la pratique, sans toutefois s'y opposer si la Commission était d'avis d'inclure dans le Guide un projet de directive y relatif.

88. Le Rapporteur spécial était heureux de noter la réaction favorable de la Commission au projet de directive 2.5.3, qui avait rencontré une approbation unanime. Quant au souhait exprimé d'inclure une référence spécifique aux organes de contrôle créés par les traités, il se demandait s'il ne fallait pas dans ce cas-là mentionner également l'Assemblée générale ou des organes régionaux. Au demeurant, cette proposition ne lui paraissait pas avoir beaucoup de chances

de succès, surtout au vu du débat de la Commission sur les organes de contrôle. À propos de la suggestion de mettre l'accent sur le caractère de recommandation de ce projet de directive, il était d'avis que le Guide de la pratique tout entier était un ensemble de recommandations. Quant à la proposition de supprimer la référence au droit interne, il pensait que c'étaient justement les évolutions du droit interne se traduisant par des réserves obsolètes qui, le plus souvent, rendaient le réexamen périodique si essentiel.

89. Il avait noté la préférence nette pour la version plus longue des projets de directives 2.5.5 et 2.5.6. Afin de faciliter la tâche des utilisateurs du Guide de la pratique, chaque question devait y être traitée séparément et de la manière la plus complète, quitte à ne pas éviter parfois certaines répétitions. Il serait prudent d'attendre la deuxième lecture des projets de directives pour se prononcer sur l'opportunité ou non de fusionner ou de rendre plus concis certains projets de directives.

90. Le Rapporteur spécial a noté que les projets de directives 2.5.7 et 2.5.8 n'avaient pas suscité des commentaires très nombreux; ceux qui avaient été faits portaient surtout sur des points de rédaction. Dans le cas du projet de directive 2.5.7, il appuyait l'observation faite tendant à préciser que le retrait d'une réserve entraînait l'application des seules dispositions du traité visées par la réserve dans les relations entre l'État ou l'organisation qui retire la réserve et l'ensemble des autres parties.

91. En venant aux projets de directives 2.5.9 et 2.5.10, le Rapporteur spécial a déclaré, à propos d'une observation faite au sujet du projet de directive 2.5.9 sur la date d'effet d'une notification en droit international, qu'à son avis il n'y avait pas de règle générale en la matière: même l'article 20 des Conventions de Vienne posait des règles différentes de celles énoncées dans l'article 22, paragraphe 3, de celles-ci.

92. En ce qui concerne le projet de directive 2.5.10, le Rapporteur spécial était d'accord avec la remarque selon laquelle le retrait devait rester sans effet sur les obligations du réservataire vis-à-vis des autres États ou organisations contractants, et non sur leur «situation» comme le proposait le projet.

93. Au sujet du projet de directive 2.5.11, le Rapporteur spécial ne méconnaissait pas le risque que certains membres avaient évoqué de voir les États essayer de présenter une aggravation de la réserve comme un retrait partiel. Cependant, la fonction des juristes était justement de procéder à des classifications et de donner des définitions. À cet égard le terme «modification» était essentiel puisque le retrait porte sur une réserve existante et qui continue d'exister. Il ne s'agissait pas d'un retrait de la réserve suivi par la formulation d'une nouvelle réserve comme la pratique incertaine du Secrétaire général pouvait le laisser entendre.

94. S'agissant du projet de directive 2.5.12, il souscrivait à l'observation faite visant à inclure l'hypothèse dans laquelle l'objection demeure, si elle est justifiée par l'opposition de son auteur à la partie de la réserve qui n'est pas retirée. Il suffirait d'ajouter un membre de phrase à la fin, comme par exemple «dans la mesure où l'objection ne porte pas exclusivement sur la partie de la réserve qui a été retirée». Par ailleurs, le Rapporteur spécial était très sensible à l'exemple donné d'un retrait de réserve qui rendait discriminatoire la partie de la réserve qui demeurait à l'encontre d'un État ou d'un groupe d'États particulier. Dans ce cas, il serait légitime que les États victimes d'une telle discrimination puissent formuler une objection. Cependant il était douteux qu'il existât d'autres cas de ce genre; si tel était le cas, il faudrait envisager de les couvrir par un nouvel alinéa du projet de directive 2.5.12 ou par un projet de directive 2.5.12 *bis*⁴⁷.

95. Le Rapporteur spécial a, pour terminer, abordé les projets de directives 2.5.4, 2.5.11 et 2.5.X en précisant que ses remarques porteraient sur le projet de directive 2.5.X, qui combinait les deux autres. Il a relevé que plusieurs membres ont déclaré que le premier paragraphe énonçait une évidence. Il lui a paru important de dire que les organes de contrôle ne peuvent jamais décider de l'engagement conventionnel de l'État, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent ni retirer ni annuler la réserve. Tout au plus peuvent-ils en constater l'illicéité, même si la Cour européenne des droits de l'homme s'est arrogé à tort, à son avis, le pouvoir d'annuler une réserve dans l'affaire *Belilos*. Tout au plus même la Cour internationale de Justice pourrait-elle refuser d'appliquer une réserve illicite, mais elle devrait alors décider si la réserve est détachable

⁴⁷ Le Rapporteur spécial a donné lecture du libellé suivant: «Aucune nouvelle objection ne peut être formulée en cas de retrait partiel d'une réserve, à moins que la réserve telle qu'elle résulte du retrait ne soulève de nouvelles questions et que l'objection ait trait à une telle question.»

du traité et appliquer le traité sans la réserve ou si la non-validité de la réserve l'empêche d'appliquer le traité dans son ensemble. De toute manière son arrêt n'aurait que l'autorité relative de la chose jugée et, dans les relations entre l'État réservataire et les États autres que le défendeur, cette réserve continuerait à exister mais à être illicite (ou non valide – en anglais *impermissible* ou *inadmissible*)⁴⁸.

96. Le Rapporteur spécial a rappelé que la première phrase du deuxième alinéa du projet de directive 2.5.X était reprise de la première phrase du paragraphe 10 des Conclusions préliminaires de 1997, avec l'adjonction, au début, des mots «À la suite d'une telle constatation». Il était toujours d'avis qu'à moins d'être de mauvaise foi un État soucieux de respecter le droit devait certainement faire «quelque chose» face à une réserve illicite, que cette illicéité ait ou non été constatée par un organe quelconque. On pourrait éventuellement modifier le libellé, conformément à une observation faite, pour qu'il se lise «il appartient à l'État», un membre de phrase qui figure dans les Conclusions préliminaires.

97. Le Rapporteur spécial a aussi noté que les organes de contrôle créés par les traités des droits de l'homme ont souvent des pouvoirs beaucoup plus larges et contraignants que celui de faire de simples observations et recommandations. En outre, s'agissant de la Cour internationale de Justice, il pensait que lorsqu'elle était appelée à se prononcer sur l'application d'un traité, elle jouait le rôle d'un quasi-organe de contrôle, contrairement à ce qu'on avait fait valoir. Il vaudrait cependant peut-être mieux utiliser une expression comme «organes ayant compétence pour constater l'illicéité d'une réserve». De plus, il n'était pas d'avis que les organes de contrôle fussent toujours et exclusivement politiques, comme on l'avait prétendu.

98. Le Rapporteur spécial a encore souligné qu'il n'avait jamais dit qu'un État ayant fait une réserve dont un organe compétent pour ce faire avait constaté l'illicéité avait l'obligation de retirer celle-ci. Le projet de directive 2.5.X reprenait le paragraphe 10 des Conclusions préliminaires, en relevant que le retrait total ou partiel de la réserve constituait pour l'État un moyen (possible mais pas le seul) de s'acquitter de ses obligations juridiques. Le Rapporteur spécial a aussi observé que la typologie des différents pouvoirs détenus par les organes de

⁴⁸ Le Rapporteur spécial n'a pas souhaité se prononcer à ce stade sur ce problème de terminologie.

contrôle présentée par un membre pourrait avoir sa place dans les commentaires plutôt que dans les projets de directives eux-mêmes.

99. Le Rapporteur spécial a conclu en disant que, bien qu'il ne fût pas convaincu par les critiques de fond visant les projets de directives en question (2.5.4, 2.5.11 *bis* et 2.5.X), il ne demanderait pas à ce stade leur renvoi au Comité de rédaction pour la raison que la question du retrait y était au fond secondaire.

100. Les éléments centraux de ces projets de directives étaient d'une part les pouvoirs des organes de contrôle de la mise en œuvre du traité à l'égard des réserves et d'autre part les conséquences de l'illicéité d'une réserve. À la lueur de cette constatation, il se proposait de soumettre des versions amendées lors des débats à venir sur la licéité des réserves ou lors du réexamen des Conclusions préliminaires. Pour le reste des projets de directives, y compris les projets de clauses types, il pensait que la Commission n'avait pas d'objection à ce qu'ils soient envoyés au Comité de rédaction.

101. À sa 2739^e séance, le 31 juillet 2002, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 2.5.1 (Retrait des réserves), 2.5.2 (Forme du retrait), 2.5.3 (Réexamen périodique de l'utilité des réserves), 2.5.5 (Compétence pour retirer une réserve au plan international), 2.5.5 *bis* (Compétence pour retirer une réserve au plan interne), 2.5.5 *ter* (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives au retrait des réserves), 2.5.6 (Communication du retrait d'une réserve), 2.5.6 *bis* (Procédure de communication du retrait des réserves), 2.5.6 *ter* (Fonctions du dépositaire), 2.5.7 (Effet du retrait d'une réserve), 2.5.8 (Effet du retrait d'une réserve en cas d'objection à la réserve accompagnée du refus d'entrée en vigueur du traité avec l'auteur de la réserve), 2.5.9 (Date d'effet du retrait d'une réserve) (y inclus les clauses types y afférentes), 2.5.10 (Cas dans lesquels l'État réservataire peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait d'une réserve), 2.5.11 (Retrait partiel d'une réserve) et 2.5.12 (Effet du retrait partiel d'une réserve).

C. Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés provisoirement à ce jour par la Commission

1. Texte des projets de directives

102. Le texte des projets de directives adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission est reproduit ci-après:

RÉSERVES AUX TRAITÉS

Guide de la pratique

1. Définitions

1.1. Définition des réserves⁴⁹

L'expression «réserve» s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou à cette organisation.

1.1.1 [1.1.4]⁵⁰ Objet des réserves⁵¹

Une réserve vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application à l'État ou à l'organisation internationale qui la formule.

⁴⁹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, p. 214 à 216.

⁵⁰ Le numéro entre crochets indique le numéro de ce projet de directive dans le rapport du Rapporteur spécial ou, le cas échéant, le numéro originel d'un projet de directive figurant dans le rapport du Rapporteur spécial qui a été incorporé au projet de directive final.

⁵¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 169 à 174.

1.1.2 Cas dans lesquels une réserve peut être formulée⁵²

Les cas dans lesquels une réserve peut être formulée en vertu de la directive 1.1 incluent l'ensemble des modes d'expression du consentement à être lié par un traité mentionnés à l'article 11 des Conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986.

1.1.3 [1.1.8] Réserves à portée territoriale⁵³

Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure l'application d'un traité ou de certaines de ses dispositions à un territoire auquel ce traité serait appliqué en l'absence d'une telle déclaration constitue une réserve.

1.1.4 [1.1.3] Réserves formulées à l'occasion d'une notification d'application territoriale⁵⁴

Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité à l'égard d'un territoire au sujet duquel il fait une notification d'application territoriale du traité constitue une réserve.

1.1.5 [1.1.6] Déclarations visant à limiter les obligations de leur auteur⁵⁵

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, par laquelle son auteur vise à limiter les obligations que lui impose le traité, constitue une réserve.

⁵² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-troisième session*, *Supplément n° 10 (A/53/10)*, p. 221 à 224.

⁵³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 224 à 227.

⁵⁴ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 227 et 228.

⁵⁵ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-quatrième session*, *Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 174 à 178.

1.1.6 Déclarations visant à s'acquitter d'une obligation par équivalence⁵⁶

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à s'acquitter d'une obligation en vertu du traité d'une manière différente de celle imposée par le traité mais équivalente, constitue une réserve.

1.1.7 [1.1.1] Réserves formulées conjointement⁵⁷

La formulation conjointe d'une réserve par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette réserve.

1.1.8 Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion⁵⁸

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, en conformité avec une clause autorisant expressément les parties ou certaines d'entre elles à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à ces parties, constitue une réserve.

1.2 Définition des déclarations interprétatives⁵⁹

L'expression «déclaration interprétative» s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée que le déclarant attribue à un traité ou à certaines de ses dispositions.

⁵⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 179.

⁵⁷ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, p. 228 à 231.

⁵⁸ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 205 à 221.

⁵⁹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 180 à 184.

1.2.1 [1.2.4] Déclarations interprétatives conditionnelles⁶⁰

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation internationale subordonne son consentement à être lié par ce traité à une interprétation spécifiée du traité ou de certaines de ses dispositions, constitue une déclaration interprétative conditionnelle.

1.2.2 [1.2.1] Déclarations interprétatives formulées conjointement⁶¹

La formulation conjointe d'une déclaration interprétative par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette déclaration interprétative.

1.3 Distinction entre réserves et déclarations interprétatives⁶²

La qualification d'une déclaration unilatérale comme réserve ou déclaration interprétative est déterminée par l'effet juridique qu'elle vise à produire.

1.3.1 Méthode de mise en œuvre de la distinction entre réserves et déclarations interprétatives⁶³

Pour déterminer si une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale au sujet d'un traité est une réserve ou une déclaration interprétative, il convient d'interpréter cette déclaration de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes, à la lumière du traité sur lequel elle porte. Il sera dûment tenu compte de l'intention de l'État ou de l'organisation internationale concerné à l'époque où la déclaration a été formulée.

⁶⁰ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 194 à 202.

⁶¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 202 à 204.

⁶² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 205 et 206.

⁶³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 206 à 211.

1.3.2 [1.2.2] Libellé et désignation⁶⁴

Le libellé ou la désignation donné à une déclaration unilatérale constitue un indice de l'effet juridique visé. Il en va ainsi en particulier lorsqu'un État ou une organisation internationale formule plusieurs déclarations unilatérales au sujet d'un même traité et en désigne certaines comme étant des réserves et d'autres comme étant des déclarations interprétatives.

1.3.3 [1.2.3] Formulation d'une déclaration unilatérale lorsqu'une réserve est interdite⁶⁵

Lorsqu'un traité interdit les réserves à l'ensemble de ses dispositions ou à certaines d'entre elles, une déclaration unilatérale formulée à leur sujet par un État ou une organisation internationale est réputée ne pas constituer une réserve, sauf si elle vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers dans leur application à son auteur.

1.4 Déclarations unilatérales autres que les réserves et les déclarations interprétatives⁶⁶

Les déclarations unilatérales formulées en relation avec un traité qui ne sont ni des réserves ni des déclarations interprétatives n'entrent pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.1 [1.1.5] Déclarations visant à assumer des engagements unilatéraux⁶⁷

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale en relation avec un traité par laquelle son auteur vise à assumer des obligations allant au-delà de celles que lui impose le traité constitue un engagement unilatéral qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

⁶⁴ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 212 à 216.

⁶⁵ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 216 à 218.

⁶⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 218 à 220.

⁶⁷ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 220 à 222.

1.4.2 [1.1.6] Déclarations unilatérales visant à ajouter des éléments supplémentaires à un traité⁶⁸

Une déclaration unilatérale par laquelle un État ou une organisation internationale vise à ajouter des éléments supplémentaires à un traité constitue une proposition de modification du contenu de celui-ci qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.3 [1.1.7] Déclarations de non-reconnaissance⁶⁹

Une déclaration unilatérale par laquelle un État indique que sa participation à un traité n'implique pas la reconnaissance d'une entité non reconnue par lui constitue une déclaration de non-reconnaissance qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique, même lorsqu'elle vise à exclure l'application du traité entre l'État déclarant et l'entité non reconnue.

1.4.4 [1.2.5] Déclarations de politique générale⁷⁰

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale par laquelle cet État ou cette organisation exprime ses vues au sujet d'un traité ou du domaine couvert par celui-ci sans viser à avoir un effet juridique sur le traité, constitue une déclaration de politique générale qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.5 [1.2.6] Déclarations relatives à la mise en œuvre d'un traité au plan interne⁷¹

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale par laquelle cet État ou cette organisation indique la manière dont il ou elle mettra en œuvre un traité au plan interne, mais qui ne vise pas à avoir d'incidence en tant que telle sur ses droits et

⁶⁸ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 222 et 223.

⁶⁹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 224 à 228.

⁷⁰ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 228 à 232.

⁷¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 232 à 236.

obligations vis-à-vis des autres Parties contractantes, constitue une déclaration informative qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative⁷²

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale en conformité avec une clause figurant dans un traité autorisant expressément les parties à accepter une obligation qui n'est pas imposée par d'autres dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

Une restriction ou condition figurant dans une telle déclaration ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

1.4.7 [1.4.8] Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité⁷³

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale en conformité avec une clause figurant dans un traité obligeant expressément les parties à choisir entre deux ou plusieurs dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.5 Déclarations unilatérales relatives aux traités bilatéraux⁷⁴

1.5.1 [1.1.9] «Réserves» aux traités bilatéraux⁷⁵

Une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, formulée par un État ou par une organisation internationale après le paraphe ou la signature mais avant l'entrée en vigueur d'un traité bilatéral, par laquelle cet État ou cette organisation vise à obtenir

⁷² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 222 à 229.

⁷³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.* p. 229 à 235.

⁷⁴ Pour le commentaire, voir *ibid.*, *cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 236 et 237.

⁷⁵ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 237 à 246.

de l'autre partie une modification des dispositions du traité à laquelle il subordonne l'expression de son consentement définitif à être lié par le traité ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

1.5.2 [1.2.7] Déclarations interprétatives de traités bilatéraux⁷⁶

Les projets de directives 1.2 et 1.2.1 sont applicables aux déclarations interprétatives relatives aussi bien aux traités multilatéraux qu'aux traités bilatéraux.

1.5.3 [1.2.8] Effet juridique de l'acceptation de la déclaration interprétative d'un traité bilatéral par l'autre partie⁷⁷

L'interprétation résultant d'une déclaration interprétative d'un traité bilatéral faite par un État ou une organisation internationale partie à ce traité et acceptée par l'autre partie constitue l'interprétation authentique de ce traité.

1.6 Portée des définitions⁷⁸

Les définitions de déclarations unilatérales figurant dans le présent chapitre du Guide de la pratique sont sans préjudice de la licéité et des effets de ces déclarations au regard des règles qui leur sont applicables.

⁷⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 247 à 250.

⁷⁷ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 250 et 251.

⁷⁸ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 251 à 253.

1.7 Alternatives aux réserves et déclarations interprétatives⁷⁹

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] Alternatives aux réserves⁸⁰

Afin d'atteindre des résultats comparables à ceux qui sont produits par des réserves, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés alternatifs, tels que:

- L'insertion dans le traité de clauses restrictives, visant à limiter sa portée ou son application;
- La conclusion d'un accord par lequel deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leurs relations mutuelles.

1.7.2 [1.7.5] Alternatives aux déclarations interprétatives⁸¹

Afin de préciser ou de clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés autres que les déclarations interprétatives, tels que:

- L'insertion dans le traité de dispositions expresses visant à l'interpréter;
- La conclusion d'un accord complémentaire à cette fin.

⁷⁹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10), p. 235 et 236.

⁸⁰ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 237 à 256.

⁸¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 256 à 258.

2. Procédure

2.1 Forme et notification des réserves

2.1.1 Forme écrite

Une réserve doit être formulée par écrit.

2.1.2 Forme de la confirmation formelle

La confirmation formelle d'une réserve doit être faite par écrit.

2.1.3 Formulation d'une réserve au plan international

1. Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales depositaires de traités, une personne est considérée comme représentant un État ou une organisation internationale pour formuler une réserve:

a) Si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés aux fins de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité à l'égard duquel la réserve est formulée ou de l'expression du consentement de l'État ou de l'organisation à être lié par ce traité; ou

b) S'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances qu'il était de l'intention des États et des organisations internationales concernés de considérer cette personne comme ayant compétence à cette fin sans présentation de pleins pouvoirs.

2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant un État pour formuler une réserve au plan international:

a) Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères;

b) Les représentants accrédités par les États à une conférence internationale, pour la formulation d'une réserve à un traité adopté au sein de cette conférence;

c) Les représentants accrédités par les États auprès d'une organisation internationale ou de l'un de ses organes, pour la formulation d'une réserve à un traité adopté au sein de cette organisation ou de cet organe;

d) Les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour la formulation d'une réserve à un traité conclu entre les États accréditants et cette organisation.

2.1.4 [2.1.3 bis, 2.1.4] Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves

La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre au plan interne pour formuler une réserve relève du droit interne de chaque État ou des règles pertinentes de chaque organisation internationale.

Le fait qu'une réserve ait été formulée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de formulation des réserves ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant cette réserve.

2.1.5 Communication des réserves

Une réserve doit être communiquée par écrit aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité.

Une réserve à un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou à un traité qui crée un organe ayant qualité pour accepter une réserve doit en outre être communiquée à cette organisation ou à cet organe.

2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] Procédure de communication des réserves

À moins que le traité n'en dispose ou que les États et organisations contractants n'en conviennent autrement, une communication relative à une réserve à un traité est transmise:

i) S'il n'y a pas de dépositaire, directement par l'auteur de la réserve aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties; ou,

ii) S'il y a un dépositaire, à ce dernier, qui en informe dans les meilleurs délais les États et organisations auxquels elle est destinée.

Une communication relative à une réserve n'est considérée comme ayant été faite par l'auteur de la réserve qu'à partir de sa réception par l'État ou l'organisation auquel elle est transmise ou, le cas échéant, par le dépositaire.

Le délai pour formuler une objection à une réserve court à partir de la date à laquelle un État ou une organisation internationale a reçu notification de la réserve.

Lorsqu'une communication relative à une réserve à un traité est effectuée par courrier électronique, ou par télécopie, elle doit être confirmée par note diplomatique ou notification dépositaire. Dans ce cas la communication est considérée comme ayant été faite à la date du courrier électronique ou de la télécopie.

2.1.7 Fonctions du dépositaire

Le dépositaire examine si une réserve à un traité formulée par un État ou une organisation internationale est en bonne et due forme et, le cas échéant, porte la question à l'attention de l'État ou de l'organisation internationale en cause.

Lorsqu'une divergence apparaît entre un État ou une organisation internationale et le dépositaire au sujet de l'accomplissement de cette fonction, le dépositaire doit porter la question à l'attention:

a) Des États et organisations signataires ainsi que des États contractants et des organisations contractantes;

b) Le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause.

2.1.8 [2.1.7 bis] Procédure en cas de réserves manifestement [illicites]

Lorsqu'une réserve est manifestement [illicite] de l'avis du dépositaire, celui-ci attire l'attention de l'auteur de la réserve sur ce qui constitue, à son avis, cette [illicéité].

Si l'auteur de la réserve maintient celle-ci, le dépositaire en communique le texte aux États et organisations internationales signataires ainsi qu'aux États et organisations internationales contractants et, le cas échéant, à l'organe compétent de l'organisation internationale en cause, en indiquant la nature des problèmes juridiques posés par la réserve.

2.2.1 Confirmation formelle des réserves formulées lors de la signature du traité⁸²

Lorsqu'elle est formulée lors de la signature d'un traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, une réserve doit être confirmée formellement par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié par le traité. En pareil cas, la réserve sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

2.2.2 [2.2.3] Cas de non-exigence de confirmation des réserves formulées lors de la signature du traité⁸³

Une réserve formulée lors de la signature d'un traité ne nécessite pas de confirmation ultérieure lorsqu'un État ou une organisation internationale exprime par cette signature son consentement à être lié par le traité.

2.2.3 [2.2.4] Réserves à la signature expressément prévues par le traité⁸⁴

Une réserve formulée lors de la signature d'un traité, lorsque le traité prévoit expressément qu'un État ou une organisation internationale peut faire une telle réserve à ce stade, ne nécessite

⁸² Pour le commentaire de ce projet de directive voir *ibid.*, cinquante-sixième session, *Supplément n° 10 (A/56/10)* p.499 à 507.

⁸³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 508 à 509.

⁸⁴ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 510 à 512.

pas de confirmation formelle au moment où l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur exprime son consentement à être lié par le traité.

...⁸⁵

2.3.1 Formulation tardive d'une réserve⁸⁶

À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une réserve à un traité après l'expression de son consentement à être lié par ce traité, sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

2.3.2 Acceptation de la formulation tardive d'une réserve⁸⁷

À moins que le traité n'en dispose autrement ou que la pratique bien établie suivie par le dépositaire soit différente, la formulation tardive d'une réserve est réputée avoir été acceptée par une Partie contractante si celle-ci n'a pas fait objection à cette formulation à l'expiration des 12 mois qui suivent la date à laquelle elle en a reçu notification.

2.3.3 Objection à la formulation tardive d'une réserve⁸⁸

Si une Partie contractante à un traité fait objection à la formulation tardive d'une réserve, le traité entre ou demeure en vigueur à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale qui l'a formulée sans que la réserve soit établie.

⁸⁵ La section 2.3 proposée par le Rapporteur spécial traite de la formulation tardive des réserves.

⁸⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 513 à 525.

⁸⁷ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 526 à 529.

⁸⁸ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 529 à 531.

2.3.4 Exclusion ou modification ultérieure des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves⁸⁹

Une partie contractante à un traité ne peut exclure ou modifier l'effet juridique de dispositions du traité par le biais:

- a) De l'interprétation d'une réserve faite antérieurement; ou
- b) D'une déclaration unilatérale ultérieure faite en vertu d'une clause facultative.

2.4.1 Formulation des déclarations interprétatives

Une déclaration interprétative doit être formulée par une personne qui est considérée comme représentant un État ou une organisation internationale pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement d'un État ou d'une organisation internationale à être lié par un traité.

[2.4.2 [2.4.1 bis] Formulation d'une déclaration interprétative au plan interne

La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre au plan interne pour formuler une déclaration interprétative relève du droit interne de chaque État ou des règles pertinentes de chaque organisation internationale.

Le fait qu'une déclaration interprétative ait été formulée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de formulation des déclarations interprétatives ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant cette déclaration.]

⁸⁹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 531 à 535.

2.4.3 Moment auquel une déclaration interprétative peut être formulée⁹⁰

Sous réserve des dispositions des directives 1.2.1, 2.4.6 [2.4.7] et 2.4.7 [2.4.8], une déclaration interprétative peut être formulée à tout moment.

2.4.4 [2.4.5] Non-exigence de confirmation des déclarations interprétatives formulées lors de la signature du traité⁹¹

Une déclaration interprétative faite lors de la signature d'un traité ne nécessite pas de confirmation ultérieure, lorsqu'un État ou une organisation internationale exprime son consentement à être lié par le traité.

2.4.5 [2.4.4] Confirmation formelle des déclarations interprétatives conditionnelles formulées lors de la signature d'un traité⁹²

Lorsqu'une déclaration interprétative conditionnelle est formulée lors de la signature d'un traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, elle doit être confirmée formellement par l'État ou par l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié par le traité. En pareil cas, la déclaration interprétative sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

2.4.6 [2.4.7] Formulation tardive d'une déclaration interprétative⁹³

Lorsqu'un traité dispose qu'une déclaration interprétative ne peut être faite qu'à des moments spécifiés, un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une déclaration interprétative relative à ce traité à un autre moment sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

⁹⁰ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 535 à 537.

⁹¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 538 à 539.

⁹² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 539 à 540.

⁹³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 540 à 542.

[2.4.7 [2.4.2, 2.4.9] Formulation et communication des déclarations interprétatives conditionnelles

Une déclaration interprétative conditionnelle doit être formulée par écrit.

La confirmation formelle d'une déclaration interprétative conditionnelle doit aussi être faite par écrit.

Une déclaration interprétative conditionnelle doit être communiquée par écrit aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité.

Une déclaration interprétative conditionnelle portant sur un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou sur un traité qui crée un organe ayant qualité pour accepter une réserve doit en outre être communiquée à cette organisation ou à cet organe.]

2.4.8 Formulation tardive d'une déclaration interprétative conditionnelle⁹⁴

Un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une déclaration interprétative conditionnelle relative à un traité après l'expression de son consentement à être lié par le traité, sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

2. Texte des projets de directives et des commentaires y afférents adoptés à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-quatrième session

103. Le texte des projets de directives et des commentaires y afférents adoptés à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-quatrième session est reproduit ci-après:

⁹⁴ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 542 et 543. Ce projet de directive (anciennement 2.4.7 [2.4.8]) a été renuméroté à la suite de l'adoption de nouveaux projets de directives pendant la cinquante-quatrième session.

2. Procédure

2.1 Forme et notification des réserves

2.1.1 Forme écrite

Une réserve doit être formulée par écrit.

Commentaire

1) Aux termes de l'article 23, paragraphe 1, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, les réserves «doivent être formulées par écrit et communiquées aux États contractants et aux organisations internationales contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité». Le projet de directive 2.1.1 reprend la première de ces exigences; la seconde est rappelée dans le projet de directive 2.1.5.

2) Bien qu'elle ne soit pas incluse dans la définition même des réserves⁹⁵ et que le mot «déclaration» qui y figure renvoie aussi bien à l'oral qu'à l'écrit, la nécessité d'un écrit n'a jamais été mise en doute durant les travaux préparatoires des Conventions de Vienne. Le commentaire final de la Commission sur ce qui était alors le premier paragraphe du projet d'article 18, et devait devenir, sans changement sur ce point, l'article 23, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969, présente l'exigence de la formulation écrite d'une réserve comme une évidence allant de soi⁹⁶.

3) Telle était, dès 1950, l'opinion de J. L. Brierly qui, dans son premier rapport, proposait un article 10, paragraphe 2, ainsi rédigé:

«Unless the contrary is indicated in a treaty, the text of a proposed reservation thereto must be authenticated together with the text or texts of that treaty or otherwise formally

⁹⁵ Cf. le projet de directive 1.1 du Guide de la pratique qui reprend, en les combinant, les définitions des articles 2, par. 1 d), des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, et de l'article 2, par. 1 j), de la Convention de 1978; voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1998, vol. II (deuxième partie), p. 103 à 105.

⁹⁶ Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 227.

communicated in the same manner as an instrument or copy of an instrument of acceptance of that treaty.»⁹⁷.

(Sauf si un traité en dispose autrement, le texte d'une réserve proposée à un traité doit être authentifié en même temps que le ou les textes de ce traité ou communiqué formellement de la même manière qu'un instrument, ou que la copie d'un instrument, d'acceptation dudit traité.)

4) Cette proposition n'a suscité aucune objection (sinon sur le mot «authentifié») lors des débats de 1950⁹⁸, mais il fallut attendre le premier rapport de Fitzmaurice, en 1956, pour que la question de la forme des réserves soit à nouveau abordée; aux termes du projet d'article 37, paragraphe 2, qu'il proposait et qui constitue le véritable ancêtre direct de l'actuel article 23, paragraphe 2:

«Les réserves doivent être formellement établies et présentées par écrit ou consignées d'une manière quelconque au procès-verbal d'une réunion ou d'une conférence...»⁹⁹.

5) En 1962, suite au premier rapport de Sir Humphrey Waldock¹⁰⁰, la Commission élaborera sur ce thème:

«Les réserves, qui doivent être consignées par écrit, peuvent être formulées:

- i) Lors de l'adoption du texte du traité, soit sur le traité lui-même, soit dans l'acte final de la conférence qui a adopté le traité, soit dans tout autre instrument rédigé à l'occasion de l'adoption du traité;
- ii) Lors de la signature du traité à une date ultérieure; ou

⁹⁷ First Report on the Law of Treaties, *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II, p. 239.

⁹⁸ *Yearbook ... 1950*, vol. I, 53rd meeting, 23 June 1950, p. 91 et 92.

⁹⁹ *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 118.

¹⁰⁰ *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 69.

- iii) Lors de l'échange ou du dépôt des instruments de ratification, d'adhésion, d'acceptation ou d'approbation, soit dans l'instrument lui-même, soit dans un procès-verbal ou tout autre document annexé audit instrument.»¹⁰¹.

Cette disposition n'a pratiquement pas été discutée par les membres de la Commission¹⁰².

- 6) Conformément à la position de deux gouvernements¹⁰³, qui suggéraient de «simplifier quelque peu les dispositions de procédure»¹⁰⁴, Sir Humphrey Waldock proposa, en seconde lecture, une rédaction beaucoup plus sobre, aux termes de laquelle:

«Les réserves doivent être consignées par écrit. Si une réserve est émise postérieurement à l'adoption du texte du traité, elle doit être notifiée au dépositaire ou, lorsqu'il n'y a pas de dépositaire, aux autres États intéressés.»¹⁰⁵.

C'est ce projet qui est directement à l'origine de l'article 23, paragraphe 1, des Conventions de Vienne.

- 7) Si sa rédaction a été modifiée en la forme, ni la Commission¹⁰⁶, ni la Conférence de Vienne de 1968-1969¹⁰⁷, n'ont, à aucun moment, remis en cause l'exigence de la forme écrite.

¹⁰¹ Projet d'article 18, par. 2 a), *ibid.*, p. 194; pour le commentaire de cette disposition, voir *ibid.*, p. 199; voir aussi le commentaire du projet de directive 2.2.1, par. 4) et 5), *Rapport de la Commission du droit international*, cinquante-troisième session, A/56/10, p. 500 et 501.

¹⁰² Cf. les comptes rendus analytiques de la 651^e à la 656^e séance (25 mai-4 juin 1962), *Annuaire ... 1962*, vol. I, p. 155 à 195. Voir cinquième rapport, *ibid.*, par. 237; voir cependant *infra*, par. 8.

¹⁰³ Danemark et Suède (cf. le quatrième rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 48 et 49).

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 56, par. 13.

¹⁰⁵ Projet d'article 20, par. 1, *ibid.*, par. 13, p. 56.

¹⁰⁶ Cf. le texte final du projet *in Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 226 (projet d'article 18, par. 1).

¹⁰⁷ Cf. le rapport de la Commission plénière *in* Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, *Documents officiels, Documents de la Conférence* (A/CONF.39/11/Add. 2), publication des

Et ni Paul Reuter, Rapporteur spécial sur le droit des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, ni les participants à la Conférence de Vienne de 1986, n'ont apporté de précision, ni suggéré de modification sur ce point. Les travaux préparatoires témoignent donc d'une remarquable unanimité à cet égard.

8) Celle-ci s'explique aisément. Comme on l'a écrit: «Reservations are formal statements. Although their formulation in writing is not embraced by the term of the definition, it would according to article 23 (1) of the Vienna Convention seem to be an absolute requirement. It is less common nowadays that the various acts of consenting to a treaty occur simultaneously, therefore it is not possible for an orally presented reservation to come to the knowledge of all contracting parties. In the era of differentiated treaty-making procedures it becomes essential for reservations to be put down in writing in order to be registered and notified by the depository, so that all interested States would become aware of them. A reservation not notified cannot be acted upon. Other States would not be able to expressly accept or object to such reservations.»¹⁰⁸.

(Les réserves sont des déclarations formelles. Bien que leur formulation par écrit ne soit pas incluse dans leur définition même, elle apparaît, conformément aux dispositions de l'article 23, paragraphe 1, de la Convention de Vienne, comme une exigence catégorique. Il est inhabituel aujourd'hui que les différents actes de consentement au traité interviennent simultanément et il est dès lors exclu qu'une réserve présentée oralement parvienne à la connaissance de toutes les parties contractantes. À une époque où les procédures d'élaboration des traités sont éclatées, il devient essentiel que les réserves soient couchées par écrit de façon à être enregistrées et notifiées par le dépositaire, de telle manière que tous les États intéressés en soient avertis. On ne peut prendre acte d'une réserve non notifiée et les autres États se trouveraient dans l'incapacité d'accepter expressément une telle réserve ou d'y objecter).

9) Il reste que, lors des débats de 1962, Sir Humphrey Waldock, répondant à une question soulevée par M. Tabibi, n'avait pas totalement exclu l'idée de «réserves faites oralement».

Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.5, p. 149 et 150, document A/CONF.39/14, par. 190 à 196.

¹⁰⁸ Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, La Haye, 1988, p. 44; voir aussi Liesbeth Linjzaad, *Reservations to UN Human Rights Treaties: Ratify and Ruin*, Nijhoff, 1994, p. 50.

Mais il avait estimé que la question «relève davantage de la formulation des réserves au moment de l'adoption du traité, dont il est parlé à l'alinéa a i) du paragraphe 2» et que, en tout état de cause, l'exigence d'une confirmation formelle «devrait contribuer dans une large mesure à résoudre le problème»¹⁰⁹.

10) À vrai dire, peu importe la manière dont les réserves ont été formulées initialement si elles doivent être confirmées formellement au moment de l'expression définitive du consentement à être lié. Et c'est sans doute ainsi qu'il convient d'interpréter l'article 23, paragraphe 1, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, à la lumière des travaux préparatoires: l'écrit n'est indispensable que lorsque la réserve est formulée définitivement, c'est-à-dire

- Lors de la signature du traité si celui-ci le prévoit¹¹⁰ ou si la signature vaut expression du consentement définitif à être lié (accord en forme simplifiée)¹¹¹; et,
- Dans tous les autres cas, lorsque l'État ou l'organisation internationale exprime son consentement définitif à être lié¹¹².

11) La Commission est cependant d'avis que la question de savoir si, à l'origine, une réserve peut être formulée oralement peut rester pendante. Comme l'avait fort bien noté Sir Humphrey Waldock¹¹³, la réponse ne présente aucune incidence pratique: une partie contractante peut, de toutes manières, formuler une réserve jusqu'à la date de l'expression de son consentement à être liée; dès lors, même si sa déclaration orale initiale ne pouvait être considérée

¹⁰⁹ *Annuaire ... 1962*, vol. I, 663^e séance, 18 juin 1962, par. 34, p. 248. Voir aussi une remarque de Brierly faite en 1950: «Mr. Brierly agreed that a reservation must be presented formally, but it might be announced informally during negotiations» (M. Brierly est convenu qu'une réserve doit être présentée formellement, mais il se pourrait qu'elle soit annoncée de manière informelle durant les négociations) (*Yearbook ... 1950*, vol. I, p. 91, par. 19).

¹¹⁰ Cf. le projet de directive 2.2.3, *Rapport de la Commission du droit international*, cinquante-troisième session, A/56/10, p. 509 à 512.

¹¹¹ Cf. le projet de directive 2.2.2, *ibid.*, p. 508 à 509.

¹¹² Cf. le projet de directive 2.2.1, *ibid.* p. 499 à 507.

¹¹³ Voir *supra*, par. 8).

comme une véritable réserve, la «confirmation» intervenue en temps utile tiendra lieu de formulation.

2.1.2 Forme de la confirmation formelle

La confirmation formelle d'une réserve doit être faite par écrit.

Commentaire

- 1) Le paragraphe 2 de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 concernant la «Procédure relative aux réserves» n'impose pas expressément que la confirmation des réserves soit effectuée par écrit. Toutefois cette disposition, reprise par le projet de directive 2.2.1¹¹⁴, exige qu'une réserve soit «confirmée formellement par l'État [ou par l'organisation internationale] qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié par le traité». L'adverbe «formellement» doit, sans aucun doute, s'entendre comme signifiant que cette formalité soit accomplie par écrit.
- 2) Cette interprétation est du reste conforme aux travaux préparatoires de l'article 23: c'est précisément parce que la confirmation doit être faite par écrit que la Commission et ses rapporteurs spéciaux sur le droit des traités ont estimé que la question de savoir si, à l'origine, une réserve peut être formulée oralement pouvait rester pendante¹¹⁵.
- 3) En outre, l'exigence d'un écrit pour confirmer une réserve est imposée par le simple bon sens: il serait impossible de procéder, de manière certaine, à la notification de la réserve aux autres États et organisations internationales intéressés, conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 23, en l'absence d'un texte formel. Du reste, cela est conforme à une pratique constante qui, à la connaissance de la Commission, ne connaît aucune exception.
- 4) Il convient cependant de souligner que le projet de directive 2.1.2 ne prend pas position sur la question de savoir si la confirmation formelle d'une réserve est toujours nécessaire. Cette

¹¹⁴ Voir le texte de cette directive et son commentaire dans le *Rapport de la Commission du droit international*, cinquante-troisième session, A/56/10, p. 499 à 507.

¹¹⁵ Voir le commentaire du projet de directive 2.1.1, par. 8) et 10).

question est réglée par les projets de directives 2.2.1 à 2.2.3, dont il résulte qu'il existe des hypothèses ne se prêtant pas à une telle confirmation¹¹⁶.

2.1.3 Formulation d'une réserve au plan international

1. Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales dépositaires de traités, une personne est considérée comme représentant un État ou une organisation internationale pour formuler une réserve:

a) Si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés aux fins de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité à l'égard duquel la réserve est formulée ou de l'expression du consentement de l'État ou de l'organisation à être lié par ce traité; ou

b) S'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances qu'il était de l'intention des États et des organisations internationales concernés de considérer cette personne comme ayant compétence à cette fin sans présentation de pleins pouvoirs.

2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant un État pour formuler une réserve au plan international:

a) Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères;

b) Les représentants accrédités par les États à une conférence internationale, pour la formulation d'une réserve à un traité adopté au sein de cette conférence;

c) Les représentants accrédités par les États auprès d'une organisation internationale ou de l'un de ses organes, pour la formulation d'une réserve à un traité adopté au sein de cette organisation ou de cet organe;

d) Les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour la formulation d'une réserve à un traité conclu entre les États accréditants et cette organisation.

Commentaire

1) Le projet de directive 2.1.3 précise quels sont les personnes et organes habilités, en vertu de leurs fonctions, à formuler une réserve au nom d'un État ou d'une organisation internationale. Son texte est étroitement calqué sur celui de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1986

¹¹⁶ Pour le texte et le commentaire de ces projets de directives, voir *Rapport de la Commission du droit international*, cinquante-troisième session, A/56/10, p. 499 à 512.

sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales¹¹⁷.

2) Les deux Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ne comportent aucune précision à cet égard. Néanmoins, dans son premier rapport sur le droit des traités, en 1962, Sir Humphrey Waldock avait proposé un projet d'article, ainsi conçu:

«Les réserves sont formulées par écrit:

- i) Sur le traité lui-même et, normalement, sous forme de mention ajoutée à la signature du représentant de l'État qui formule la réserve; ou
- ii) Dans l'acte final de la conférence, le protocole, le procès-verbal ou tout autre instrument se rapportant au traité et établi par un représentant dûment habilité de l'État qui formule la réserve; ou encore
- iii) Dans l'instrument par lequel l'État qui formule la réserve ratifie ou accepte le traité ou y adhère, ou dans le procès-verbal ou autre instrument accompagnant l'instrument de ratification, d'adhésion ou d'acceptation et établi par l'autorité compétente de l'État qui formule la réserve.»¹¹⁸.

3) Comme l'avait fait remarquer la Suède, à propos du projet d'article correspondant adopté en première lecture par la CDI¹¹⁹, de telles «règles de pure procédure (...) seraient plus à leur place dans un code des pratiques recommandées»¹²⁰, ce qui est, très précisément la fonction

¹¹⁷ L'article 7 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 est rédigé de manière similaire mais, contrairement au présent Guide de la pratique, il ne concerne que les traités entre États.

¹¹⁸ Projet d'article 17, par. 3 a), *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 69. Dans son commentaire, Sir Humphrey Waldock s'est borné à indiquer que cette disposition «ne semble pas appeler d'observations» (ibid., p. 75).

¹¹⁹ Projet d'article 18, par. 2 a), ibid., p. 194.

¹²⁰ Quatrième rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 49.

du Guide de la pratique. La Commission ne pense cependant pas qu'il soit utile de reprendre l'ensemble de ces précisions dans celui-ci: la longue énumération des instruments dans lesquels les réserves peuvent figurer n'apporte pas grand-chose; d'autant moins qu'elle n'est pas limitative, comme le montre la référence, faite à deux reprises, à un «autre instrument» que ceux expressément mentionnés.

4) Une précision ne s'impose qu'en ce qui concerne l'auteur de l'instrument en question. Toutefois, le texte de 1962 n'est pas entièrement satisfaisant à cet égard. Sans doute la réserve doit-elle être formulée par un «représentant de l'État» ou par «l'autorité compétente de l'État qui formule la réserve»¹²¹. Mais la question se pose de savoir s'il existe des règles du droit international général déterminant limitativement quelle est, ou quelles sont, l'autorité ou les autorités ayant qualité pour formuler une réserve au plan international ou si cette détermination est laissée au droit national de chaque État.

5) De l'avis de la Commission, la réponse à cette question peut être déduite tant de l'économie générale des Conventions de Vienne que de la pratique des États et des organisations internationales en la matière.

6) Par définition, une réserve a pour objectif de modifier l'effet juridique des dispositions du traité dans les relations entre les parties; bien que figurant dans un instrument distinct du traité, la réserve participe donc de l'ensemble conventionnel et exerce une influence directe sur les obligations respectives des parties. Elle laisse intact[s] l'*instrumentum* (ou les *instrumenta*) qui constitue(nt) le traité, mais elle affecte directement le *negotium*. Dans ces conditions, il semble logique et inévitable que les réserves doivent être formulées dans les mêmes conditions que l'est le consentement de l'État ou de l'organisation internationale à être lié. Et ce n'est pas une matière dans laquelle le droit international se repose entièrement sur les droits internes.

7) Les articles 7 des deux Conventions de Vienne de 1969 et 1986 contiennent sur ce point des dispositions précises et détaillées qui reflètent sans aucun doute le droit positif en la matière. Aux termes du second:

¹²¹ Voir *supra*, par. 2).

«1. Une personne est considérée comme représentant un État pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de l'État à être lié par un traité:

a) Si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés; ou

b) S'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances qu'il était de l'intention des États et des organisations internationales concernés de considérer cette personne comme représentant l'État à ces fins sans présentation de pleins pouvoirs.

2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant leur État:

a) Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité (...);

b) Les représentants accrédités par les États à une conférence internationale, pour l'adoption du texte d'un traité (...);

c) Les représentants accrédités par les États auprès d'une organisation internationale ou de l'un de ses organes, pour l'adoption du texte d'un traité au sein de cette organisation ou de cet organe;

d) Les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour l'adoption du texte d'un traité entre les États accréditants et cette organisation.

3. Une personne est considérée comme représentant une organisation internationale pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de cette organisation à être liée par un traité:

a) Si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés; ou

b) S'il ressort des circonstances qu'il était de l'intention des États et des organisations internationales concernés de considérer cette personne comme représentant

l'organisation à ces fins, conformément aux règles de ladite organisation, sans présentation des pleins pouvoirs.».

8) *Mutatis mutandis*, ces règles, pour les raisons indiquées ci-dessus, sont certainement transposables à la compétence pour formuler des réserves, étant bien sûr entendu que la formulation de réserves par une personne qui ne peut «être considérée comme autorisée à représenter un État ou une organisation internationale à cette fin est sans effet juridique, à moins qu'[elle] ne soit confirmé[e] ultérieurement par cet État ou cette organisation»¹²².

9) Ces restrictions à la compétence pour formuler des réserves au plan international sont du reste largement confirmées par la pratique.

10) Dans un aide-mémoire du 1^{er} juillet 1976, le Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies indiquait:

«Une réserve doit être formulée par écrit (art. 23, par. 1, de la Convention [de Vienne de 1969]) et, comme son retrait, doit émaner d'une des trois autorités (chef de l'État, chef du gouvernement ou ministre des affaires étrangères) ayant compétence pour engager l'État sur le plan international.»¹²³.

11) De même, le *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* établi par la Section des traités du Bureau des affaires juridiques de l'ONU, se borne à affirmer que «[l]a réserve doit figurer dans l'instrument ou y être annexée et émaner de l'une des trois autorités qualifiées» et à renvoyer aux développements généraux concernant le «dépôt des instruments par lesquels l'État se lie»¹²⁴. De même, selon ce document, «[l]es réserves accompagnant la signature doivent être autorisées par les pleins pouvoirs délivrés

¹²² Cf. l'article 8 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

¹²³ *Annuaire juridique des Nations Unies*, 1976, par. 7, p. 218 et 219.

¹²⁴ ST/LEG/8, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.15, p. 49, par. 161; ce passage renvoie aux paragraphes 121 et 122, *ibid.*, p. 36.

au signataire par l'une des trois autorités qualifiées à moins que le signataire ne soit l'une de ces autorités.»¹²⁵.

12) Ces règles semblent être strictement appliquées: tous les instruments de ratification (ou équivalents) de traités dont le Secrétaire général est dépositaire comportant des réserves sont signés de l'une des «trois autorités» ou, s'ils le sont du représentant permanent, celui-ci a joint des pleins pouvoirs émanant de l'une de ces autorités. Au surplus, lorsque ce n'est pas le cas, il est demandé, officieusement mais fermement, au représentant permanent de procéder à cette régularisation¹²⁶.

13) La Commission s'est cependant demandé si cette pratique, qui transpose en matière de réserves les règles figurant dans l'article 7 précité¹²⁷ des Conventions de Vienne n'est pas excessivement rigide. On peut penser, par exemple, qu'il serait légitime d'admettre que le représentant accrédité d'un État auprès d'une organisation internationale dépositaire d'un traité auquel l'État qu'il représente souhaite faire une réserve soit habilité à formuler celle-ci. Le problème se pose d'autant plus que cela est admis dans certaines autres organisations internationales que les Nations Unies.

¹²⁵ Ibid., p. 62, par. 208; renvoie au chapitre VI du *Précis* («Pleins pouvoirs et signatures»).

¹²⁶ Ceci est confirmé, par analogie, par l'incident de procédure qui a opposé l'Inde au Pakistan devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à l'*Incident aérien du 10 août 1999*: il ressort des plaidoiries orales que, par une première communication en date du 3 octobre 1973, la Mission permanente du Pakistan auprès des Nations Unies a notifié l'intention de ce pays de succéder à l'Inde britannique en tant que Partie à l'Acte général d'arbitrage de 1928; par une note du 31 janvier 1974, le Secrétaire général a demandé que cette notification soit faite «in the form prescribed» (dans la forme prescrite), c'est-à-dire qu'elle soit transmise par l'une des trois autorités mentionnées ci-dessus; celle-ci intervint sous forme d'une nouvelle communication (d'ailleurs formulée en des termes différents de celle de l'année précédente) en date du 30 mai 1974, et signée cette fois du Premier Ministre pakistanais (voir les plaidoiries de Sir Elihu Lauterpacht pour le Pakistan, 5 avril 2000, CR/2000/3, et de A. Pellet pour l'Inde, 6 avril 2000, CR/2000/4). Bien que cet épisode concernât une notification de succession, et non la formulation de réserves, il témoigne de la grande vigilance avec laquelle le Secrétaire général applique les règles énoncées ci-dessus [par. 11]] en ce qui concerne, d'une manière générale, l'expression par les États de leur consentement à être liés par un traité.

¹²⁷ Par. 7).

14) Ainsi par exemple, il semble que le Secrétaire général de l'Organisation des États américains (OEA) et celui du Conseil de l'Europe admettent des réserves consignées dans des lettres de représentants permanents¹²⁸.

15) On peut aussi considérer que les règles appliquées aux États devraient être transposées aux organisations internationales plus complètement que le fait l'article 7, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1986 et, en particulier, que le chef du secrétariat d'une organisation internationale ou ses représentants accrédités auprès d'un État ou d'une autre organisation devraient être considérés comme ayant *ipso facto* compétence pour engager l'organisation.

16) On peut légitimement considérer que la reconnaissance de telles extensions limitées à la compétence pour formuler des réserves constituent un développement progressif limité mais bienvenu. Toutefois la Commission, appuyée par une grande majorité d'États, s'est constamment montrée soucieuse de ne pas modifier les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986¹²⁹. Or, même si les dispositions de l'article 7 des Conventions de 1969 et de 1986 ne portent pas expressément sur la compétence pour formuler les réserves, elles n'en sont pas moins considérées, à juste titre¹³⁰ comme étant transposables à cette hypothèse.

17) À titre de compromis entre ces deux exigences, la Commission a adopté un projet de directive suffisamment souple qui, tout en reproduisant les règles figurant dans l'article 7, préserve la pratique moins rigide suivie par certaines autres organisations internationales que l'Organisation des Nations Unies en tant que dépositaires¹³¹. Ce souci de souplesse se traduit par l'inclusion, au début du projet de directive 2.1.3, de l'expression «sous réserves des pratiques

¹²⁸ Cf. la réponse de l'OEA *in* «Pratique suivie par les dépositaires au sujet des réserves», Rapport du Secrétaire général présenté conformément à la résolution 1452 B (XIX) de l'Assemblée générale, document A/5687, reproduit *in* *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 84. Cf. *la Série des traités européens*, n° 24.

¹²⁹ Cf. *Annuaire ... 1995*, vol. II (deuxième partie), par. 487.

¹³⁰ Voir *supra*, par. 6).

¹³¹ Voir *supra*, par. 14). L'Union internationale des télécommunications (UIT) constitue également un cas particulier à cet égard, mais dans un sens et pour des motifs différents, puisque les réserves aux textes ayant valeur de traités adoptés en son sein «ne peuvent être formulées que par les délégations, à savoir *pendant les conférences*» (réponse de l'UIT au questionnaire de la Commission sur les réserves – souligné dans le texte).

habituellement suivies au sein des organisations internationales depositaires de traités». Cette expression doit, au demeurant, être entendue comme visant aussi bien le cas où l'organisation internationale elle-même est depositaire que celui, plus habituel, où cette fonction est exercée par le plus haut fonctionnaire de l'organisation, Secrétaire général ou Directeur général.

18) Il convient également de noter que l'expression «aux fins de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité», figurant dans le paragraphe 1 a) du projet de directive 2.1.3, couvre la signature, puisque les deux fonctions (alternatives ou conjointes) de la signature sont précisément l'authentification du texte du traité (cf. l'article 10 des Conventions de Vienne) et l'expression du consentement à être lié par le traité (art. 12).

2.1.4 [2.1.3 bis, 2.1.4] Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves

La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre au plan interne pour formuler une réserve relève du droit interne de chaque État ou des règles pertinentes de chaque organisation internationale.

Le fait qu'une réserve ait été formulée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de formulation des réserves ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant cette réserve.

Commentaire

1) Alors que le projet de directive 2.1.3 concerne la formulation des réserves au plan international, le projet de directive 2.1.4 porte sur leur formulation dans l'ordre juridique interne des États et des organisations internationales.

2) Il va de soi que la phase internationale de la formulation des réserves n'est que la partie émergée de l'iceberg: comme pour l'ensemble de la procédure d'expression du consentement de l'État ou de l'organisation internationale à être lié, elle est l'aboutissement d'un processus interne qui peut être fort complexe. Indissociable de la procédure de ratification (ou d'acceptation, ou d'approbation, ou d'adhésion), la formulation des réserves est, comme celle-ci, une sorte de «parenthèse interne» dans un processus éminemment international¹³².

¹³² Cf. Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 6^e éd., 1999, p. 144.

3) Comme l'a noté Paul Reuter, «[l]es pratiques constitutionnelles nationales en ce qui concerne les réserves et objections changent d'un pays à l'autre»¹³³. On peut noter par exemple que, parmi les 23 États qui ont répondu au questionnaire de la Commission sur les réserves aux traités et dont les réponses aux questions 1.7, 1.7.1 et 1.7.2, et 1.8, 1.8.1 et 1.8.2¹³⁴ sont exploitables, la compétence pour formuler une réserve appartient: à l'exécutif seul dans six cas¹³⁵; au Parlement seul dans cinq cas¹³⁶; et est partagée entre l'un et l'autre dans 12 cas.

4) Dans cette dernière hypothèse, la collaboration entre l'exécutif et le Parlement revêt des modalités diverses. Dans certains cas, le Parlement est seulement tenu informé des réserves projetées¹³⁷ – encore n'est-ce pas toujours systématiquement le cas¹³⁸. Dans d'autres, il doit approuver toutes les réserves avant leur formulation¹³⁹ ou, lorsque certains traités seulement sont

¹³³ *Introduction au droit des traités*, 3^e édition revue et augmentée par Philippe Cahier, PUF, Paris, 1995, par. 133*, p. 84 et 85.

¹³⁴ Question 1.7: «Au plan interne, quelle(s) autorité(s) décide(nt) des réserves formulées par l'État: le chef de l'État? le Gouvernement ou une autorité gouvernementale? le Parlement?»; question 1.7.1: «Si l'autorité compétente pour décider de formuler une réserve n'est pas toujours la même, en fonction de quel(s) critère(s) cette compétence est-elle déterminée?»; question 1.7.2: «Si la décision est prise par l'exécutif, le Parlement est-il: informé de la décision? a priori ou a posteriori? appelé à discuter le texte de la ou des réserves projetées?». Question 1.8: «Une juridiction nationale peut-elle être conduite à s'opposer à la formulation de certaines réserves ou à l'imposer?»; question 1.8.1: «Si oui, par quelle(s) autorité(s) et comment peut-elle être saisie?»; question 1.8.2: «Et sur quel(s) motif(s) peut-elle se fonder pour prendre sa décision?».

¹³⁵ Bolivie (le Parlement peut suggérer des réserves), Colombie (pour certains traités), Croatie (le Parlement peut s'opposer à une réserve projetée – ce qui semble impliquer qu'il est consulté), Danemark, Malaisie, Saint-Siège – voir aussi les États mentionnés dans les notes 137 à 140 *infra*.

¹³⁶ Colombie (pour certains traités), Estonie, Saint-Marin, Slovaquie, Suisse (mais la proposition est en général faite par le Conseil fédéral) sauf si le Conseil fédéral dispose d'une compétence propre.

¹³⁷ Koweït depuis 1994 (consultation d'une commission ad hoc), Nouvelle-Zélande («until recently» (depuis une période récente) système mis en place à titre provisoire).

¹³⁸ France (si les rapporteurs des assemblées parlementaires le demandent et par simple «courtoisie»), Israël, Japon (si le traité ne comporte pas de clause de réserve), Suède (les «lignes générales» (*outlines*) des réserves sont communiquées au Parlement, jamais leur texte précis).

¹³⁹ Argentine, Mexique.

soumis au Parlement, celles qui portent sur ces seuls traités¹⁴⁰. En outre, il peut arriver qu'un organe juridictionnel soit appelé à intervenir dans la procédure interne de formulation des réserves¹⁴¹.

5) Il est intéressant de constater que la procédure de formulation des réserves ne suit pas nécessairement celle qui s'impose d'une manière générale pour l'expression du consentement de l'État à être lié. Ainsi, en France, ce n'est que récemment que l'habitude s'est prise de communiquer au Parlement le texte des réserves dont le Président de la République ou le gouvernement entend assortir la ratification des traités ou l'approbation des accords non soumis à ratification, même lorsque ces instruments doivent être soumis au Parlement en vertu de l'article 53 de la Constitution de 1958¹⁴².

6) La diversité qui caractérise la compétence pour formuler les réserves et la procédure à suivre à cette fin dans le cadre des États semble se retrouver au sein des organisations internationales. Deux d'entre elles seulement¹⁴³ ont répondu aux questions 3.7, 3.7.1 et 3.7.2 du questionnaire sur les réserves¹⁴⁴: l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) indique que cette compétence appartient à la Conférence, tandis que l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), tout en soulignant l'absence de

¹⁴⁰ République de Corée, Espagne, Finlande, Slovaquie.

¹⁴¹ Colombie, Finlande, Malaisie.

¹⁴² Cf. Alain Pellet, commentaire de l'article 53, in François Luchaire et G. Conac dirs., *La Constitution de la République française*, Economica, Paris, 2^e éd., 1987, p. 1047 à 1050.

¹⁴³ Ceci s'explique par le fait que les organisations internationales sont parties à des traités beaucoup plus rarement que les États et que, lorsqu'elles le sont, elles ne formulent en général pas de réserves. La seule exception concerne la Communauté européenne qui n'a malheureusement, à ce jour, toujours pas répondu au questionnaire de la Commission.

¹⁴⁴ Question 3.7: «Au sein de l'Organisation, quel(s) organe(s) décide(nt) des réserves formulées par elle: le chef du secrétariat? l'assemblée générale? un autre organe?»; question 3.7.1: «Si l'organe compétent pour décider de formuler une réserve n'est pas toujours le même, en fonction de quel(s) critère(s) cette compétence est-elle déterminée?»; question 3.7.2: «Si la décision est prise par le chef du secrétariat ou par un autre organe, l'assemblée générale est-elle informée de la décision? a priori ou a posteriori? appelée à discuter le texte de la ou des réserves projetées?».

pratique effective, estime que si une réserve devait être formulée en son nom, elle le serait par le Secrétaire général en matière administrative et, selon le cas, par l'Assemblée ou le Conseil dans leurs compétences respectives¹⁴⁵, étant précisé qu'il serait «approprié» que l'Assemblée soit informée des réserves formulées par le Conseil ou le Secrétaire général.

7) De l'avis de la Commission, la seule conclusion que l'on puisse tirer de ces constatations au plan du droit international est que celui-ci n'impose aucune règle déterminée en ce qui concerne la procédure interne de formulation des réserves. Cela, à vrai dire, semble tellement évident que certains membres de la Commission se sont demandé s'il était utile de le préciser expressément par un projet de directive. Toutefois, selon le point de vue qui a prévalu, il est préférable de le rappeler expressément compte tenu du caractère pragmatique du Guide de la pratique. Tel est l'objet du premier alinéa du projet de directive 2.1.4.

8) Il reste cependant que la liberté dont disposent les États et les organisations internationales pour déterminer l'autorité compétente pour décider de la formulation d'une réserve et la procédure à suivre en vue de sa formulation pose des problèmes comparables à ceux résultant de la liberté, identique, dont bénéficient les parties à un traité en ce qui concerne la procédure interne de ratification: *quid* si les règles internes n'ont pas été respectées?

9) L'article 46 de la Convention de Vienne de 1986 relatif aux «dispositions du droit interne d'un État et [aux] règles d'une organisation internationale concernant la compétence pour conclure des traités» dispose:

«1. Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.

¹⁴⁵ Cf. les articles 49 et 50 de la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale de 1944, créant l'OACI.

2. Le fait que le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité a été exprimé en violation des règles de l'organisation concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cette organisation comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle d'importance fondamentale.

3. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État ou toute organisation internationale se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle des États et, le cas échéant, des organisations internationales et de bonne foi.»

10) Faute de pratique, il est très difficile de prendre une position catégorique sur la transposition de ces règles à la formulation des réserves. Certains éléments militent en sa faveur: comme cela est rappelé ci-dessus¹⁴⁶, cette formulation est indissociable de la procédure d'expression du consentement définitif à être lié; elle intervient, ou doit être confirmée, au moment de l'expression du consentement définitif à être lié; et, dans la quasi-totalité des cas, elle émane de la même autorité que celle-ci. Ces arguments ne sont cependant pas décisifs: alors que les règles internes concernant la compétence pour conclure les traités sont, dans leurs grandes lignes au moins, énoncées par la constitution, il n'en va pas de même s'agissant de la formulation des réserves, qui relève de la pratique – et celle-ci n'est pas forcément alignée sur celle suivie en matière d'expression du consentement à être lié.

11) Dans ces conditions, il est peu probable qu'une violation des dispositions internes puisse être «manifeste» au sens de l'article 46 précité des Conventions de Vienne et force est de se contenter des règles internationales telles qu'elles sont énoncées dans le projet de directive 2.1.3. La conclusion qui se dégage de ceci est qu'un État ou une organisation internationale ne devrait pas être admis à faire valoir que la violation des dispositions du droit interne ou des règles de l'organisation vicie une réserve qu'il ou elle a formulée, dès lors que cette formulation est le fait d'une autorité internationalement compétente.

¹⁴⁶ Par. 2).

12) Comme cette conclusion se distingue des règles applicables en matière de «ratification imparfaite» énoncées par l'article 46, il paraît indispensable de préciser expressément ce point dans une directive. Tel est l'objet du second alinéa du projet de directive 2.1.4.

13) Certains membres de la Commission ont fait valoir que cette disposition est superflue dès lors que l'auteur de la réserve peut toujours retirer celle-ci «à tout moment»¹⁴⁷. Néanmoins, il est loin d'être établi qu'un tel retrait puisse avoir un effet rétroactif, si bien que la question de la validité d'une réserve formulée en violation des règles pertinentes du droit interne peut se poser en pratique, ce qui justifie l'inclusion de la règle énoncée dans le second paragraphe du projet de directive 2.1.4.

2.1.5 Communication des réserves

Une réserve doit être communiquée par écrit aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité.

Une réserve à un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou à un traité qui crée un organe ayant qualité pour accepter une réserve doit en outre être communiquée à cette organisation ou à cet organe.

Commentaire

1) Une fois formulée, la réserve doit être portée à la connaissance des autres États ou organisations internationales intéressés. Cette publicité est indispensable pour leur permettre de réagir, soit par une acceptation, soit par une objection. L'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 précise quels sont les destinataires des réserves formulées par un État ou une organisation internationale mais est muet sur la procédure à suivre pour procéder à cette notification. L'objet des projets de directives 2.1.5 à 2.1.8 est de combler cette lacune, le projet de directive 2.1.5 portant plus précisément sur ses destinataires.

2) Aux termes de l'article 23, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, une réserve doit être communiquée «aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité».

¹⁴⁷ Art. 22, par. 1, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

En outre, implicitement, le paragraphe 3 de l'article 20, qui exige «l'acceptation de l'organe compétent» de l'organisation pour qu'une réserve à un acte constitutif produise ses effets, suppose la communication de celle-ci à l'organisation concernée, ce que précise le second alinéa du projet de directive 2.1.5.

3) Le premier groupe de destinataires (États et organisations internationales contractants) ne pose pas de problème particulier. Ces expressions sont définies par l'alinéa f du premier paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de 1986¹⁴⁸ comme s'entendant respectivement:

«i) D'un État, ou

ii) D'une organisation internationale,

ayant consenti à être lié par le traité, que le traité soit entré en vigueur ou non».

4) Beaucoup plus problématiques sont, en revanche, la définition et, plus encore, la détermination dans chaque cas concret, des «autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité». Comme on l'a noté, «[n]ot all treaties are wholly clear as to which other states may become parties»¹⁴⁹ (tous les traités ne sont pas forcément limpides sur le point de savoir quels autres États peuvent devenir parties).

5) Dans son rapport de 1951 sur les réserves aux traités multilatéraux, Brierly suggérait la disposition suivante:

«The following classes of States shall be entitled to be consulted as to any reservations formulated after the signature of this convention (or after this convention has become open to signature or accession):

(a) States entitled to become parties to the convention,

¹⁴⁸ Voir aussi les articles 2, par. 1 f) de la Convention de 1969 et 2, par. 1 k) de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités de 1978, qui définissent de la même manière l'expression «État contractant».

¹⁴⁹ Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol. I, *Peace*, Longman, Londres, 1992, p. 1248, note 4.

- (b) States having signed or ratified the convention,
- (c) States having ratified or acceded to the convention»¹⁵⁰.

(Les groupes d'États suivants sont en droit d'être consultés au sujet de toute réserve formulée après la signature de la présente convention (ou après que la présente Convention a été ouverte à la signature ou à l'adhésion): a) les États en droit de devenir parties à la convention; b) les États ayant signé ou ratifié la convention; c) les États ayant ratifié la convention ou y ayant accédé.)

6) Conformément à ces recommandations, la Commission proposa de spécifier qu'«en l'absence de dispositions contraires dans une convention multilatérale (...), le depositaire d'une convention multilatérale devrait, dès réception de chaque réserve, communiquer celle-ci à tous les États qui sont parties à la convention ou qui ont le droit de le devenir»¹⁵¹.

7) De manière plus vague, Sir Hersch Lauterpacht proposa, dans son premier rapport, en 1953, de prévoir, dans trois des quatre rédactions alternatives retenues pour le projet d'article 9 relatif aux réserves, que «[t]he text of the reservations received shall be communicated by the depositary authority to all the interested States»¹⁵² (le texte des réserves reçues sera communiqué par l'autorité depositaire à tous les États intéressés). Mais il ne commente pas cette expression¹⁵³, reprise dans le premier rapport de G.G. Fitzmaurice en 1956¹⁵⁴, qui l'explique ainsi dans le projet d'article 39: il s'agit de «tous les États qui ont participé à la négociation et à l'élaboration

¹⁵⁰ *Yearbook ... 1951*, vol. II, p. 16.

¹⁵¹ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa troisième session, 16 mai-27 juillet 1951, A/1858, p. 8, par. 34 (voir *Yearbook ... 1951*, vol. II, p. 130). Ce point a été peu débattu; voir cependant les interventions de Hudson et de Spiropoulos, ce dernier considérant que la communication aux États non parties n'était pas une obligation en droit positif (105^e séance, 18 juin 1951, *Yearbook ... 1951*, vol. I, p. 198).

¹⁵² *Yearbook ... 1953*, vol. II, p. 92, variantes B, C et D; curieusement, cette exigence ne figure pas dans la variante A (acceptation des réserves à la majorité des deux tiers, *ibid.*, p. 91).

¹⁵³ Voir *ibid.*, p. 136.

¹⁵⁴ Projet d'article 37, *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 118: «elles doivent être communiquées aux États intéressés...».

du traité ou qui, par signature, ratification, adhésion ou acceptation, ont manifesté l'intérêt qu'ils portent au traité»¹⁵⁵.

8) Au contraire, en 1962, Sir Humphrey Waldock revient à la formule de 1951¹⁵⁶ et prévoit que toute réserve «qu'un État ayant signé, ratifié ou accepté le traité, ou y ayant adhéré, formule après la réunion ou conférence au cours de laquelle le traité a été adopté est communiquée à tous les autres États qui sont parties au traité ou sont en droit de le devenir...»¹⁵⁷. C'est également la formule que retint la Commission après examen et légers changements de forme par le Comité de rédaction¹⁵⁸. Bien que les États n'eussent pas formulé d'objection à cet égard dans leurs observations sur le projet d'articles adopté en première lecture, Sir Humphrey Waldock, sans donner d'explication, proposa, en 1965, de revenir à la mention des «autres États intéressés»¹⁵⁹, que la Commission remplaça par «États contractants»¹⁶⁰, au prétexte du caractère «extrêmement vague» de la notion d'«États intéressés»¹⁶¹, pour finalement retenir, en 1966, l'exigence de la communication «aux autres États ayant qualité pour devenir parties au traité»¹⁶², formule

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Voir *supra*, par. 5) et 6).

¹⁵⁷ Premier rapport sur le droit des traités, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 69. Non sans raison, Waldock estimait qu'il était inutile de notifier aux autres États ayant participé aux négociations une réserve «formulée lors de la signature du traité intervenant au cours d'une réunion ou conférence ayant négocié le traité» si elle figurait au bas du traité ou dans l'acte final, etc., de la conférence (ibid.).

¹⁵⁸ Projet d'article 18, par. 3; voir ibid., p. 194. Dans son commentaire, la Commission assimile cette formule aux «autres États intéressés» (ibid., p. 199).

¹⁵⁹ Quatrième rapport, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 56.

¹⁶⁰ Ibid., p. 175.

¹⁶¹ Explication donnée par Sir Humphrey Waldock lors de la 813^e séance, 29 juin 1965, *Annuaire ... 1965*, vol. I, p. 291.

¹⁶² Projet d'article 18, par. 1, *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 226.

«considérée comme plus apte à désigner les destinataires du genre de communications dont il est question»¹⁶³.

9) Lors de la Conférence de Vienne, M. McKinnon fit remarquer, au nom de la délégation du Canada, que cette rédaction «risqu[ait] de soulever des difficultés pour le depositaire, du fait qu'il n'existe pas de critère permettant de déterminer quels sont ces États. Il serait donc préférable de remplacer cette expression par les mots "États ayant participé à la négociation et aux États contractants", comme le propos[ait] l'amendement de sa délégation (A/CONF.39/C.1/L.158)»¹⁶⁴. Bien que cette proposition pleine de bon sens eût été renvoyée au Comité de rédaction¹⁶⁵, celui-ci lui préféra un amendement espagnol¹⁶⁶, qui figure dans le texte final de l'article 23, paragraphe 1, de la Convention de 1969 et a été repris, sans autre changement que l'adjonction des organisations internationales, dans le texte de 1986¹⁶⁷.

10) Non seulement la formule retenue est obscure, mais encore les travaux préparatoires de la Convention de 1969 ne contribuent donc guère à l'éclaircir. Il en va de même s'agissant des alinéas *b* et *e* du paragraphe 1 de l'article 77 qui, bien que ne mentionnant pas expressément les réserves, chargent le depositaire de communiquer «aux parties au traité et aux États ayant qualité

¹⁶³ Explication donnée par Briggs, Président du Comité de rédaction, *Annuaire ... 1965*, vol. I, p. 324.

¹⁶⁴ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (Nations Unies, New York, 1969), 23^e séance de la Commission plénière, 11 avril 1968, p. 135. Jochen A. Frowein signale que les États-Unis avaient exprimé la même préoccupation lors de la discussion des projets d'articles de la Commission du droit international relatifs au depositaire à l'Assemblée générale en 1966 (A/6309/Rev.1, p. 176) («Some Considerations Regarding the Function of the Depositary – Comments on art. 72 para. 1 (d) of the ILC's Draft Articles on the Law of Treaties», *ZaöRV* 1967, p. 533); voir aussi Shabtai Rosenne, «More on the Depositary of International Treaties», *American Journal of International Law*, 1970, p. 847 et 848.

¹⁶⁵ Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions, Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies), rapports de la Commission plénière, p. 150, par. 194.

¹⁶⁶ A/CONF.39/C.1/L.149, *ibid.*, par. 192 i); pour le texte adopté, voir *ibid.*, par. 196.

¹⁶⁷ Voir *supra*, par. 2).

pour le devenir» copie des textes du traité et de les informer des «notifications et communications relatifs au traité»¹⁶⁸, sans que les travaux préparatoires de ces dispositions jettent la moindre lumière sur l'expression¹⁶⁹, qui n'a jamais retenu l'attention des membres de la Commission.

11) Il en est allé différemment lors de l'élaboration de la Convention de 1986. Alors que le Rapporteur spécial sur le sujet du droit des traités entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales s'était, dans ses quatrième et cinquième rapports¹⁷⁰, borné à reprendre, en l'adaptant, le texte de l'article 23, paragraphe 1, de 1969, sans commentaire, plusieurs membres de la Commission s'inquiétèrent tout spécialement, lors de la discussion de ce projet, en 1977, des problèmes posés par la détermination des «organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité»¹⁷¹. Toutefois, à la suite d'un débat difficile, il fut décidé de s'en tenir à la transposition de la formule de 1969¹⁷².

¹⁶⁸ Aux termes du paragraphe 1 f) de l'article 77, le dépositaire doit également «informer les États ayant qualité pour devenir parties au traité de la date à laquelle a été reçu ou déposé le nombre de signatures ou d'instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion requis pour l'entrée en vigueur du traité».

¹⁶⁹ Sur l'origine de ces dispositions, voir surtout: le rapport de J.L. Brierly de 1951, *Yearbook ... 1951*, vol. II, p. 27, et les conclusions de la Commission, *ibid.*, p. 130, par. 34 1); les articles 17, par. 4 c), et 27, par. 6 c), du projet proposé par Waldock en 1962, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 69, 93 et 94, et l'article 29, par. 5, du projet adopté par la Commission en première lecture, *ibid.*, p. 205; et le projet d'article 72 adopté définitivement par la Commission en 1966, *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 293.

¹⁷⁰ *Annuaire ... 1975*, vol. II, p. 41, et *Annuaire ... 1976*, vol. II (première partie), p. 154.

¹⁷¹ Ainsi, Ouchakov fit observer que: «Pour les traités de caractère universel conclus entre des États et des organisations internationales, ces communications devront donc être faites à tous les États existants. Pour cette même catégorie de traités, ainsi que pour les traités conclus entre des organisations internationales seulement, il sera plus difficile, en revanche, de déterminer quelles sont les organisations internationales «ayant qualité pour devenir parties». Si une dizaine d'organisations internationales sont parties à un traité, quelles sont les autres organisations internationales auxquelles ces communications devront être faites?» (*Annuaire ... 1977*, vol. I, 1434^e séance, 6 juin 1977, p. 102, par. 42).

¹⁷² Voir notamment les interventions de S. Verosta, J.J. Calle y Calle, S. Schwebel et P. Reuter, *ibid.*, p. 102 et 103, par. 45, 46, 48 et 51, et la conclusion des débats, *ibid.*, 1451^e séance, 1^{er} juillet 1977, p. 199, et *Annuaire ... 1977*, vol. II, p. 116.

12) On doit certainement regretter que les limitations quant aux destinataires des communications relatives aux réserves proposées par le Canada en 1968 et par Ouchakov en 1977 n'aient pas été retenues (dans le second cas, probablement dans le souci – discutable – de ne pas s'écarter de la rédaction de 1969 et de ne pas faire de différence entre les droits des États et ceux des organisations internationales): elles auraient évité des difficultés pratiques aux dépositaires, sans remettre en cause de manière significative la publicité «utile» des réserves, auprès des États et des organisations internationales réellement intéressés¹⁷³.

13) Il va de soi qu'aucun problème ne se pose lorsque le traité lui-même détermine clairement quels États ou organisations internationales ont qualité pour devenir parties, en tout cas s'agissant des traités «fermés» comme le sont souvent ceux conclus sous les auspices d'une organisation internationale régionale, du Conseil de l'Europe¹⁷⁴, de l'OEA¹⁷⁵ ou de l'OUA¹⁷⁶ par exemple. La chose devient beaucoup plus délicate s'agissant des traités qui n'indiquent pas clairement quels États ont vocation à y devenir parties ou des traités «ouverts» contenant la «clause tout État»¹⁷⁷ ou lorsqu'il est par ailleurs établi que les participants à la négociation

¹⁷³ Il n'est pas sans intérêt de noter que, bien qu'elles ne soient pas «parties» à la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées de 1947 et qu'elles n'aient pas qualité pour le devenir, les institutions spécialisées des Nations Unies sont destinataires des communications relatives aux réserves que certains États entendent formuler à ses dispositions. Voir notamment le *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* (ST/LEG/8, New York, 1997), publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.15, p. 60 et 61, par. 199 à 203.

¹⁷⁴ Voir par exemple l'article K, par. 1, de la Charte sociale européenne dans sa version du 3 mai 1996: «La présente Charte est ouverte à la signature des États membres du Conseil de l'Europe», ou l'article 32, par. 1, de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption du 27 janvier 1999.

¹⁷⁵ Voir par exemple l'article XXI de la Convention interaméricaine du 29 mars 1996 contre la corruption.

¹⁷⁶ Voir aussi, par exemple, l'article 12, par. 1, de l'Accord de Lusaka du 8 septembre 1994 sur les opérations concertées visant le commerce illicite de la faune et de la flore sauvages.

¹⁷⁷ Voir par exemple l'article XIII de la Convention de 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid: «La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États...»; ou l'article 84, par. 1, de la Convention de Vienne de 1986: «La présente Convention restera ouverte à l'adhésion de tout État, de la Namibie ... et de toute organisation internationale qui a la capacité de conclure des traités»; voir aussi l'article 305 de la Convention des Nations Unies

étaient convenus que des adhésions ultérieures seraient possibles¹⁷⁸. Tel est évidemment tout particulièrement le cas lorsque les fonctions de dépositaire sont assumées par un État qui, non seulement n'entretient pas de relations diplomatiques avec certains États¹⁷⁹, mais qui, en outre, ne reconnaît pas comme États certaines entités qui se proclament tels.

14) Le *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* de 1997 consacre tout un chapitre à la description des difficultés que rencontre le Secrétaire général dans la détermination des «États et organisations internationales pouvant devenir parties»¹⁸⁰, difficultés que la doctrine a largement soulignées¹⁸¹. Toutefois, les États qui ont répondu sur ce point au questionnaire de la Commission sur les réserves aux traités ne font pas état de difficultés particulières en ce domaine, mais cela s'explique probablement par le fait que le problème n'est pas spécifique aux réserves et concerne, d'une manière plus générale, les fonctions du dépositaire. Telle est aussi la raison pour laquelle la Commission n'a pas jugé utile de proposer l'adoption d'un ou de plusieurs projets de directives à cet égard.

15) En revanche, il est certainement nécessaire de reprendre, dans le Guide de la pratique, la règle énoncée à l'article 23, paragraphe 1, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 (dans la formulation plus large de cette dernière), aussi problématique et discutable que soit cette disposition.

16) La Commission a également tenu à préciser que, de même que les réserves doivent être formulées et confirmées par écrit¹⁸², leur communication aux autres États ou organisations

sur le droit de la mer de 1982, qui ouvre celle-ci à la signature de non seulement «tous les États», mais aussi de la Namibie (avant son indépendance) et d'États associés et territoires autonomes.

¹⁷⁸ Cf. l'article 15 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

¹⁷⁹ Cf. l'article 74 des Conventions de Vienne.

¹⁸⁰ Op. cit. (note 173 *supra*), chap. V, p. 21 à 30, par. 73 à 100.

¹⁸¹ Voir notamment Jochen A. Frowein, «Some Considerations Regarding the Function of the Depositary – comments on art. 72 Para. 1 (d), of the ILC's draft articles on the law of treaties», *ZaöRV* 1967, p. 533 à 539, et Shabtai Rosenne, «More on the Depositary of International Treaties», *American Journal of International Law*, 1970 p. 847 et 848.

¹⁸² Cf. les projets de directives 2.1.1 et 2.1.2.

internationales intéressés doit être effectuée par écrit, seul moyen de permettre aux destinataires d'y réagir en connaissance de cause. Cette dernière exigence n'est qu'implicite dans le texte de Vienne, mais découle clairement du contexte puisque l'article 23, paragraphe 1, est la disposition qui, d'une part, impose que les réserves soient formulées par écrit et qui, d'autre part, en une formule concise, lie cette condition à la communication dont elles doivent être l'objet. Du reste, lorsqu'il n'existe pas de dépositaire, formulation et communication vont nécessairement de pair¹⁸³. La pratique s'en tient d'ailleurs à la forme écrite des communications¹⁸⁴.

17) Le second alinéa du projet de directive 2.1.5 concerne le cas particulier des réserves aux actes constitutifs des organisations internationales.

18) L'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 relatif à la «procédure relative aux réserves» ne traite pas de cette hypothèse particulière. La règle générale énoncée au paragraphe 1 de cette disposition doit cependant être précisée et complétée à cet égard.

19) En effet, conformément à l'article 20, paragraphe 3, des Conventions de Vienne:

«Lorsqu'un traité est un acte constitutif d'une organisation internationale et à moins qu'il n'en dispose autrement, une réserve exige l'acceptation de l'organe compétent de cette organisation.»

Or cet organe ne peut se prononcer que si l'organisation a connaissance de la réserve, qui doit donc lui être communiquée.

20) Ignoré des trois premiers rapporteurs spéciaux sur le droit des traités, le problème fut abordé par Sir Humphrey Waldock dans son premier rapport en 1962. Il y proposait un long projet d'article 17 sur la «Faculté de formuler des réserves et de les retirer», dont le paragraphe 5 disposait:

«Toutefois, lorsqu'il est formulé une réserve à un instrument qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale et que la réserve n'est pas expressément autorisée par

¹⁸³ Voir le projet de directive 2.1.6 i).

¹⁸⁴ Cf. les «notifications dépositaires» du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

cet instrument, elle est communiquée au chef du secrétariat de l'organisation intéressée afin que la question de sa recevabilité soit portée devant l'organe compétent de ladite organisation.»¹⁸⁵.

21) Waldock signalait que cette précision lui avait été inspirée par

«une question signalée au paragraphe 81 du *Précis de la pratique du Secrétaire général* (ST/LEG/7), où il est dit:

“S’il s’agissait ... d’une constitution créant une organisation internationale, il ressort de la pratique suivie par le Secrétaire général et des débats à la Sixième Commission qu’en pareil cas, la réserve serait soumise à l’organe compétent de l’organisation avant que l’État intéressé ne soit compté au nombre des parties. Il appartient à l’organisation d’interpréter son acte constitutif et de déterminer la compatibilité d’une réserve avec celui-ci” .»¹⁸⁶.

22) Cette disposition a disparu du projet après examen par le Comité de rédaction¹⁸⁷, probablement parce que ses membres ont estimé que l’adoption d’une disposition prévoyant expressément que la décision sur l’effet d’une réserve à un acte constitutif «appartient (...) à l’organe compétent de [l’]organisation»¹⁸⁸ rendait cette précision inutile. La question ne semble pas avoir été soulevée par la suite.

23) Il n’est pas surprenant que Sir Humphrey Waldock se la soit posée en 1962: trois ans plus tôt, le problème avait surgi avec acuité au sujet d’une réserve de l’Inde à la Convention relative à l’Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime (OMCI). Le Secrétaire général des Nations Unies, dépositaire de la Convention, communiqua à l’Organisation le texte de la réserve indienne, qui avait été formulée le jour même de l’ouverture

¹⁸⁵ *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 69.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 75, par. 12).

¹⁸⁷ Voir le *Rapport de la Commission du droit international à l’Assemblée générale*, projet d’article 18, *ibid.*, p. 194.

¹⁸⁸ Projet d’article 20, par. 4, *ibid.*

de la première session de l'Assemblée générale de l'OMCI, en suggérant au secrétariat de celle-ci de soumettre la question «pour décision» à l'Assemblée. Ce renvoi ayant été contesté, le Secrétaire général, dans un rapport très argumenté, fit valoir que «[c]ette procédure était conforme 1) aux dispositions de la Convention relative à l'IMCO [*sic*], 2) aux précédents concernant la pratique du dépôt lorsqu'un organe était en mesure de se prononcer sur une réserve et 3) aux vues exprimées en la matière par l'Assemblée générale dans ses discussions antérieures sur les réserves aux conventions multilatérales»¹⁸⁹.

24) Le Secrétaire général indiquait notamment que, «[d]ans les cas antérieurs où des réserves ont été formulées au sujet de conventions multilatérales qui étaient en vigueur et qui, ou bien étaient des constitutions d'organisations, ou bien créaient des organes délibérants, le Secrétaire général a toujours considéré que la question devrait être renvoyée à l'organe habilité à interpréter la convention en question»¹⁹⁰. Il en donnait comme exemples la communication de la réserve formulée en 1948 par les États-Unis à la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) à l'Assemblée mondiale de la santé¹⁹¹ et celle, l'année suivante, de réserves de l'Union sud-africaine et de la Rhodésie du Sud à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) aux Parties contractantes du GATT¹⁹². Dans le *Précis de la pratique* de 1997, le Secrétaire général donne un autre exemple de la pratique constante qu'il suit en la matière: «lorsque l'Allemagne et le Royaume-Uni ont accepté l'Accord portant création de la Banque asiatique de développement du 17 mai 1979, tel qu'amendé, en formulant des réserves qui n'étaient pas envisagées par l'Accord, le Secrétaire général, en tant que dépositaire, en a dûment

¹⁸⁹ *Réserves aux conventions multilatérales: Convention relative à la création de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, document A/4235, par. 18. Sur cet incident, voir aussi Oscar Schachter, «The question of treaty Reservations at the 1959 General Assembly», *American Journal of International Law*, 1960, p. 372 à 379.

¹⁹⁰ *Ibid.*, par. 21.

¹⁹¹ Voir aussi Oscar Schachter, «Development of International Law through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat», *British Yearbook of International Law*, 1948, p. 124 à 126.

¹⁹² A/4235, par. 22.

communiqué le texte à la Banque et n'a accepté le dépôt des instruments qu'après que la Banque l'eut informé qu'elle acceptait les réserves»¹⁹³.

25) Compte tenu d'une part du principe posé à l'article 20, paragraphe 3, des Conventions de Vienne et, d'autre part, de la pratique habituellement suivie par le Secrétaire général des Nations Unies, la Commission a jugé utile d'énoncer dans un projet de directive l'obligation de communiquer les réserves à l'acte constitutif d'une organisation internationale à celle-ci.

26) Elle s'est, cependant, posé trois questions quant à la portée exacte de cette règle, dont le principe ne paraît pas faire de doute:

1) Convient-il d'insérer dans ce projet de directive la précision (qui figurait dans le projet de Waddock de 1962¹⁹⁴) selon laquelle la réserve doit être communiquée au chef du secrétariat de l'organisation intéressée?

2) Faut-il mentionner que la même règle s'applique lorsque le traité n'est pas, à proprement parler, l'acte constitutif d'une organisation internationale, mais crée un «organe délibérant» susceptible de prendre position sur la validité de la réserve, comme le Secrétaire général l'avait fait dans l'exposé de sa pratique en 1959¹⁹⁵? et

3) La communication d'une réserve à l'acte constitutif d'une organisation internationale à celle-ci dispense-t-elle d'en communiquer également le texte aux États et organisations internationales intéressés?

27) Sur le premier point, la Commission a estimé qu'une telle précision ne s'impose pas: même si, très généralement, c'est certainement au chef du secrétariat que la communication sera adressée, il peut arriver qu'il en aille différemment compte tenu de la structure particulière d'une organisation donnée. Ainsi, s'agissant de la Communauté européenne, le caractère

¹⁹³ ST/LEG/8, New York, 1997, numéro de vente: F.94.V.15, p. 60, par. 198 – notes de bas de page omises. Voir aussi Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, TMC Asser Instituut, La Haye, 1988, p. 346 et 347.

¹⁹⁴ Voir *supra*, par. 20).

¹⁹⁵ Voir *supra*, par. 24).

collégial de la Commission pourrait poser quelques problèmes. Au surplus, une telle précision n'a guère d'intérêt concret: ce qui importe est que l'organisation en cause soit dûment avertie du problème.

28) S'agissant de la question de savoir s'il convient de prévoir la même règle au bénéfice des «organes délibérants» créés par un traité et qui ne sont cependant pas des organisations internationales au sens strict de l'expression, il est très probable qu'en 1959 les rédacteurs du rapport du Secrétaire général des Nations Unies avaient à l'esprit le GATT – d'autant plus que l'un des exemples cités se rapportait à cet organisme¹⁹⁶. Le problème ne se pose plus s'agissant de celui-ci, depuis son remplacement par l'OMC. Il n'en reste pas moins que certains traités, en matière de désarmement ou de protection de l'environnement notamment, créent des instances délibérantes, dotées d'un secrétariat, auxquels la qualité d'organisations internationales a parfois été déniée¹⁹⁷. La Commission n'entend prendre aucune position sur cette question, il lui a cependant paru utile de faire allusion à cette hypothèse dans le Guide de la pratique. Il lui semble légitime que cette même règle s'applique aux réserves aux actes constitutifs *stricto sensu* et à celles portant sur des traités qui créent des instances de contrôle et d'aide à l'application du traité auxquelles la qualité d'organisations internationales serait contestée.

29) En revanche, une majorité de membres de la Commission a considéré que, pour qualifier ce type d'entités, l'expression «organes délibérants», qui avait des partisans, n'était pas la plus appropriée et que, afin d'éviter toute source de confusion, il était préférable de faire référence aux «organes ayant qualité pour accepter une réserve».

30) La réponse à la dernière question mentionnée ci-dessus¹⁹⁸ est la plus délicate. C'est aussi celle qui présente le plus d'importance concrète, car y répondre positivement implique, pour

¹⁹⁶ Voir *ibid.*

¹⁹⁷ Voir, par exemple, Robin R. Churchill et Geir Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral agreements: a little-noticed phenomenon in international law», *American Journal of International Law*, 2000, n° 4, p. 623 à 659; certains auteurs contestent également que la Cour pénale internationale soit une organisation internationale à proprement parler.

¹⁹⁸ Par. 26).

le dépositaire, une charge plus lourde qu'une réponse négative. Au surplus, la pratique du Secrétaire général – qui ne paraît pas absolument constante¹⁹⁹ – semble aller plutôt en sens inverse²⁰⁰. La Commission n'en est pas moins convaincue qu'il est souhaitable qu'une réserve à un acte constitutif soit communiquée non seulement à l'organisation concernée, mais aussi à l'ensemble des autres États et organisations contractants et à ceux ayant qualité pour y devenir parties.

31) Deux raisons expliquent cette position. En premier lieu, il n'est pas évident que l'acceptation de la réserve par l'organisation exclue la possibilité pour les États (et les organisations internationales) membres d'y objecter; la Commission se propose de trancher cette question lorsqu'elle entreprendra l'étude approfondie de la possibilité (ou non) d'objecter à une réserve expressément prévue par un traité. En second lieu et surtout, il existe un bon argument pratique en faveur de cette réponse affirmative: même si la réserve est communiquée à l'organisation elle-même, ce sont, en définitive, au sein de celle-ci, les États (ou organisations internationales) membres qui trancheront; il est donc important qu'ils aient connaissance de la réserve; procéder en deux temps constitue une perte de temps inutile.

32) Il va de soi que l'obligation de communiquer le texte des réserves à un acte constitutif à l'organisation internationale concernée ne s'impose que si celle-ci existe, c'est-à-dire si le

¹⁹⁹ Pour un exemple ancien où il semble que le Secrétaire général a communiqué la réserve des États-Unis à la Constitution de l'OMS à la fois aux États intéressés et à l'organisation concernée, voir Oscar Schachter, «Development of International Law through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat», *British Yearbook of International Law*, 1948, p. 125. Voir aussi le *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, ST/LEG/8, New York, 1997, numéro de vente: F.94.V.15, p. 51, par. 170.

²⁰⁰ Toutefois, dans un cas au moins, l'État auteur d'une déclaration unilatérale (qui équivalait à une réserve) – en l'occurrence le Royaume-Uni – a lui-même consulté directement les signataires d'un accord créant une organisation internationale – l'Accord de Kingston du 18 octobre 1969 portant création de la Banque de développement des Caraïbes – au sujet de cette déclaration (cf. *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, état au 31 décembre 2000, vol. I, p. 482, note 8). Il arrive aussi que l'auteur de la réserve prenne l'initiative de consulter lui-même l'organisation internationale concernée (cf. la réserve française à l'Accord de Kuala Lumpur du 12 août 1977 créant l'Institut pour l'Asie et le Pacifique en vue du développement de la radiodiffusion – *ibid.*, vol. II, p. 298, note 3).

traité est en vigueur²⁰¹. La chose paraît tellement évidente que certains membres de la Commission se sont demandé s'il était nécessaire de le préciser dans le projet de directive. Néanmoins, il est apparu que cette précision était nécessaire, faute de quoi la fin du second alinéa du projet de directive 2.1.5 serait difficilement compréhensible (il est impossible de communiquer une réserve à une organisation internationale ou à un organe qui n'existe pas encore).

33) La question pourrait néanmoins se poser de savoir si de telles réserves ne devraient pas, également, être communiquées, avant la création effective de l'organisation, aux «commissions préparatoires» (quel que soit leur nom) souvent créées pour préparer l'entrée en vigueur effective et rapide de l'acte constitutif. Même si, dans nombre de cas, une réponse positive semble, ici encore, devoir être donnée, il est difficile de généraliser car tout dépend des fonctions exactes que la conférence ayant adopté le traité confie à la commission préparatoire. Au surplus, la mention des «organes ayant qualité pour accepter une réserve» paraît de nature à couvrir cette hypothèse.

2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] Procédure de communication des réserves

À moins que le traité n'en dispose ou que les États et organisations contractants n'en conviennent autrement, une communication relative à une réserve à un traité est transmise:

- i) S'il n'y a pas de dépositaire, directement par l'auteur de la réserve aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties; ou,
- ii) S'il y a un dépositaire, à ce dernier, qui en informe dans les meilleurs délais les États et organisations auxquels elle est destinée.

Une communication relative à une réserve n'est considérée comme ayant été faite par l'auteur de la réserve qu'à partir de sa réception par l'État ou l'organisation auquel elle est transmise ou, le cas échéant, par le dépositaire.

Le délai pour formuler une objection à une réserve court à partir de la date à laquelle un État ou une organisation internationale a reçu notification de la réserve.

²⁰¹ En pratique, lorsque l'acte constitutif n'est pas en vigueur, le Secrétaire général des Nations Unies procède comme pour tout autre traité.

Lorsqu'une communication relative à une réserve à un traité est effectuée par courrier électronique, ou par télécopie, elle doit être confirmée par note diplomatique ou notification dépositaire. Dans ce cas, la communication est considérée comme ayant été faite à la date du courrier électronique ou de la télécopie.

Commentaire

1) Comme les deux suivants, le projet de directive 2.1.6 s'efforce de clarifier certains aspects de la procédure qui doit être suivie pour communiquer le texte d'une réserve à un traité aux destinataires de cette communication, qui sont déterminés dans le projet de directive 2.1.5.

Il porte sur trois aspects assez différents mais étroitement liés:

- L'auteur de la communication,
- Les modalités pratiques de celle-ci, et
- Ses effets.

2) L'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 est muet quant à la personne qui doit se charger de cette communication. Dans la plupart des cas, ce sera le dépositaire, ainsi que cela ressort des dispositions de l'article 79 de la Convention de 1986²⁰² qui s'applique, d'une manière générale, à toutes les notifications et communications relatives aux traités. Les dispositions de cet article donnent également quelques indications sur les modalités de la communication et sur ses effets.

3) Il est arrivé que, lors d'examens antérieurs du sujet des réserves aux traités, la Commission ou ses rapporteurs spéciaux envisagent de préciser expressément qu'il appartenait au dépositaire de communiquer le texte des réserves formulées aux États intéressés. Ainsi, par exemple, dès 1951, la Commission estima que «le dépositaire d'une convention multilatérale devrait, dès réception de chaque réserve, communiquer celle-ci à tous les États qui sont parties à la convention ou qui ont le droit de le devenir»²⁰³. De même, dans son quatrième rapport, de 1965,

²⁰² Art. 78 de celle de 1969.

²⁰³ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa troisième session, 16 mai-27 juillet 1951, voir *Yearbook ... 1951*, vol. II, document A/1858, par. 34, p. 130.

Waldock prévoyait que la réserve «doit être notifiée au depositaire ou, lorsqu'il n'y a pas de depositaire, aux autres États intéressés»²⁰⁴.

4) Cette formule n'a, finalement, pas été retenue par la Commission, qui, constatant que les projets adoptés antérieurement «contenaient un certain nombre d'articles où il était question des communications ou notifications à faire directement aux États intéressés ou, lorsqu'il y a un depositaire, à ce dernier», est parvenue à la conclusion «qu'il serait possible d'apporter aux textes de ces divers articles d'importantes simplifications en ajoutant au projet un article général qui réglerait la question des notifications et communications»²⁰⁵.

5) Tel était l'objet du projet d'article 73 de 1966, devenu l'article 78 de la Convention de Vienne de 1969, lequel a été repris sans autre changement que l'adjonction des organisations internationales dans l'article 79 de celle de 1986:

«Notifications et communications

Sauf dans les cas où le traité ou la présente Convention en dispose autrement, une notification ou communication qui doit être faite par un État ou une organisation internationale en vertu de la présente Convention:

- a) Est transmise, s'il n'y a pas de depositaire, directement aux États et aux organisations auxquels elle est destinée ou, s'il y a un depositaire, à ce dernier;
- b) N'est considérée comme ayant été faite par l'État ou l'organisation en question qu'à partir de sa réception par l'État ou l'organisation auquel elle a été transmise ou, le cas échéant, par le depositaire;

²⁰⁴ *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 56.

²⁰⁵ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 294, commentaire du projet d'article 73, par. 1, p. 294.

c) Si elle est transmise à un dépositaire, n'est considérée comme ayant été reçue par l'État ou l'organisation auquel elle est destinée qu'à partir du moment où cet État ou cette organisation aura reçu du dépositaire l'information prévue à l'alinéa e du paragraphe 1 de l'article 78.».

6) L'article 79 est indissociable de cette dernière disposition, aux termes de laquelle:

«1. À moins que le traité n'en dispose ou que les États et organisations contractantes ou, selon le cas, les organisations contractantes n'en conviennent autrement, les fonctions de dépositaire sont notamment les suivantes:

...

e) Informer les parties au traité et les États et organisations internationales ayant qualité pour le devenir des actes, notifications et communications relatifs au traité.».

7) On peut du reste noter que l'expression «les parties au traité et les États et organisations internationales ayant qualité pour le devenir», qui figure dans cet alinéa n'est pas l'exact équivalent de la formule utilisée dans l'article 23, paragraphe 1, qui fait mention des États et organisations «contractants». La différence est sans conséquence pratique puisque les États et organisations internationales contractants ont qualité pour devenir parties conformément à la définition qu'en donne l'article 2, paragraphe 1 f), de la Convention de Vienne de 1986; elle pose cependant un problème quant à la rédaction du projet de directive correspondant à insérer dans le Guide de la pratique.

8) Il ne fait aucun doute qu'il convient de reproduire dans celui-ci les dispositions des articles 78, paragraphe 1 e), et 79 de la Convention de Vienne de 1986 en les adaptant au cas particulier des réserves, faute de quoi le Guide ne répondrait pas à sa vocation pragmatique qui consiste à permettre aux utilisateurs de disposer d'un ensemble de directives complet quant à la conduite à tenir chaque fois qu'un problème relatif aux réserves se pose à eux. Mais, la Commission s'est demandé si, pour rédiger ce projet, il convenait de reprendre la formule de ces deux dispositions, ou celle de l'article 23, paragraphe 1. Il lui est apparu qu'il était logique

d'utiliser la terminologie retenue dans ce dernier, afin d'éviter toute ambiguïté et toute discordance, même purement apparente, entre les différentes directives du Guide de la pratique.

9) Pour le reste, on ne saurait douter que les communications relatives aux réserves, et, d'abord, celles portant sur le texte même des réserves formulées par un État ou une organisation internationale, sont «relatives au traité» au sens de l'article 78, paragraphe 1 e), précité²⁰⁶. Du reste, dans son projet de 1966, la CDI avait expressément confié au dépositaire le soin d'examiner «si une signature, un instrument *ou une réserve* sont conformes aux dispositions du traité et des présents articles»²⁰⁷, expression qui a été remplacée à Vienne par une autre, plus générale: «une signature, un instrument, une notification ou une communication se rapportant au traité»²⁰⁸, sans que cela puisse s'analyser comme l'exclusion des réserves du champ de cette disposition.

10) De plus, comme l'indiquait le commentaire du projet d'article 73 de la CDI (devenu l'article 79 de la Convention de 1986), la règle posée à l'alinéa *a* de cette disposition «s'applique essentiellement aux notifications et communications ayant trait à la “vie” des traités – actes établissant le consentement, *réserves*, objections, notifications relatives au défaut de validité, à l'intention de mettre fin au traité, etc.»²⁰⁹.

²⁰⁶ Par. 6).

²⁰⁷ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 293, projet d'article 72, par. 1 d) – italiques ajoutées. Sur le fond de cette disposition, voir le commentaire du projet de directive 2.1.7.

²⁰⁸ Art. 77, par. 1 d). La nouvelle formule est issue d'un amendement proposé par la République socialiste soviétique de Biélorussie, adopté par la Commission plénière à la majorité de 32 voix contre 24, avec 27 abstentions (*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, *Documents de la Conférence, première et deuxième sessions*, A/CONF.39/11/Add.2 (publication des Nations Unies, numéro de vente F.70.V.5), par. 654 iv) 4), p. 217, et par. 660 i), p. 218; voir aussi *infra*, par. 164, 3^e tiret.

²⁰⁹ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 294, par. 2) du commentaire.

11) Sur le fond, il n'est pas douteux que tant le paragraphe 1 e) de l'article 78 que l'article 79 a) traduisent la pratique actuelle²¹⁰. Ils ne méritent pas de commentaire particulier, sauf à constater que, même dans les cas où il existe un dépositaire, il peut arriver que l'État auteur de la réserve informe lui-même directement les autres États ou organisations internationales concernés du texte de celle-ci. Ainsi, par exemple, le Royaume-Uni a informé le Secrétaire général des Nations Unies, dépositaire de l'Accord du 18 octobre 1969 portant création de la Banque de développement des Caraïbes, qu'il avait consulté tous les signataires de cet accord au sujet d'un aspect de la déclaration (constituant une réserve) qu'il avait jointe à son instrument de ratification (et qui a été acceptée par la suite par le Conseil des gouverneurs de la Banque, puis retirée par le Royaume-Uni)²¹¹. De même, la France a saisi elle-même le Conseil des gouverneurs de l'Institut pour l'Asie et le Pacifique en vue du développement de la radiodiffusion d'une réserve qu'elle avait formulée à l'accord créant cette organisation, dont le Secrétaire général est également dépositaire²¹².

12) Cette pratique ne semble pas appeler d'objection, à condition que le dépositaire ne soit pas, pour autant, déchargé de ses propres obligations²¹³. Elle est cependant source de confusion et d'incertitudes en ce sens que le dépositaire pourrait se reposer sur les États formulant des réserves de la fonction que lui attribuent expressément l'article 78, paragraphe 1 e), et le dernier membre de phrase de l'article 79 a) de la Convention de Vienne de 1986²¹⁴. Pour cette raison,

²¹⁰ Voir *ibid.* à propos de l'alinéa *a* du projet d'article 73 (devenu l'article 78 de la Convention de 1969 – art. 79 de celle de 1986).

²¹¹ Voir *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, état au 31 décembre 2000, vol. I, p. 482, note 8.

²¹² Voir *ibid.*, vol. II, p. 298, note 3.

²¹³ Voir le projet de directive 2.1.7.

²¹⁴ Respectivement art. 77, par. 1 e), et art. 78 a) de la Convention de 1969. Dans le cas précité de la réserve française à l'Accord créant l'Institut pour l'Asie et le Pacifique en vue du développement de la radiodiffusion, il semble que le Secrétaire général s'est borné à prendre note de l'absence d'objection du Conseil des gouverneurs de l'Organisation (cf. *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, état au 31 décembre 2000, ST/LEG/SER.E/19, publication des Nations Unies, numéro de vente F.01.V.5, vol. II, p. 298, note 3). La passivité du Secrétaire général dans cette circonstance est sujette à critique.

la Commission a estimé qu'il ne convenait pas d'encourager une telle pratique et s'est abstenue de proposer un projet de directive la consacrant.

13) Dans son commentaire de 1966, la Commission a insisté sur l'importance de la tâche conférée au depositaire par l'alinéa *e* du projet d'article 73, paragraphe 1, devenu l'article 77, paragraphe 1 *e*), de la Convention de Vienne de 1969²¹⁵, et a souligné «qu'il est évidemment souhaitable que le depositaire s'acquitte de cette fonction avec diligence»²¹⁶. Il s'agit là d'un problème important, qui est lié aux alinéas *b* et *c* de l'article 78²¹⁷: la réserve ne produit d'effets qu'à compter de la date de la réception de sa communication par les États et organisations auxquels elle est destinée, et non de la date de sa formulation. Si la communication est faite directement par l'auteur de la réserve, peu importe en vérité: il ne pourra s'en prendre qu'à lui-même si elle est transmise tardivement à ses destinataires. En revanche, s'il y a un depositaire, il est essentiel que celui-ci fasse preuve de célérité, faute de quoi, il pourrait paralyser et l'effet de la réserve et la possibilité pour les autres États et organisations internationales concernés d'y réagir²¹⁸.

14) En pratique, en l'état actuel des moyens modernes de communication, les depositaires, en tout cas lorsqu'il s'agit d'organisations internationales, s'acquittent de leurs fonctions avec une grande célérité. Alors que, durant les années 80, le délai entre la réception des réserves par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies et leur diffusion oscillait entre un et deux, voire trois mois, il ressort des renseignements qui ont été donnés à la Commission par la Section des traités du Bureau des affaires juridiques des Nations Unies que:

«1. The time period between receipt of a formality by the Treaty Section and its communication to the parties to a Treaty is approximately 24 hours unless a translation is

²¹⁵ Art. 78, par. 1 *e*), de la Convention de 1986.

²¹⁶ *Annuaire ... 1966*, vol. II, par. 5) du commentaire, p. 294.

²¹⁷ Art. 79 a) et b) de la Convention de 1986. Voir le texte de ces dispositions *supra*, par. 5) et 6).

²¹⁸ Voir le commentaire du projet d'article 73 dans le rapport de la CDI de 1966, *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 294 et 295, par. 3) à 6) du commentaire; voir aussi T.O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, Oceana Publications/Sijthoff, Dobbs Ferry/Leiden, 1974, p. 216 et 217.

required or a legal issue is involved. If a translation is required, in all cases, it is requested by the Treaty Section on an urgent basis. If the legal issue is complex or involves communications with parties outside the control of the United Nations, then there may be some delay; however, this is highly unusual. It should be noted that, in all but a few cases, formalities are communicated to the relevant parties within 24 hours.

2. Depository Notifications are communicated to Permanent Missions and relevant organizations both by regular mail and electronic mail, within 24 hours of processing (see LA 41 TR/221). Additionally, effective January 2001, depository notifications can be viewed on the United Nations Treaty Collection on the Internet at: <http://untreaty.un.org> (depository notifications on the Internet are for information purposes only and are not considered to be formal notifications by the depositary). Depository notifications with bulky attachments, for example those relating to chapter 11(b) 16 are sent by facsimile.»

(1. La période s'écoulant entre la réception d'un instrument par la Section des traités et sa communication aux parties à un traité est approximativement de 24 heures, à moins qu'une traduction soit nécessaire ou qu'un problème juridique se pose. Si une traduction est nécessaire, dans tous les cas la Section des traités la demande en précisant qu'elle est urgente. Si le problème juridique en cause est complexe ou suppose des communications avec les parties qui échappent au contrôle de l'Organisation, il peut alors s'écouler un certain délai; toutefois, cela est tout à fait inhabituel. Il faut noter que, dans la quasi-totalité des cas, les instruments sont communiqués aux parties intéressées dans les 24 heures.

2. Les notifications dépositaires sont communiquées aux missions permanentes et aux organisations internationales intéressées par courrier à la fois ordinaire et électronique, dans les 24 heures (Voir LA 41 TR/221). En outre, depuis janvier 2001, les notifications dépositaires peuvent être consultées sur Internet à: <http://untreaty.un.org> (les notifications dépositaires sont reproduites sur Internet seulement pour information et ne sont pas considérées comme des notifications formelles faites par le dépositaire). Les notifications

dépositaires assorties d'annexes volumineuses, par exemple celles relatives au chapitre 11 b) 16)^[219] sont envoyées par télécopie.)²²⁰.

15) Pour sa part, le secrétariat de l'Organisation maritime internationale (OMI) a bien voulu faire savoir à la Commission que le délai qui s'écoule entre la communication de la réserve à un traité dont l'Organisation est dépositaire et sa transmission aux États intéressés est, en général, d'une à deux semaines. Les communications, qui sont traduites dans les trois langues officielles de l'Organisation (l'anglais, l'espagnol et le français), sont toujours envoyées par courrier postal.

16) La pratique du Conseil de l'Europe a été décrite à l'intention de la Commission par le secrétariat de cette organisation de la manière suivante:

«The usual period is two to three weeks (notifications are grouped and sent out approximately every two weeks). In some cases, delays occur due to voluminous declarations/reservations or appendices (descriptions or extracts of domestic law and practices) that must be checked and translated into the other official languages (The Council of Europe requires that all notification are made in one of the official languages or are at least accompanied by a translation in one of these languages.

²¹⁹ Il s'agit des communications relatives à l'Accord concernant l'adoption de prescriptions techniques uniformes applicables aux véhicules à roues et les conditions de reconnaissance réciproque des homologations délivrées conformément à ces prescriptions, du 20 mars 1958 (voir *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, état au 31 décembre 2000, vol. I, p. 593).

²²⁰ La Section des traités précise en outre: «3. Please note that the Depositary practice has been changed in cases where the treaty action is a modification to an existing reservation and where a reservation which has been formulated by a party subsequent to establishing its consent to be bound. A party to the relevant treaty now has 12 months within which to inform the depositary that it objects to the modification or that it does not wish him to consider the reservation made subsequent to ratification, acceptance, approval etc. The time period for this 12 months is calculated by the depositary on the basis of the date of issue of the depositary notification. [see LA 41 TR/221 (23-1)]». [Il est à noter que la pratique du dépositaire a été modifiée dans les cas où il s'agit de la modification d'une réserve existante et quand la réserve est formulée par une partie postérieurement à l'expression de son consentement à être liée. Une partie au traité en question dispose dorénavant de 12 mois pour informer le dépositaire qu'il objecte à la modification ou qu'il ne souhaite pas que celui-ci prenne en considération la réserve faite postérieurement à la ratification, l'acceptation, l'approbation, etc. La période de 12 mois

The translation into the other official language is provided by the Treaty Office.) Urgent notifications that have immediate effect (e.g. derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights) are carried out within a couple of days.

Unless they prefer notifications to be sent directly to the Ministry of Foreign Affairs (currently 11 out of 43 member States), the original notifications are sent out in writing to the Permanent Representations in Strasbourg, which in turn forward them to their capitals. Non-member States that have no diplomatic mission (consulate) in Strasbourg are notified via a diplomatic mission in Paris or Brussels or directly. The increase in member States and notifications over the last ten years has prompted one simplification: Since 1999, each notification is no longer signed individually by the Director-General of Legal Affairs (acting for the Secretary General of the Council of Europe), but notifications are grouped and only each cover letter is signed individually. There have not been any complaints against this procedure.

Since our new website (<http://conventions.coe.int>) became operational in January 2000, all information relating to formalities is immediately made available on the website. The text of reservations or declarations are put on the website the day they are officially notified. Publication on the website is, however, not considered to constitute an official notification.».

(Le délai habituel est de deux à trois semaines (les notifications sont groupées et expédiées tous les 15 jours). Il peut arriver que des retards se produisent du fait de déclarations ou réserves volumineuses ou d'annexes (descriptions ou extraits de législations et de pratiques internes) qui doivent être vérifiées et traduites dans les autres langues officielles. (Le Conseil de l'Europe exige que toute notification soit faite dans une des langues officielles ou soit au moins accompagnée par une traduction dans l'une de ces langues. La traduction dans les autres langues officielles est fournie par le Bureau des traités.) Les notifications urgentes qui ont un effet immédiat (par exemple les dérogations

est calculée par le dépositaire à partir de la date d'envoi de la notification dépositaire (voir LA 41 TR/221 (23-1)).

en vertu de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme) sont traitées en un ou deux jours.

À moins que [les États] ne préfèrent que les notifications soient transmises directement au Ministère des affaires étrangères (c'est actuellement le cas de 11 des 43 États membres), les notifications originales sont envoyées par écrit aux missions permanentes à Strasbourg qui les transmettent à leur tour aux capitales. Les notifications aux États non membres qui n'ont pas de mission diplomatique à Strasbourg (ou de consulat) sont effectuées par l'intermédiaire de leur mission diplomatique à Paris ou à Bruxelles ou même directement. L'augmentation des États membres et des notifications au cours des 10 dernières années a entraîné une simplification: depuis 1999, chaque notification n'est plus signée individuellement par le Directeur général des affaires juridiques (agissant au nom du Secrétaire général du Conseil de l'Europe); elles sont regroupées et seule la lettre de couverture est signée. Il n'y a pas eu de protestations contre cette procédure.

Depuis que notre nouveau site Internet (<http://conventions.coe.int>) est devenu opérationnel en janvier 2000, toute information relative aux formalités est immédiatement disponible sur le site Internet. Le texte des réserves ou déclarations est placé sur le site le jour même de leur notification officielle. Toutefois, la publication sur le site n'est pas censée constituer une notification officielle.)

17) Enfin, il ressort des indications données par l'OEA que:

«Member States are notified of any new signatures and ratifications to Inter-American Treaties through the OAS Newspaper, which circulates every day. In a more formal way, we notify every three months through a process-verbal sent to the Permanent Missions to the OAS or after meetings where there are a significant number of new signatures and ratifications such as, for example, the General Assembly.

The formal notifications, which also include the bilateral agreements signed between the General Secretariat and other parties, are done in Spanish and English.»

(Les États membres sont informés de toute nouvelle signature ou ratification des traités interaméricains par le moyen du *Journal de l'OEA*, qui est diffusé chaque jour. D'une manière plus formelle nous notifions [les formalités] [aux États membres] tous les trois mois par un procès-verbal envoyé aux missions permanentes auprès de l'OEA ou après les réunions pendant lesquelles il y a un nombre considérable de nouvelles signatures et ratifications, comme par exemple l'Assemblée générale.

Les notifications formelles, qui incluent aussi les accords bilatéraux signés entre le Secrétariat général avec d'autres parties, sont faites en espagnol et en anglais.)

18) Il n'a pas paru nécessaire à la Commission que ces très intéressantes précisions soient intégralement reflétées dans le Guide de la pratique. Il lui semble cependant utile de donner, dans le projet de directive 2.1.6, quelques indications constituant des recommandations générales adressées tant au dépositaire (lorsqu'il y en a un) qu'aux auteurs des réserves (lorsqu'il n'y a pas de dépositaire). Celui-ci combine le texte des articles 78, paragraphe 1 e), et 79 de la Convention de Vienne de 1986²²¹ et l'adapte aux problèmes particuliers posés par la communication des réserves.

19) Le «chapeau» de ce projet de directive reprend les parties pertinentes communes à ceux des articles 78 et 79 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, en les simplifiant quelque peu: la rédaction retenue à Vienne pour introduire l'article 78 de la Convention de 1986 («les États et organisations contractantes [*sic*] ou, selon le cas, les organisations contractantes...») paraît en effet inutilement lourde et n'ajoute pas grand-chose. Au surplus, comme cela est indiqué ci-dessus²²², le texte du projet de directive 2.1.6 reproduit la formule de l'article 23, paragraphe 1, de cette Convention («aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties»), de préférence à celle de l'article 78, paragraphe 1 e) («les parties aux traités et les États et organisations internationales ayant qualité pour le devenir»). Bien que cette dernière formule soit probablement plus élégante et signifie la même chose, elle s'écarte de la terminologie retenue

²²¹ Art. 77, par. 1 e), et 79 de la Convention de 1969.

²²² Par. 7) et 8).

dans la section des Conventions de Vienne relative aux réserves. Toutefois, il n'a pas paru utile d'alourdir le texte en reprenant deux fois l'expression de l'article 23 dans les alinéas i) et ii). Au demeurant, cet allègement purement rédactionnel n'implique aucune modification du texte de Vienne: l'expression «États et organisations auxquels elle est destinée» (ii) renvoie aux «États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties» (i). Dans le même esprit, la subdivision du premier paragraphe de la directive en deux alinéas distincts le rend probablement plus facilement compréhensible, sans en modifier le sens.

20) En ce qui concerne les délais de transmission de la réserve aux États ou organisations internationales auxquels elle est destinée, il n'a pas paru possible à la Commission de fixer un délai rigide. L'expression «dans les meilleurs délais», incluse dans l'alinéa ii), paraît suffisante pour attirer l'attention des destinataires sur la nécessité de procéder avec célérité. En revanche, une telle précision ne s'impose pas dans l'alinéa i): il appartient à l'auteur de la réserve de prendre ses responsabilités à cet égard²²³.

21) Dans la droite ligne des projets de directives 2.1.1 et 2.1.2, qui rappellent que la formulation et la confirmation des réserves doivent être faites par écrit, le dernier paragraphe du projet de directive 2.1.6 précise que leur communication aux États et organisations internationales auxquels elles doivent être transmises doit être formelle. Bien que certains membres de la Commission eussent exprimé des doutes sur la nécessité de cette précision, celle-ci a paru utile compte tenu de la pratique fréquente des dépositaires consistant à utiliser les moyens modernes de communication, courrier électronique ou télécopie, qui sont moins fiables que les modes traditionnels de transmission. Pour cette raison une majorité des membres de la Commission a estimé que toute communication relative aux réserves devait être confirmée par une note diplomatique (dans les cas où l'auteur est un État) ou par une «notification dépositaire» (lorsqu'elle émane d'une organisation internationale²²⁴). Bien que certains membres

²²³ Voir *supra*, par. 13).

²²⁴ Une notification dépositaire est le moyen, devenu habituel, des communications relatives aux traités faites par des organisations internationales ou les chefs de secrétariat dépositaires. Les notes diplomatiques habituelles pourraient cependant être utilisées par une organisation

fussent d'avis contraire, la Commission a estimé que, dans ce cas, le délai devait courir à compter de l'envoi du courrier électronique ou de la télécopie: cela présente l'avantage d'éviter toute controverse quant à la date de réception de la confirmation et est sans inconvénient pratique puisque, selon les indications qui ont été données à la Commission, la confirmation écrite est en général faite simultanément ou très rapidement après cet envoi, du moins par les organisations internationales dépositaires. Ces précisions sont données dans le quatrième paragraphe du projet de directive 2.1.6.

22) Il n'a paru ni utile ni possible de donner des précisions quant à la langue ou aux langues dans lesquelles ces communications doivent être faites car les pratiques des dépositaires varient²²⁵. De même, la Commission a estimé qu'il était judicieux de s'en remettre à la pratique sur le point de savoir quel doit être, concrètement, l'organe destinataire des communications²²⁶.

23) En revanche, le deuxième paragraphe du projet de directive 2.1.6 reprend, en l'adaptant au cas particulier des réserves, la règle posée par les alinéas *b* et *c* de l'article 79 de la Convention de Vienne de 1986 précité²²⁷. Toutefois, il a semblé possible d'en simplifier la rédaction sans opérer de distinction entre le cas où la réserve est communiquée directement par son auteur et l'hypothèse où elle l'est par le dépositaire. L'expression «le cas échéant» vise l'hypothèse où il existe un dépositaire. Dans ce cas, la communication de la réserve à celui-ci produit directement des effets, ne fût-ce qu'à l'égard du dépositaire lui-même qui est tenu de la transmettre «dans les meilleurs délais». Ces délais ne peuvent être appréciés qu'en fonction de la date à laquelle il en a lui-même reçu communication; de plus, de l'avis de quelques membres, de nombreuses clauses de réserves font courir les délais à compter de cette date.

internationale en cas de communications adressées à des États non membres de l'organisation et n'ayant pas non plus le statut d'observateurs.

²²⁵ Lorsque le dépositaire est un État, il semble qu'il procède en général aux communications de ce type dans sa ou ses langues officielles; lorsque c'est une organisation internationale, elle peut utiliser soit toutes ses langues officielles (OMI), soit une ou deux langues de travail (ONU).

²²⁶ Ministères des affaires étrangères, missions diplomatiques auprès de l'État ou des États dépositaires, missions permanentes auprès de l'organisation dépositaire.

²²⁷ Voir par. 5).

24) Le troisième paragraphe du projet de directive 2.1.6 vise le cas particulier du délai imparti aux États ou aux organisations internationales pour formuler une objection à une réserve.

Il reprend le principe posé à l'article 20, paragraphe 5, de la Convention de Vienne de 1986 (repris de la disposition correspondante de 1969), aux termes duquel:

«... à moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve est réputée avoir été acceptée par un État ou une organisation internationale si ces derniers n'ont pas formulé d'objection à la réserve soit à l'expiration des 12 mois qui suivent la date à laquelle ils en ont reçu notification, soit à la date à laquelle ils ont exprimé leur consentement à être liés par le traité, si celle-ci est postérieure».

Il est à noter que, dans ce cas, la date d'effet de la notification risque d'être différente d'un État ou d'une organisation internationale à un autre en fonction de la date de réception.

2.1.7. Fonctions du dépositaire

Le dépositaire examine si une réserve à un traité formulée par un État ou une organisation internationale est en bonne et due forme et, le cas échéant, porte la question à l'attention de l'État ou de l'organisation internationale en cause.

Lorsqu'une divergence apparaît entre un État ou une organisation internationale et le dépositaire au sujet de l'accomplissement de cette fonction, le dépositaire doit porter la question à l'attention:

- a) Des États et organisations signataires ainsi que des États contractants et des organisations contractantes;
- b) Le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause.

Commentaire

1) La section consacrée aux réserves des Conventions de Vienne sur le droit des traités ne fait pas la moindre mention du rôle du dépositaire. Ce silence s'explique par la décision, prise tardivement lors de l'élaboration de la Convention de 1969, de fonder les dispositions relatives à la communication des réserves dans des dispositions générales relatives au dépositaire²²⁸.

²²⁸ Voir le paragraphe 1) du commentaire du projet d'article 73 adopté en seconde lecture par la CDI en 1966, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 294.

Mais, par voie de conséquence, il va de soi que les dispositions des articles 77 et 78 de la Convention de 1986²²⁹ sont pleinement applicables en matière de réserves lorsqu'elles sont pertinentes en ce qui les concerne. Le projet de directive 2.1.7 opère cette transposition.

2) Aux termes de l'alinéa *e* du paragraphe 1 de l'article 78 de la Convention de 1986, il incombe au dépositaire d'«informer les parties au traité et les États et organisations internationales ayant qualité pour le devenir des actes, notifications et communications relatifs au traité». Combinée avec celle figurant à l'alinéa *a* de l'article 79, cette règle est reprise dans le projet de directive 2.1.6. Ce même projet de directive implique aussi que le dépositaire reçoit et garde les réserves²³⁰, ce qu'il paraît dès lors superflu de mentionner expressément.

3) Il va de soi que les dispositions générales du paragraphe 2 de l'article 77 relatives au caractère international des fonctions du dépositaire et de l'obligation de celui-ci d'agir impartialement s'appliquent en matière de réserves comme en tout autre domaine²³¹. Sous cette forme générale, ces principes ne concernent pas particulièrement les fonctions du dépositaire en relation avec les réserves et, dès lors, il ne paraît pas nécessaire de les reproduire en tant que tels dans le Guide de la pratique. Mais ces dispositions doivent être mises en relation avec celles du paragraphe 2 de l'article 78:

«Lorsqu'une divergence apparaît entre un État ou une organisation internationale et le dépositaire au sujet de l'accomplissement des fonctions de ce dernier, le dépositaire doit porter la question à l'attention:

²²⁹ Art. 76 et 77 de la Convention de Vienne de 1969.

²³⁰ Cf. le paragraphe 1 c) de l'article 78: «... les fonctions du dépositaire sont les suivantes: [...] c) Recevoir toutes signatures du traité, recevoir et garder tous instruments, notifications et communications relatifs au traité».

²³¹ «Les fonctions du dépositaire d'un traité ont un caractère international et le dépositaire est tenu d'agir impartialement dans l'accomplissement de ses fonctions. En particulier, le fait qu'un traité n'est pas entré en vigueur entre certaines des parties ou qu'une divergence est apparue entre un État ou une organisation internationale et un dépositaire en ce qui concerne l'exercice des fonctions de ce dernier ne doit pas influencer sur cette obligation».

- a) Des États et organisations signataires ainsi que des États contractants et des organisations contractantes; ou
 - b) Le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause.».
- 4) Il paraît d'autant plus indispensable de rappeler ces dispositions dans le Guide de la pratique en les adaptant au cas particulier des réserves que c'est à la suite de problèmes posés au sujet de certaines réserves que ces limitations considérables aux fonctions du dépositaire ont été consacrées.
- 5) Le problème se pose différemment lorsque le dépositaire est un État, lui-même partie au traité, ou lorsqu'il est «une organisation internationale ou le principal fonctionnaire administratif d'une telle organisation»²³². Dans le premier cas, «si les autres parties se trouvaient en désaccord sur ce point avec le dépositaire – hypothèse qui, à notre connaissance, ne s'est jamais réalisée –, elles seraient dans l'impossibilité de lui imposer une ligne de conduite différente de celle qu'il croyait devoir adopter»²³³. Au contraire, dans la seconde hypothèse, les organes politiques de l'organisation (composés d'États qui ne sont pas forcément parties au traité) peuvent donner des directives au dépositaire. C'est dans ce cadre que des problèmes ont surgi et leur solution est allée constamment dans le sens d'une limitation étroite du pouvoir d'appréciation du dépositaire pour aboutir finalement aux règles posées dans la Convention de Vienne de 1969, reprises dans celle de 1986.
- 6) Déjà, en 1927, à la suite de difficultés engendrées par les réserves auxquelles l'Autriche entendait subordonner sa signature différée de la Convention sur l'opium du 19 février 1925, le Conseil de la Société des Nations avait adopté une résolution entérinant les conclusions d'un

²³² Art. 77, par. 1, de la Convention de Vienne de 1986.

²³³ Jacques Dehaussy, «Le dépositaire de traités», *RGDIP* 1952, p. 515.

Comité d'experts²³⁴ et donnant au Secrétaire général de la Société des directives sur la conduite à tenir²³⁵.

7) Mais c'est dans le cadre des Nations Unies que les problèmes les plus graves ont surgi, comme l'attestent les principales étapes de l'évolution du rôle du Secrétaire général en tant que dépositaire en matière de réserves²³⁶:

- À l'origine, le Secrétaire général «semblait déterminer seul (...) ses propres règles de conduite en la matière»²³⁷ et subordonnait la recevabilité des réserves à l'acceptation unanime des Parties contractantes ou de l'organisation internationale dont l'acte constitutif était en cause²³⁸;
- À la suite de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 28 mai 1951 sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*²³⁹, l'Assemblée générale a adopté une première résolution qui priait le Secrétaire général, «[e]n ce qui concerne les conventions qui seraient conclues à l'avenir:

²³⁴ Voir le rapport du Comité, composé de MM. Fromageot, MacNair et Diéna, *in J.O.S.D.N.*, 1927, p. 881.

²³⁵ Résolution du 17 juin 1927. Voir aussi la résolution XXIX de la huitième Conférence des États américains (Lima 1938) qui fixe les règles à suivre par l'Union panaméricaine en matière de réserves.

²³⁶ Voir aussi, par exemple, Pierre-Henri Imbert, «À l'occasion de l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités – Réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de dépositaire», *AFDI* 1980, p. 528 et 529, ou Shabtai Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, Cambridge University Press, 1987, p. 429-434.

²³⁷ Jacques Dehaussy, «Le dépositaire de traités», *RGDIP* 1952, p. 514.

²³⁸ Voir le *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, ST/LEG/8, New York, 1997, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.15, p. 60 et 61, par. 168 à 171.

²³⁹ *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15.

- i) De continuer à exercer ses fonctions de dépositaire à l'occasion du dépôt de documents contenant des réserves et des objections, et ce, sans se prononcer sur les effets juridiques de ces documents; et
 - ii) De communiquer à tous les États intéressés le texte desdits documents qui concerne les réserves ou objections, en laissant à chaque État le soin de tirer les conséquences juridiques de ces communications»²⁴⁰;
- Ces directives furent étendues à l'ensemble des traités pour lesquels le Secrétaire général assume les fonctions de dépositaire par la résolution 1452 B (XIV) du 7 décembre 1959 adoptée à la suite des problèmes liés aux réserves formulées par l'Inde à l'acte constitutif de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime (OMCI)²⁴¹.

8) Telle est la pratique suivie depuis lors par le Secrétaire général des Nations Unies et, semble-t-il, par l'ensemble des organisations internationales (ou des chefs de secrétariat d'organisations internationales) en matière de réserves lorsque le traité en cause ne contient pas de clause de réserves²⁴². Et c'est de cette pratique que la CDI s'est inspirée lors de l'élaboration de son projet d'articles sur le droit des traités pour formuler les règles applicables par le dépositaire en la matière.

9) Encore faut-il noter qu'à nouveau la formulation retenue est allée vers une limitation toujours plus grande des pouvoirs du dépositaire:

- Dans le projet adopté en première lecture en 1962, le paragraphe 5 de l'article 29 relatif aux «fonctions du dépositaire» prévoyait que:

²⁴⁰ Résolution 598 (VI) du 12 janvier 1952, par. 3 b).

²⁴¹ Voir le commentaire du projet de directive 2.1.5, par. 23) et 24).

²⁴² Voir le *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, ST/LEG/8, New York, 1997, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.15, p. 60 et 61, par. 177 à 188.

«Lorsqu'une réserve a été formulée, le dépositaire est chargé:

a) D'examiner si la réserve a été formulée conformément aux dispositions du traité et des présents articles relatifs à la formulation des réserves et, si besoin est, d'entrer en consultation à ce propos avec l'État qui a formulé la réserve;

b) De communiquer aux États intéressés le texte de toute réserve et toute notification de consentement ou d'objection à ladite réserve, conformément aux articles 18 et 19»²⁴³;

- Dans le projet adopté en seconde lecture en 1966, il était encore prévu qu'il appartient au dépositaire d'

«Examiner si une signature, un instrument ou une réserve sont conformes aux dispositions du traité et des présents articles et, le cas échéant, [d']appeler sur cette question l'attention de l'État en cause»²⁴⁴;

Le commentaire de cette disposition insistait, au demeurant, sur les limites étroites du pouvoir d'examen du dépositaire:

«L'alinéa *d* du paragraphe 1 reconnaît qu'un dépositaire a, dans certaines limites, le devoir d'examiner si une signature, un instrument ou une réserve sont conformes aux dispositions applicables du traité ou des présents articles et, le cas échéant, d'appeler sur cette question l'attention de l'État en cause. Mais le devoir du dépositaire à cet égard s'arrête là. Il n'entre pas dans les fonctions du dépositaire de se prononcer sur la validité d'un instrument ou d'une réserve. Si un instrument ou une réserve semble irrégulier, le dépositaire doit normalement appeler l'attention de l'État auteur de la réserve sur ce point et, si ce dernier ne partage pas l'avis du

²⁴³ *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 205.

²⁴⁴ Article 72, par. 1 d), *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 293.

dépositaire, celui-ci doit communiquer la réserve aux autres États intéressés et porter la question de l'irrégularité apparente de la réserve à l'attention de ces États...»²⁴⁵;

- Lors de la Conférence de Vienne, un amendement de la République socialiste soviétique de Biélorussie²⁴⁶ a encore édulcoré la disposition en cause: même si la disparition de toute mention expresse des réserves n'exclut certainement pas que la règle posée à l'article 77²⁴⁷, paragraphe 1 d), s'applique à ces instruments, il reste que le pouvoir du dépositaire se limite dorénavant à l'examen de la *forme* des réserves, sa fonction étant d'

«Examiner si une signature, un instrument, une notification ou une communication se rapportant au traité est *en bonne et due forme* et, le cas échéant, [de] porter la question à l'attention de l'État ou de l'organisation internationale en cause»²⁴⁸.

10) Ainsi s'est trouvé consacré le principe du dépositaire «boîte aux lettres». Comme l'écrit T.O. Elias: «It is essential to emphasize that it is no part of the depositary's function to assume the role of interpreter or judge in any dispute regarding the nature or character of a party's reservation *vis-à-vis* the other parties to a treaty, or to pronounce a treaty as having come into force when that is challenged by one or more of the parties to the treaty in question.»²⁴⁹ (Il est essentiel d'insister sur le fait qu'il ne relève pas des fonctions du dépositaire de jouer le rôle d'interprète ou de juge dans un différend relatif à la nature ou au caractère d'une réserve d'une des parties à l'égard des autres parties à un traité ou de décider qu'un traité est entré en vigueur lorsque cela est contesté par une ou plusieurs parties au traité en cause.)

²⁴⁵ Ibid., p. 293 et 294, par. 4) du commentaire.

²⁴⁶ Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, documents de la Conférence, première et deuxième sessions, A/CONF.39/11/Add.2*, (publication des Nations Unies, numéro de vente F.70.V.5), par. 654 iv) 4), p. 217, et par. 660 i), p. 218.

²⁴⁷ Art. 78 dans la Convention de 1986.

²⁴⁸ Texte de 1986 (italiques ajoutées).

²⁴⁹ *The Modern Law of Treaties*, Oceana Publications/Sijthoff, Dobbs Ferry/Leiden, 1974, p. 213.

11) Les avis sur les avantages ou les inconvénients de cet amoindrissement des compétences du dépositaire en matière de réserves sont partagés. Certes, comme l'avait souligné la Cour internationale de Justice dès son avis de 1951, «la tâche du [dépositaire se trouve] simplifiée, celle-ci se réduisant à accueillir les réserves et les objections et à en faire la notification»²⁵⁰. «The effect of this, it is suggested, is to transfer the undoubted subjectivities of the United Nations system from the shoulders of the depositary to those of the individual States concerned, in their quality of parties to that treaty, and in that quality alone. This may be regarded as a positive innovation, or perhaps clarification of the modern law of treaties, especially of reservations to multilateral treaties, and is likely to reduce or at least limit the “dispute” element of unacceptable reservations.»²⁵¹. (On peut penser que la conséquence de ceci est de transférer l'indéniable subjectivité du système des Nations Unies du dépositaire vers les États individuellement, en leur qualité de parties au traité, et en cette qualité exclusivement. On peut y voir une innovation bien venue, ou, peut-être, une clarification apportée au droit moderne des traités, particulièrement à celui applicable aux réserves aux traités multilatéraux, et cela devrait réduire, en tout cas limiter l'élément conflictuel lié aux réserves inacceptables.)

12) On peut aussi, et à l'inverse, voir dans la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies et consacrée, voire «durcie», par la Convention de Vienne de 1969, «un système inutilement complexe»²⁵² dans la mesure où le dépositaire n'est plus à même

²⁵⁰ *C.I.J. Recueil 1951*, p. 27; et l'on peut estimer que: «It is that passage which has established the theoretical basis for the subsequent actions by the General Assembly and the International Law Commission. For it is in that sentence that the essentially administrative features of the function are emphasized and any possible political (and that means decisive) role is depressed to the greatest extent» (C'est ce passage qui fournit la base théorique des positions ultérieures de l'Assemblée générale et de la Commission du droit international. Car c'est dans cette phrase que l'accent est mis sur les aspects essentiellement administratifs de la fonction [de dépositaire] tandis que tout rôle politique éventuel est limité au maximum) (Shabtai Rosenne, «The Depositary of International Treaties», *AJIL* 1967, p. 931.

²⁵¹ Shabtai Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, Cambridge U.P., 1987, p. 435 et 436.

²⁵² Pierre-Henri Imbert, op. cit., p. 534; l'auteur n'applique l'expression qu'à la pratique du Secrétaire général et semble considérer que la Convention de Vienne simplifie les données du problème.

d'imposer un minimum de cohérence et d'unité dans l'interprétation et la mise en œuvre des réserves²⁵³.

13) Il reste que la méfiance vis-à-vis du dépositaire que traduisent les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne est trop ancrée et dans les esprits et dans la pratique pour qu'il puisse être envisagé de revenir sur les règles adoptées en 1969 et pérennisées en 1986. De l'avis de la Commission, on ne peut dès lors que les reproduire à l'identique²⁵⁴ dans le Guide de la pratique, en combinant dans une directive unique les dispositions pertinentes des paragraphes 1 d) et 2 de l'article 78 de la Convention de 1986 et en les appliquant aux seules fonctions des dépositaires en matière de réserves.

14) Le premier alinéa de ce projet de directive reprend le texte du paragraphe 1 d) de l'article 78 en mentionnant expressément et exclusivement, dans le premier membre de phrase, l'attitude à tenir par le dépositaire face aux réserves. Le second alinéa reproduit le texte du paragraphe 2 de ce même article, en limitant l'hypothèse prise en considération à cette seule fonction (et non en l'appliquant aux fonctions du dépositaire en général comme le fait l'article 78).

2.1.8 [2.1.7 bis] Procédure en cas de réserves manifestement [illicites]

Lorsqu'une réserve est manifestement [illicite] de l'avis du dépositaire, celui-ci attire l'attention de l'auteur de la réserve sur ce qui constitue, à son avis, cette [illicéité].

Si l'auteur de la réserve maintient celle-ci, le dépositaire en communique le texte aux États et organisations internationales signataires ainsi qu'aux États et organisations internationales contractants et, le cas échéant, à l'organe compétent de l'organisation internationale en cause, en indiquant la nature des problèmes juridiques posés par la réserve.

²⁵³ Le dépositaire peut cependant jouer un rôle non négligeable dans le «dialogue réservataire» pour rapprocher, le cas échéant, des points de vue opposés; voir aussi Henry Han, «The UN Secretary-General's treaty depositary function: legal implications», *Brooklin Journal of International Law*, 1988, p. 570 et 571: l'auteur y insiste sur l'importance du rôle que peut jouer le dépositaire – mais l'article est antérieur à la Conférence de Vienne.

²⁵⁴ Voir cependant le projet de directive 2.1.8.

Commentaire

1) Lors de la discussion du projet de directive 2.1.7, certains membres de la Commission ont estimé que l'application pure et simple des règles qu'il prévoit en cas de réserve manifestement «illicite» se heurtait à des objections. Ils ont notamment fait valoir qu'il n'y avait pas de raison que l'on prévoie un examen approfondi de la validité formelle de la réserve par le dépositaire – ce que fait le premier alinéa de la directive – tout en l'empêchant de réagir en cas de réserve manifestement illicite.

2) Toutefois, lui permettre d'intervenir dans une telle hypothèse constitue un développement progressif du droit international dont il ne faut pas se dissimuler qu'il s'écarte de l'esprit dans lequel ont été rédigées les dispositions des Conventions de Vienne relatives aux fonctions des dépositaires²⁵⁵. Telle est la raison pour laquelle, lors de sa cinquante-troisième session, la Commission a jugé utile de consulter les États membres de la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur la question de savoir si le dépositaire peut ou doit «refuser de communiquer aux États et organisations internationales intéressés une réserve manifestement illicite, notamment lorsqu'elle est interdite par une disposition du traité»²⁵⁶.

3) Les réponses, nuancées, données à cette question par les délégations des États à la Sixième Commission ont inspiré la rédaction du projet de directive 2.1.8. Dans l'ensemble, les États ont manifesté leur attachement au strict alignement du Guide de la pratique sur les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 relatives au rôle du dépositaire, en particulier l'article 77. Certaines des délégations qui se sont exprimées ont insisté sur l'impartialité et la neutralité dont doit faire preuve le dépositaire dans l'exercice de ses fonctions et estimé qu'il devait, en conséquence, se borner à transmettre aux parties les réserves formulées. Toutefois, nombre de représentants à la Sixième Commission ont été d'avis que, lorsqu'une réserve est manifestement illicite, il incombe au dépositaire de refuser de la transmettre ou, au moins, de ne le faire, en attirant l'attention des autres parties sur le problème, qu'après avoir fait part de sa position à l'auteur de la réserve et si celui-ci maintient sa réserve.

²⁵⁵ Voir le commentaire du projet de directive 2.1.7, par. 9) et 10).

²⁵⁶ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, A/56/10, par. 25.

4) C'est à cette solution intermédiaire que la majorité des membres de la Commission se sont ralliés. Il leur est en effet apparu que l'on ne pouvait admettre une quelconque censure de la part du dépositaire mais qu'il serait inapproprié de l'obliger à communiquer aux États et organisations internationales contractants ou signataires le texte d'une réserve manifestement illicite sans avoir auparavant attiré l'attention de l'État ou de l'organisation internationale réservataire sur les vices dont celle-ci est, selon lui, affectée. Il doit néanmoins être entendu que si l'auteur de la réserve maintient celle-ci, la procédure normale doit reprendre son cours et que la réserve doit être transmise avec l'indication de la nature des problèmes juridiques en cause. Cette précision revient en fait à aligner la procédure à suivre en cas de réserve manifestement «illicite» sur celle concernant les réserves posant des problèmes de forme: selon le projet de directive 2.1.7, en cas de divergence de vues à leur sujet, le dépositaire «doit porter la question à l'attention: a) des États et organisations signataires ainsi que des États contractants et des organisations contractantes; b) le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause».

5) Selon certains membres de la Commission, une telle procédure ne devrait être suivie que si l'«illicéité» invoquée par le dépositaire est fondée sur les alinéas *a* et *b* de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 (réserve interdite par le traité ou non prévue par un traité qui n'autorise que certaines réserves déterminées). Pour d'autres au contraire, le seul véritable problème est celui de la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but du traité (alinéa *c* de l'article 19). La Commission a estimé qu'il n'était pas justifié d'opérer une distinction entre les différents chefs d'«illicéité» énumérés par l'article 19.

6) De même, malgré l'avis contraire de certains de ses membres, la Commission n'a pas jugé utile d'enfermer dans des délais stricts l'échange de vues entre l'auteur de la réserve et le dépositaire qu'implique le projet de directive 2.1.7. Ce projet ne déroge pas au projet de directive 2.1.6 ii) aux termes duquel le dépositaire doit agir «dans les meilleurs délais». Et, en tout état de cause, c'est à l'État ou à l'organisation internationale réservataire de faire savoir s'il entend se prêter ou non à un dialogue avec le dépositaire. Si tel n'est pas le cas, la procédure doit suivre son cours et la réserve doit être communiquée aux autres contractants ou signataires.

7) Bien que la Commission eût, jusque-là employé le mot «illicite» pour caractériser des réserves tombant sous le coup des dispositions de l'article 19 des Conventions de Vienne, certains membres ont fait valoir que le terme n'était pas approprié dans cette hypothèse: en droit international, un fait internationalement illicite entraîne la responsabilité de son auteur²⁵⁷, ce qui n'est manifestement pas le cas de la formulation de réserves contraires aux dispositions du traité sur lequel elles portent ou incompatibles avec son objet ou son but. La Commission a décidé de laisser le problème pendant jusqu'à ce qu'elle ait adopté une position définitive sur l'effet de ces contrariétés ou incompatibilités; dans cette attente, le mot «illicite» a été mis entre crochets et la Commission se propose de se prononcer sur ce point en temps opportun.

2.4 Procédure relative aux déclarations interprétatives

Commentaire

L'absence de toute disposition relative aux déclarations interprétatives dans les Conventions de Vienne, la rareté ou la relative incertitude de la pratique les concernant ne permet pas de raisonner de façon autonome en ce qui les concerne. On ne peut guère procéder que par analogie (ou par opposition) par rapport aux réserves elles-mêmes, étant entendu qu'il faut prendre grand soin de distinguer les déclarations interprétatives conditionnelles de celles qui ne présentent pas ce caractère²⁵⁸.

2.4.1 Formulation des déclarations interprétatives

Une déclaration interprétative doit être formulée par une personne qui est considérée comme représentant un État ou une organisation internationale pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement d'un État ou d'une organisation internationale à être lié par un traité.

²⁵⁷ Cf. l'article premier du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001.

²⁵⁸ Sur la distinction, voir les projets de directives 1.2 et 1.2.1 et leurs commentaires (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, chap. IV, C, 2, p. 180 à 202).

Commentaire

- 1) Le projet de directive 2.4.1 transpose et adapte aux déclarations interprétatives telles qu'elles sont définies par le projet de directive 1.2²⁵⁹ les dispositions du projet de directive 2.1.3 relatif à la formulation des réserves.
- 2) Il va de soi que ces déclarations ne peuvent produire d'effets, quels qu'ils soient, que si elles émanent d'une autorité compétente pour engager l'État ou l'organisation internationale au plan international. Et, comme la déclaration a vocation à produire des effets en relation avec un traité, il paraît légitime de limiter cette possibilité aux seules autorités ayant compétence pour engager l'État ou l'organisation par un traité.
- 3) En ce qui concerne la forme des déclarations interprétatives en revanche, le problème se pose de manière très différente de ce qui est le cas en matière de réserves: il s'agit de déclarations par lesquelles le déclarant entend préciser ou clarifier le sens ou la portée qu'il attribue à un traité ou à certaines de ses dispositions, mais sans subordonner son consentement à être lié à cette interprétation. Sauf dans le cas des déclarations interprétatives conditionnelles, qui font l'objet du projet de directive 2.4.3, il s'agit là d'une prise de position²⁶⁰, mais son auteur ne prétend pas l'opposer à ses cocontractants. Dès lors, la formulation écrite de telles déclarations ne présente pas le même caractère indispensable que dans le cas des réserves (projet de directive 2.1.1) ou des déclarations interprétatives conditionnelles (projet de directive 2.4.3). Il est certainement préférable qu'elles soient connues des autres parties, mais leur méconnaissance ne paraît pas devoir les priver nécessairement de toute conséquence juridique.

²⁵⁹ Pour le texte et le commentaire de ce projet de directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, chap. IV, C, 2, p. 180 à 194.

²⁶⁰ Qui peut avoir «une grande valeur probante quand cette interprétation contient la reconnaissance par l'une des parties de ses obligations en vertu d'un instrument» (cf. Cour internationale de Justice, avis consultatif du 11 juillet 1950 relatif au *Statut international du Sud-Ouest africain*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 136; voir le commentaire du projet de directive 1.2.1, dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10, (A/54/10)*, note 317, p. 191.

La formulation orale de telles déclarations n'est du reste pas rare, et cela n'a pas dissuadé les juges ou les arbitres internationaux de leur reconnaître certains effets²⁶¹.

4) Dès lors, il ne paraît pas utile d'adopter un projet de directive concernant la forme que peuvent revêtir les déclarations interprétatives simples, puisque celle-ci est indifférente.

Le silence du Guide de la pratique sur ce point devrait l'établir suffisamment.

5) De même, il semble n'y avoir aucune raison de transposer les règles relatives à la communication des réserves aux déclarations interprétatives simples, qui peuvent être formulées oralement, et dont il serait, dès lors, paradoxal d'exiger qu'elles soient communiquées formellement aux autres États ou organisations internationales intéressées; en ne procédant pas à une telle communication, l'auteur de la déclaration prend le risque que celle-ci ne produise pas l'effet escompté, mais c'est un tout autre problème. Il n'y a pas lieu de transposer en ce qui les concerne les dispositions des projets de directives 2.1.5 à 2.1.8 relatifs à la communication des réserves et aucune précision ne semble devoir être donnée sur ce point dans le Guide de la pratique.

[2.4.2 [2.4.1 bis] Formulation d'une déclaration interprétative au plan interne

La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre au plan interne pour formuler une déclaration interprétative relève du droit interne de chaque État ou des règles pertinentes de chaque organisation internationale.

Le fait qu'une déclaration interprétative ait été formulée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de formulation des déclarations interprétatives ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant cette déclaration.]

Commentaire

1) De l'avis de la Commission, la formulation des déclarations interprétatives au plan interne appelle les mêmes remarques que s'agissant des réserves. Les règles et pratiques nationales sont, à cet égard, extrêmement diverses. Cela ressort clairement des réponses des États au

²⁶¹ Voir *ibid.*

questionnaire de la Commission sur les réserves. Parmi les 22 États qui ont répondu aux questions 3.5 et 3.5.1²⁶², on relève que :

- Dans sept cas, l'exécutif seul est compétent pour formuler la déclaration²⁶³;
- Cette compétence appartient au Parlement seul dans ce cas²⁶⁴; et
- Elle est partagée entre l'un et l'autre dans 14 cas²⁶⁵, les modalités de collaboration entre eux étant aussi diverses qu'en matière de réserves.

D'une manière générale, le rôle de l'exécutif est sans doute plus marqué qu'en matière de réserves.

2) Il va de soi, a fortiori, que la détermination de la compétence pour formuler des déclarations interprétatives et de la procédure à suivre à cette fin relève du seul droit interne, et qu'un État ou une organisation internationale ne serait pas fondé à invoquer une violation de celui-ci pour refuser à ses déclarations l'effet juridique qu'elles pourraient produire, d'autant plus qu'il semble s'agir en général davantage de pratiques que de règles écrites formelles.

3) Il convient dès lors de transposer aux déclarations interprétatives, qu'elles soient ou non conditionnelles, les dispositions du projet de directive 2.4.2 relatif à la formulation des réserves au plan interne, sans qu'il y ait lieu d'opérer une distinction entre les déclarations interprétatives conditionnelles et les autres.

²⁶² Question 3.5: «Au plan interne, quelle(s) autorité(s) décide(nt) de faire [des] déclarations interprétatives?»; question 3.5.1: «Le Parlement est-il associé à la formulation de ces déclarations?». La liste des États ayant répondu à ces questions n'est pas identique à celle des États qui ont répondu aux questions similaires concernant les réserves.

²⁶³ Chili, Inde, Israël, Italie, Japon, Malaisie, Saint-Siège.

²⁶⁴ Estonie.

²⁶⁵ Allemagne, Argentine, Bolivie, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Finlande, France, Mexique, Panama, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse.

[2.4.7 [2.4.2, 2.4.9] Formulation et communication des déclarations interprétatives conditionnelles

Une déclaration interprétative conditionnelle doit être formulée par écrit.

La confirmation formelle d'une déclaration interprétative conditionnelle doit aussi être faite par écrit.

Une déclaration interprétative conditionnelle doit être communiquée par écrit aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité.

Une déclaration interprétative conditionnelle portant sur un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou sur un traité qui crée un organe ayant qualité pour accepter une réserve doit en outre être communiquée à cette organisation ou à cet organe.]

Commentaire

1) S'agissant des déclarations interprétatives conditionnelles, il n'y a, *prima facie*, guère de raisons de s'écarter des règles de forme et de procédure applicables à la formulation des réserves: par définition même, l'État ou l'organisation internationale qui les formule subordonne son consentement à être lié à une interprétation spécifiée²⁶⁶. Les raisons qui imposent que les réserves soient formulées par écrit et authentifiées par une personne ayant pouvoir d'engager l'État ou l'organisation internationale valent donc tout autant ici: indissociablement liées au consentement de leur auteur à être lié, elles doivent être connues de leurs partenaires auxquels elles ont vocation à devenir opposables puisqu'elles prétendent avoir des effets sur le rapport conventionnel. La procédure de leur formulation doit, dès lors, être alignée sur celle des réserves.

2) Les projets de directives 2.1.1 et 2.1.2 peuvent donc être transposés purement et simplement en ce qui concerne la formulation des déclarations interprétatives conditionnelles:

- Celles-ci doivent être formulées par écrit; et
- Il doit en aller de même si la déclaration interprétative doit faire l'objet d'une confirmation formelle dans les conditions prévues dans le projet de directive 2.4.5.

Cela est précisé dans les deux premiers alinéas du projet de directive 2.4.7.

²⁶⁶ Cf. le projet de directive 1.2.1.

- 3) En revanche, comme toutes les déclarations interprétatives doivent être formulées par une autorité compétente pour engager l'État²⁶⁷, il n'a pas paru utile de le répéter spécifiquement en ce qui concerne les déclarations conditionnelles. Il en va de même en ce qui concerne leur formulation au plan interne²⁶⁸.
- 4) En revanche, il est nécessaire de souligner la spécificité des déclarations interprétatives conditionnelles en ce qui concerne leur communication aux autres États et organisations internationales intéressés. À cet égard, les raisons qui justifient la transposition des règles relatives à la formulation des réserves à celle de ces déclarations s'imposent avec une force particulière: il s'agit, inévitablement, de déclarations formelles, qui, par définition, conditionnent l'expression du consentement de leur auteur à être lié par le traité et auxquelles les autres États ou organisations internationales intéressés doivent avoir la possibilité de réagir. Les deux derniers alinéas du projet de directive 2.4.7 sont, en conséquence, calqués sur le texte du projet de directive 2.1.5, sans que la Commission ait estimé nécessaire de reproduire dans le détail les dispositions des projets de directives 2.1.6 à 2.1.8 dont les orientations sont cependant transposables *mutatis mutandis* aux déclarations interprétatives conditionnelles.
- 5) La Commission se réserve de réexaminer l'opportunité de maintenir ou non dans le Guide de la pratique l'ensemble des projets de directives relatifs aux déclarations interprétatives conditionnelles, y compris le projet de directive 2.4.7, à la lumière du régime juridique applicable à ces déclarations. S'il s'avère que celui-ci est sensiblement similaire au régime des réserves, l'ensemble de ces directives sera remplacé par une disposition unique assimilant les déclarations en question à des réserves. Dans l'attente de sa décision définitive à cet égard, la Commission a adopté le projet de directive 2.4.7 à titre provisoire et l'a placé entre crochets.

²⁶⁷ Voir le projet de directive 2.4.1.

²⁶⁸ Voir le projet de directive 2.4.2.

CHAPITRE V

PROTECTION DIPLOMATIQUE

A. Introduction

104. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission a inclus le sujet «Protection diplomatique» au nombre des trois sujets dont elle a jugé qu'ils se prêtaient à la codification et au développement progressif²⁶⁹. Cette même année, l'Assemblée générale, dans sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, a invité la Commission à examiner plus avant le sujet et à en indiquer la portée et le contenu en se fondant sur les commentaires et observations qui avaient été faits au cours du débat à la Sixième Commission, ainsi que sur les commentaires que les gouvernements pourraient souhaiter soumettre par écrit. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission, en application de cette résolution, a constitué à sa 2477^e séance un groupe de travail sur le sujet²⁷⁰. Le Groupe de travail a présenté un rapport au cours de ladite session, que la Commission a fait sien²⁷¹. Le Groupe de travail s'est efforcé a) de préciser autant que possible la portée du sujet et b) de déterminer les questions à étudier dans le contexte du sujet. Il a présenté un schéma pour l'examen du sujet, que la Commission a recommandé au Rapporteur spécial de prendre comme base de travail pour établir son rapport préliminaire²⁷².

105. À sa 2501^e séance, le 11 juillet 1997, la Commission a désigné M. Mohamed Bennouna Rapporteur spécial sur le sujet.

106. Au paragraphe 8 de sa résolution 52/156, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé «Protection diplomatique».

²⁶⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, par. 249 et annexe II, additif 1.

²⁷⁰ *Ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 10 (A/52/10)*, chap. VIII.

²⁷¹ *Ibid.*, par. 171.

²⁷² *Ibid.*, par. 189 et 190.

107. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial²⁷³. À la même session, la Commission a constitué un groupe de travail à composition non limitée chargé d'étudier les conclusions éventuelles qui pourraient être tirées du débat quant à la façon d'aborder le sujet²⁷⁴.

108. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission a nommé M. Christopher John R. Dugard Rapporteur spécial sur le sujet²⁷⁵, M. Bennouna ayant été élu juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

109. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/506 et Corr.1 et Add.1). N'ayant pu, faute de temps, procéder à l'examen du document A/CN.4/506/Add.1, elle l'a reporté à sa session suivante. Lors de la même session, la Commission a décidé que les projets d'articles 1^{er}, 3 et 6 feraient l'objet de consultations officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial²⁷⁶. La Commission a ensuite décidé, à sa 2635^e séance, de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 1^{er}, 3 et 5 à 8 ainsi que le rapport sur les consultations officieuses.

110. À sa cinquante-troisième session, en 2001, la Commission était saisie de la suite du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/506/Add.1), ainsi que de son deuxième rapport [A/CN.4/514 et Corr.1 et 2 (espagnol seulement)]. Faute de temps, la Commission n'a pu examiner que les parties du deuxième rapport consacrées aux projets d'articles 10 et 11 et a reporté l'examen du reste du document A/CN.4/514, concernant les projets d'articles 12 et 13, à sa session suivante. La Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction le projet d'article 9, à sa 2688^e séance tenue le 12 juillet 2001, ainsi que les projets d'articles 10 et 11, à sa 2690^e séance tenue le 17 juillet 2001.

²⁷³ A/CN.4/484.

²⁷⁴ Les conclusions du Groupe de travail figurent dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, par. 108.

²⁷⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, par. 19.

²⁷⁶ Le rapport sur les consultations officieuses figure dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, par. 495.

111. À sa 2688^e séance, la Commission a décidé que le projet d'article 9 ferait l'objet de consultations officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial.

B. Examen du sujet à la présente session

112. À la présente session, la Commission était saisie de la partie du deuxième rapport du Rapporteur spécial [A/CN.4/514 et Corr.1 et 2 (espagnol seulement)] restant à examiner, à savoir celle concernant les articles 12 et 13 du projet, ainsi que de son troisième rapport (A/CN.4/523 et Add.1). La Commission a examiné ladite partie du deuxième rapport ainsi que la première partie du troisième rapport, consacrée à l'état de l'étude de la protection diplomatique et aux articles 14 et 15, de sa 2712^e à sa 2719^e séance, tenues du 30 avril au 14 mai 2002, et à sa 2729^e séance, le 4 juin 2002. Elle a ensuite examiné la seconde partie du troisième rapport, portant sur l'article 16, à sa 2725^e séance, le 24 mai 2002, et à ses 2727^e, 2728^e et 2729^e séances, tenues du 30 mai au 4 juin 2002.

113. À sa 2740^e séance, tenue le 2 août 2002, la Commission a décidé que la question de la protection diplomatique des membres d'équipage des navires ainsi que des sociétés et des actionnaires ferait l'objet de consultations officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial.

114. La Commission a décidé à sa 2719^e séance, le 14 mai 2002, de renvoyer au Comité de rédaction les alinéas *a*, *b*, *d* (appelé à être examiné concurremment avec l'alinéa *a*) et *e* de l'article 14. Elle a en outre décidé, à sa 2729^e séance, le 4 juin 2002, de renvoyer au Comité de rédaction l'alinéa *c* du même article, qui serait examiné en même temps que l'alinéa *a*.

115. La Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction sur les articles 1^{er} à 7 [8] à ses 2730^e, 2731^e et 2732^e séances, tenues les 5, 6 et 7 juin 2002. Elle a adopté les articles 1^{er} à 3 [5] à sa 2730^e séance, 4 [9], 5 [7] et 7 [8] à sa 2731^e séance, et 6 à sa 2732^e séance (voir sect. C ci-dessous).

116. À ses 2745^e à 2746^e séances, tenues les 12 et 13 août 2002, la Commission a adopté les commentaires des projets d'articles susmentionnés.

1. Observations générales concernant l'étude

a) Présentation par le Rapporteur spécial

117. Présentant son troisième rapport (A/CN.4/523), le Rapporteur spécial a fait observer que la protection diplomatique était un sujet sur lequel les travaux de codification, les conventions, la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine abondaient. Aucune branche du droit international n'était si féconde. Néanmoins, la pratique pêchait souvent par défaut de constance et d'uniformité. Le Rapporteur spécial a indiqué que sa tâche consistait à présenter toutes les sources et options à la Commission afin qu'elle opère un choix en toute connaissance de cause.

118. S'agissant du champ du projet d'articles, le Rapporteur spécial a réaffirmé qu'il hésitait à traiter d'autres questions que celles qui relevaient traditionnellement de la protection diplomatique et qui étaient la nationalité des réclamations et l'épuisement des recours internes. Il a fait cependant observer qu'au cours des débats qui avaient eu lieu lors du quinquennat précédent, il avait été suggéré d'inclure dans le champ de la protection diplomatique un certain nombre d'autres questions, à savoir: la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales; le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage et éventuellement aussi des passagers, quelle que soit la nationalité des personnes concernées; le cas où un État exerce la protection diplomatique à l'égard d'un national d'un autre État, ce dernier ayant délégué au premier son droit de le faire; et le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire. Tout en reconnaissant l'importance de ces questions, il a soutenu que la Commission ne devrait pas les examiner dans le contexte du présent projet d'articles, en particulier si elle entendait adopter celui-ci en deuxième lecture d'ici à la fin du quinquennat. De plus, il a appelé l'attention sur le fait que l'examen de certaines de ces questions, par exemple le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire, pourrait sortir du champ traditionnel de la protection diplomatique.

119. Le Rapporteur spécial a noté en outre que la Commission pouvait difficilement procéder à une étude exhaustive de la protection diplomatique sans se pencher sur la question du déni de justice et la clause Calvo, deux questions qui occupaient une large place dans la jurisprudence sur le sujet.

120. Le Rapporteur spécial a confirmé par ailleurs son intention d'examiner dans son prochain rapport la question de la nationalité des sociétés.

b) Résumé du débat

121. On a félicité le Rapporteur spécial aussi bien pour son rapport que pour l'esprit d'ouverture avec lequel il avait appréhendé les questions en jeu. Parallèlement, l'avis a été émis que la démarche qu'il avait suivie semblait être par trop généraliste. Aussi, l'idée d'examiner les questions supplémentaires énumérées dans son troisième rapport a-t-elle été appuyée.

122. Il a été observé que la question de la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales devrait être exclue du projet d'articles car elle constituait une exception au principe du lien de nationalité, lequel était au cœur de la protection diplomatique. Dans l'avis consultatif qu'elle avait rendu dans l'affaire de la *Réparation des dommages*²⁷⁷, la Cour internationale de Justice avait déclaré sans ambiguïté que la réclamation présentée par l'Organisation des Nations Unies ne se fondait pas sur la nationalité de la victime, mais sur sa qualité d'agent de l'Organisation. De même, dans son jugement du 11 septembre 1964²⁷⁸, le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail (OIT) avait dit que les privilèges et immunités dont bénéficiaient les fonctionnaires de l'Organisation internationale du Travail étaient accordés uniquement dans l'intérêt de l'Organisation.

123. Inversement, il a été proposé que la Commission examine les conséquences qu'aurait pour l'État de nationalité le droit d'une organisation internationale d'exercer la protection. Dans l'avis consultatif rendu dans l'affaire de la *Réparation des dommages*, la Cour internationale de Justice avait soulevé la question des réclamations concurrentes de l'État de nationalité et de l'Organisation des Nations Unies dans le cas de dommages personnels subis par les agents de l'Organisation. Il a été proposé que le rapport entre protection fonctionnelle et protection diplomatique soit étudié attentivement, et qu'il soit fait état dans le projet d'articles de la protection fonctionnelle. Dans le même ordre d'idées, il a été suggéré de bien préciser que, ainsi

²⁷⁷ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1949, p. 174.

²⁷⁸ *Affaire Jurado*, jugement n° 70.

que la Cour internationale de Justice l'avait noté dans son avis consultatif, le fait que le droit de protection diplomatique de l'État et le droit de protection fonctionnelle de l'organisation puissent se trouver en concurrence ne saurait donner lieu à deux réclamations ni à une double réparation. La Commission pourrait donc voir s'il ne fallait pas limiter les réclamations et les réparations.

124. Il a été noté par ailleurs que la question de la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales était de nature à intéresser les petits États dont des nationaux étaient employés par des organisations internationales car, si la possibilité de protection relevait uniquement de l'État de nationalité, il existerait un risque d'inégalité de traitement.

125. D'autres membres de la Commission se sont demandé si cette protection pouvait être qualifiée de protection diplomatique. Si la Commission convenait d'exclure du champ du sujet la protection des agents diplomatiques et consulaires, la même logique devrait être appliquée aux fonctionnaires des organisations internationales. De même, les membres des forces armées étaient normalement protégés par l'État dont ils relevaient, mais cette protection en tant que telle n'était pas réputée être une «protection diplomatique».

126. Selon un autre point de vue, la distinction entre protection diplomatique et protection fonctionnelle ne s'appliquait pas forcément dans le contexte de la protection diplomatique exercée à l'égard des membres des forces armées. La protection exercée dans ces cas n'était qu'une application des intérêts légitimes de l'État auquel les troupes considérées appartenaient. Le lien de nationalité était certes l'expression majeure de l'intérêt légitime de l'État pour agir en faveur de ses ressortissants, des sociétés nationales et des institutions nationales, mais le droit reconnaissait que l'intérêt légitime pouvait reposer sur d'autres bases, comme l'appartenance aux forces armées.

127. À l'appui de la proposition visant à élargir le champ du projet d'articles à la protection diplomatique des membres d'équipage et passagers d'un navire, on a cité à titre d'exemple

l'affaire du *Navire «Saiga» (n° 2)*²⁷⁹, dans laquelle le Tribunal international du droit de la mer avait conclu que l'État de nationalité du navire était fondé à présenter une réclamation pour dommage subi par les membres de l'équipage, quelle que soit leur nationalité; l'État de nationalité ne possédait donc pas de droit exclusif s'agissant de l'exercice de la protection diplomatique. Parallèlement, il a été fait observer que l'affaire du *Navire «Saiga»* avait été portée devant le Tribunal international du droit de la mer en vertu des dispositions spéciales prévues à l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer²⁸⁰, et non pas en tant que cas général de protection diplomatique.

128. Il a été noté également que l'évolution du droit international était marquée par un souci de plus en plus vif du respect des droits de l'homme. Dans cet esprit, il a été estimé que le fait que les membres d'un équipage puissent bénéficier de la protection de l'État de nationalité du navire ou de l'aéronef ne pourrait que renforcer la protection, ce dont il y aurait lieu de se féliciter.

129. D'autres membres de la Commission ont maintenu que le Rapporteur spécial avait raison de proposer à la Commission d'exclure du champ du projet d'articles le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation pour le compte de l'équipage ou des passagers. Il a été dit que la question n'était pas de savoir comment un État devrait protéger ses nationaux à l'étranger, mais plutôt de savoir comment il conviendrait d'éviter la présence de réclamations concurrentes émanant de différents États. Si le navire battait un pavillon de complaisance, l'État d'immatriculation n'aurait aucun intérêt à exercer la protection diplomatique au cas où les gouvernements nationaux des membres de l'équipage ne le feraient pas. Selon ce point de vue, ces cas seraient de toute manière couverts par le droit de la mer.

130. Il a été fait observer d'autre part que la question de la protection de l'équipage d'un navire était visée non seulement dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, mais

²⁷⁹ Affaire du *Navire «Saiga» (n° 2)* (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. La Guinée*), Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1^{er} juillet 1999.

²⁸⁰ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, p. 3.

encore dans d'autres accords internationaux antérieurs. Un examen plus poussé d'autres instruments internationaux s'imposait donc.

131. Il a été fait observer également que les principes juridiques régissant les questions liées à la nationalité d'un aéronef étaient déjà inscrits dans le droit international, en particulier dans de nombreux instruments tels que la Convention de Tokyo de 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs²⁸¹. L'élément déterminant y était le lien spécial existant entre l'État de nationalité ou l'État d'immatriculation et le navire ou l'aéronef considéré. Il était fait abstraction des personnes, et même si les instruments internationaux en question conféraient, dans certains cas, à un État le droit d'exercer des prérogatives qui, à première vue, pouvaient présenter une similitude avec la protection diplomatique, cette protection était d'une autre nature. Ces questions n'avaient donc pas leur place dans l'examen du sujet de la protection diplomatique.

132. Un désaccord a été exprimé s'agissant de la proposition faite à la Commission par le Rapporteur spécial de ne pas examiner le cas de l'exercice par un État de la protection diplomatique en faveur d'un national d'un autre État qui lui avait délégué ce droit. Ce qui était en jeu, c'étaient les moyens de mettre en œuvre la responsabilité de l'État. En principe donc, rien ne s'opposait à ce qu'un État puisse exercer la protection diplomatique dans de telles circonstances. D'autres membres de la Commission ont considéré que si la protection diplomatique était perçue comme étant un droit discrétionnaire de l'État, il pourrait être précisé dans le commentaire qu'un État était fondé à déléguer à d'autres sujets du droit international l'exercice de la protection diplomatique en faveur de ses nationaux ou d'autres personnes ayant un lien effectif avec lui, dans le cadre des exceptions reconnues au principe de la nationalité. Il fallait cependant se garder de confondre les règles relatives à la protection diplomatique avec d'autres formes de protection des individus ou de leurs intérêts.

133. L'avis du Rapporteur spécial selon lequel il ne faudrait pas viser dans le projet d'articles le cas où une organisation internationale contrôlait un territoire a été appuyé. Il a été noté que ce cas mettait en jeu une forme de protection très spécifique, qui se rapprochait au moins autant de la protection fonctionnelle que de la protection diplomatique, et que, comme dans le cas

²⁸¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 704, p. 218.

des articles sur la responsabilité des États, la Commission devrait écarter toutes les questions touchant les organisations internationales. Dans le même temps, un appui a été exprimé à la proposition tendant à envisager dans le projet d'articles le cas où un État qui administrait ou contrôlait un territoire qui n'était pas le sien entendait exercer la protection diplomatique pour le compte des habitants de ce territoire.

134. Selon un autre point de vue, l'organisation internationale qui administrait un territoire remplissait les fonctions d'un État et, à ce titre, devrait exercer la protection diplomatique à l'égard des personnes qui seraient apatrides ou qui n'avaient pas une nationalité bien définie. De plus, la question du lien de nationalité avait quelque intérêt autrefois, lorsque les États étaient les seuls acteurs sur la scène internationale, mais elle l'avait en partie perdu dans le monde contemporain où les organisations internationales avaient un rôle de plus en plus grand à jouer aux côtés des États. Il a été en conséquence suggéré que le projet d'articles tienne compte de cette réalité. À l'inverse, il a été déclaré qu'il était hasardeux de présumer que les compétences spéciales et temporaires qui étaient transférées, par exemple, à l'ONU en tant qu'administrateur d'un territoire étaient analogues à celles d'un État chargé d'administrer un territoire.

135. Selon un autre point de vue, le principe de la nationalité, c'est-à-dire le lien existant entre un État et ses nationaux à l'étranger, était au cœur de la question de la protection diplomatique. Lorsqu'un État affirmait posséder légitimement un intérêt pour exercer la protection diplomatique dans le cas d'un fait internationalement illicite découlant d'un dommage causé à un de ses ressortissants, le lien entre l'intérêt légitime et l'État était la nationalité de l'intéressé. L'avis a été exprimé que si les questions supplémentaires proposées étaient incluses dans le projet d'articles, même à titre de cas exceptionnels, elles porteraient inévitablement atteinte à la nature même des règles de la protection diplomatique en élargissant indûment le droit des États d'intervenir.

136. L'avis a aussi été émis que si la Commission décidait de ne pas retenir ces questions supplémentaires, elle devrait à tout le moins les mentionner dans le commentaire.

137. La Commission a examiné en outre plusieurs autres suggestions quant aux questions qui pourraient être incluses dans le champ du projet d'articles. Elle s'est demandé s'il serait nécessaire de se référer dans le projet d'articles à la théorie des «mains propres». Il a été dit que

celle-ci avait toute sa place dans le débat sur la protection diplomatique mais qu'elle ne pouvait faire l'objet d'un traitement particulier dans le projet d'articles. La position adoptée par la Commission à propos de cette théorie dans le contexte du sujet de la responsabilité des États a été citée à titre d'exemple, et il a été rappelé que la Commission avait alors décidé que cette règle ne constituait pas une circonstance excluant l'illicéité²⁸². De même, il a été dit que le fait qu'une personne n'ait pas les «mains propres» ne pouvait justifier qu'elle soit privée de la protection diplomatique. D'autres réserves ont été formulées à propos du statut juridique de la notion de «mains propres». Il a été dit que celle-ci était peu utilisée, et même alors ne l'était que comme argument de dernier recours, et que la Commission devait veiller à ne pas la légitimer «par accident».

138. D'un autre côté, il a été déclaré qu'il était légitime de soulever le problème dans le cadre de la protection diplomatique. La question de savoir si une personne à l'égard de laquelle la protection diplomatique était exercée avait ou non les «mains propres» ne pouvait être éludée et, quelles que soient les conclusions tirées, il importait de la poser. D'autres membres de la Commission ont fait observer que celle-ci devrait se garder de prendre position sur la règle des «mains propres» dans un sens ou dans un autre.

139. La Commission a par ailleurs examiné la question de savoir s'il était nécessaire d'inclure dans le projet d'articles une disposition sur le déni de justice²⁸³. Il a été rappelé qu'elle n'avait pas prévu d'en parler expressément dans le projet d'articles. Il a été maintenu par ailleurs que la notion de déni de justice faisait partie du droit positif et de la question du traitement des étrangers et qu'elle n'avait pas de rapport direct avec la protection diplomatique. Il se trouvait que lorsque des étrangers saisissaient les tribunaux, ils étaient parfois victimes d'un déni de justice, et cela pouvait arriver sans que cela ait un rapport quelconque avec les circonstances dans lesquelles les recours internes avaient été utilisés en tant que tels. Aborder le sujet du déni de justice serait donc illogique et entraînerait la Commission dans d'énormes difficultés.

²⁸² Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, chap. V.B.48 (a), par. 411 à 415.

²⁸³ Voir aussi sect. B.6 ci-dessous.

140. Inversement, il a été souligné que la question du déni de justice touchait à un problème de fond dans la mesure où était en jeu l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux dans l'accès aux systèmes judiciaires. Elle était abondamment traitée dans le droit international privé, et il existait, notamment au niveau interaméricain, des conventions en la matière qui prévoyaient le droit pour les étrangers d'accéder aux mêmes recours que les nationaux, droit réaffirmé par d'autres textes plus récents. Il était difficile, dans ces conditions, de faire abstraction de cette question du déni de justice, qui pouvait être une des situations donnant lieu à l'exercice de la protection diplomatique.

141. Il a été également proposé de réfléchir, dans le cadre de l'étude, aux effets de l'exercice de la protection diplomatique.

142. La proposition faite par le Rapporteur spécial d'aborder la question de la protection diplomatique des sociétés a été appuyée.

143. S'agissant de la terminologie, il a été souligné que la notion de «nationalité des réclamations» prêtait à confusion et était une notion de *common law* qui n'avait pas d'équivalent dans certains autres systèmes juridiques. En réponse, le Rapporteur spécial a reconnu que cette expression évoquait la *common law*, tout en soulignant qu'elle avait aussi été employée en français par la Cour internationale de Justice dans son avis relatif à la *Réparation des dommages*.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

144. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'en général la Commission semblait le soutenir dans sa volonté de limiter la portée du projet d'articles aux questions relevant de la nationalité des réclamations et de la règle de l'épuisement des recours internes, ce qui permettrait d'achever l'examen du sujet pour la fin du quinquennat en cours.

145. S'agissant des questions évoquées dans son troisième rapport qui étaient liées à la nationalité des réclamations mais qui ne relevaient pas traditionnellement de ce domaine, le Rapporteur spécial a constaté que l'idée de procéder à une étude exhaustive de la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales n'avait pas été appuyée. Plusieurs membres de la Commission avaient toutefois insisté sur la nécessité d'établir

dans le commentaire une distinction entre la protection diplomatique et la protection fonctionnelle, en se référant plus particulièrement à la réponse que la Cour internationale de Justice, dans l'avis consultatif rendu en l'affaire de la *Réparation des dommages*, avait donnée à la question II, à savoir comment concilier l'exercice de la protection fonctionnelle par l'ONU avec le droit de l'État de nationalité de protéger ses ressortissants. Le Rapporteur spécial a proposé de traiter de cette question dans le commentaire de l'article premier, dans le contexte des revendications concurrentes du droit à exercer la protection, tout en se déclarant toujours ouvert à l'idée de consacrer à cette question un article distinct.

146. Le Rapporteur spécial a constaté de la même manière que les avis semblaient partagés sur la proposition visant à élargir la portée du sujet au droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage et des passagers. Il a noté que la question serait étudiée plus avant.

147. À propos du cas dans lequel un État délèguait à un autre État le droit d'exercer la protection diplomatique, le Rapporteur spécial a fait observer qu'il n'était pas fréquent dans la pratique et qu'il en était très peu fait état dans la doctrine. Il a noté par ailleurs que cette question était en partie traitée dans le cadre de l'article sur la continuité de la nationalité.

148. Le Rapporteur spécial a noté également que la proposition tendant à inclure dans le champ de l'étude l'exercice de la protection diplomatique par un État qui administrait, contrôlait ou occupait un territoire avait recueilli un soutien au sein de la Commission, encore que ce soutien fût faible. Il a noté en outre que certains membres avaient proposé que soit étudiée la question de l'exercice de la protection diplomatique par une organisation internationale à l'égard de personnes vivant sur un territoire qu'elle administrait, comme dans le cas de l'Organisation des Nations Unies au Kosovo et au Timor oriental. Cette idée semblait avoir recueilli quelque appui, mais la majorité des membres de la Commission estimaient que la question avait plutôt sa place dans le contexte de la responsabilité des organisations internationales.

149. En ce qui concerne la règle des «mains propres», le Rapporteur spécial a noté que la question pouvait se poser à propos du comportement de l'individu lésé, de l'État demandeur ou de l'État défendeur, et qu'il était donc difficile de formuler une règle qui soit applicable dans tous les cas. Il a fait observer par ailleurs que cette question serait traitée dans l'additif de son

troisième rapport²⁸⁴ et dans le cadre de la nationalité des sociétés dans le contexte de l'affaire de la *Barcelona Traction*²⁸⁵.

2. Articles 12 et 13²⁸⁶

a) Présentation par le Rapporteur spécial

150. Le Rapporteur spécial a rappelé que les articles 12 et 13 étaient analysés dans son deuxième rapport, présenté à la Commission à sa cinquante-troisième session en 2001, mais qu'ils n'avaient pas été examinés alors faute de temps. Il a fait observer que les deux dispositions devaient être lues conjointement, et a donc proposé d'en traiter conjointement. Elles portaient toutes deux sur la question de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de procédure ou une règle de fond, question qui, dans le contexte de l'épuisement des recours internes, était une des plus controversées.

²⁸⁴ A/CN.4/523/Add.1.

²⁸⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3.

²⁸⁶ Les articles 12 et 13 étaient libellés comme suit:

Article 12

L'épuisement des recours internes est une condition de procédure qui doit être satisfaite pour qu'un État puisse formuler une réclamation internationale pour le préjudice causé à un national par un fait internationalement illicite commis contre ce national lorsque le fait en question est une violation tant du droit interne que du droit international.

Article 13

Lorsqu'un étranger introduit une instance devant les tribunaux internes d'un État pour obtenir réparation à raison d'une violation du droit interne de cet État qui ne constitue pas un fait illicite international, l'État dans lequel l'instance est introduite peut voir sa responsabilité internationale engagée s'il y a déni de justice au détriment du ressortissant étranger. Sous réserve de l'article 14, l'étranger lésé doit épuiser tous autres recours internes qui peuvent être disponibles pour qu'une réclamation internationale puisse être faite pour son compte.

(A/CN.4/514).

151. Le Rapporteur spécial a rappelé que la Commission avait dans le passé pris position sur cette question dans le contexte du sujet de la responsabilité des États, et qu'elle avait adopté en 1977 et confirmé en 1996 une disposition en conséquence à l'occasion de l'examen en première lecture du projet d'articles sur ce sujet²⁸⁷. Cependant, il s'agissait essentiellement, à son sens, d'une règle de procédure plutôt que de fond, et il fallait donc revenir sur la question.

152. Trois positions émergeaient sur ce point: une position selon laquelle il s'agissait d'une règle de fond, une autre selon laquelle il s'agissait d'une règle de procédure et une troisième, que le Rapporteur spécial qualifiait de position «mixte». Les tenants de la première position, dont Borchard et Ago, maintenaient que le fait internationalement illicite de l'État n'était pas achevé tant que les recours internes n'avaient pas été épuisés. Dans ce sens, l'épuisement des recours internes était une condition de fond dont dépendait l'existence même de la responsabilité internationale.

153. Pour les tenants de la deuxième position, par exemple Amerasinghe, l'épuisement des recours internes était une condition de procédure qui devait être remplie pour qu'une réclamation internationale puisse être formulée.

154. Selon la position «mixte», défendue par Fawcett, il y avait lieu d'établir une distinction entre un préjudice causé à l'étranger au regard du droit interne et un préjudice causé à l'étranger au regard du droit international. Si le préjudice était causé uniquement par une violation du droit interne et d'une manière qui ne constituait pas une violation du droit international, par exemple une violation d'un contrat de concession, la responsabilité internationale n'était engagée que par un acte de l'État défendeur constituant un déni de justice, par exemple un parti pris de la part des organes judiciaires au préjudice de l'étranger alors que celui-ci tentait de faire valoir ses droits devant une juridiction nationale. Dans ce cas, l'épuisement des recours internes était incontestablement une condition de fond à remplir. D'un autre côté, si le préjudice causé à l'étranger découlait d'une violation du droit international, ou du droit international et du droit interne, la responsabilité internationale naissait au moment du préjudice et l'épuisement des

²⁸⁷ Art. 22. Voir *Annuaire ... 1977*, vol. II (deuxième partie), par. 31; *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), par. 65.

recours internes était une condition procédurale de la formulation d'une réclamation internationale.

155. Le Rapporteur spécial a fait observer en outre que, alors que pour certains auteurs le débat était purement académique, le moment où naissait la responsabilité internationale revêtait dans bien des cas une importance considérable sur le plan pratique. Premièrement, s'agissant de la nationalité des réclamations, l'étranger devait être un national de l'État présentant la réclamation au moment de la commission du fait internationalement illicite. Il était donc important de déterminer à quel moment le fait internationalement illicite avait été commis. Deuxièmement, pourrait aussi se poser un problème de compétence, comme cela avait été le cas dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*²⁸⁸, dans laquelle la Cour permanente de Justice internationale s'était posé la question de savoir quand la responsabilité internationale était engagée pour pouvoir déterminer si elle était ou non compétente. Troisièmement, un État ne pourrait pas renoncer à la règle de l'épuisement des recours internes si celle-ci était une règle de fond, car il n'y aurait pas commission d'un fait internationalement illicite tant que les recours internes n'auraient pas été épuisés.

156. Le Rapporteur spécial a relevé que l'imprécision des sources rendait difficile la détermination de la démarche à adopter. Il a rendu compte des divers travaux de codification entrepris dans le passé et qui étaient évoqués dans son rapport. Il a déclaré qu'en 1977 la Commission s'était ralliée, en élaborant ce qui était alors l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États, à l'idée que la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de fond, mais qu'en 2000, au sein de l'Association de droit international (ILA), Le Rapporteur du Comité de la protection diplomatique des personnes et des biens avait défendu l'idée qu'il s'agissait purement d'une règle de procédure²⁸⁹.

157. Le Rapporteur spécial a indiqué en outre que, de leur côté, les décisions de justice étaient vagues et qu'elles se prêtaient à différentes interprétations venant étayer soit l'idée qu'il s'agissait d'une règle de procédure, soit l'idée qu'il s'agissait d'une règle de fond. Par exemple,

²⁸⁸ *C.P.J.I. Recueil 1938*, série A/B, n° 74.

²⁸⁹ «The Exhaustion of Local Remedies», rapport intérimaire dans International Law Association, *Report of the Sixty-ninth Conference (2000)*, p. 629.

à propos de l'affaire des *Phosphates du Maroc*, Ago, Rapporteur spécial chargé du sujet de la responsabilité des États, avait soutenu que la Cour permanente de Justice internationale n'avait pas rejeté l'argument selon lequel il s'agissait d'une règle de fond. Mais le Rapporteur spécial interprète un passage crucial de l'arrêt rendu par la Cour permanente comme signifiant que la Cour avait appuyé la thèse française selon laquelle la règle de l'épuisement des recours internes n'était plus qu'une règle de procédure.

158. Le Rapporteur spécial a indiqué aussi que la pratique des États apportait peu d'éléments, parce qu'elle revêtait généralement la forme des thèses défendues devant des juridictions internationales et qu'inévitablement un État était tenu d'épouser la position qui servait le mieux ses propres intérêts. Il était donc impossible de dégager des conclusions claires et nettes de l'argumentaire des États.

159. De plus, il a été noté que les auteurs eux aussi divergeaient sur la question. Le Rapporteur spécial a reconnu que la position «mixte», vers laquelle allait sa préférence, avait suscité peu d'intérêt. Par exemple, un État qui torturait un étranger encourait une responsabilité internationale à partir du moment où l'acte était commis, mais il se pourrait aussi qu'il enfreigne ce faisant sa propre législation. S'il existait un recours interne, celui-ci devait être épuisé avant qu'une réclamation internationale puisse être formulée; dans ce cas, la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de nature procédurale. Les projets d'articles 12 et 13 visaient à donner effet à cette conclusion, qui était dans une certaine mesure étayée par la doctrine.

160. La Commission devrait revenir sur la position qu'elle avait adoptée à propos de l'ancien article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États. Mais, lorsqu'il avait proposé cet article, le Rapporteur spécial alors chargé du sujet avait pris pour hypothèse que le texte, dans sa forme définitive, établirait une distinction entre obligation de comportement et obligation de résultat, distinction qui n'avait pas été retenue en seconde lecture. C'est pourquoi, de l'avis du Rapporteur spécial, il était loisible à la Commission d'opter pour la position qu'il proposait.

b) Résumé du débat

161. À l'appui de la thèse selon laquelle la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de fond, il a été fait observer que dans le cas où les recours internes devaient être épuisés mais ne l'avaient pas été, la protection diplomatique ne pouvait pas être exercée.

En conséquence, aucune réclamation pour violation présumée ne pouvait être formulée et des contre-mesures ne pouvaient pas être prises. Dans ce sens, on ne saisissait pas très bien quelles seraient les incidences sur le plan pratique d'une violation présumée qui n'entraînait pas de conséquences au niveau international, ni pour l'État ni pour le particulier concerné, et face à laquelle il n'y avait pas de recours disponible. Donc, puisque la condition s'appliquait dans le cas considéré à l'ensemble de la procédure, la règle devait être tenue pour être une règle de fond.

162. D'autres membres de la Commission ont appuyé l'idée que la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de procédure. Il a été fait observer, à propos du prononcé d'un jugement déclaratif lorsque les recours n'avaient pas été épuisés, que l'épuisement des recours internes pouvait s'avérer impossible sur le plan pratique, par exemple en raison du coût prohibitif de la procédure. Un jugement déclaratif obtenu alors que les recours internes n'avaient pas été épuisés pourrait alors être une forme de satisfaction potentiellement importante de nature à conduire à des changements d'ordre pratique. Tel ne serait toutefois pas le cas si la règle de l'épuisement des recours internes était considérée comme une règle de fond.

163. Une préférence a été exprimée par ailleurs pour la «troisième école de pensée» défendue par Fawcett, telle que décrite par le Rapporteur spécial dans son rapport. À l'opposé, l'avis a été émis que les différentes hypothèses évoquées dans l'étude de Fawcett sur la distinction entre les recours disponibles en vertu du droit interne et les recours disponibles en vertu du droit international risqueraient de donner lieu à un débat théorique qui compliquerait inutilement la question.

164. L'idée dominante qui s'est dégagée du débat a été que les articles 12 et 13 devraient être supprimés car ils n'ajoutaient rien à l'article 11. Il a été reconnu que l'adoption de telle ou telle théorie pouvait induire certains effets et que la question de savoir s'il s'agissait de recours de fond ou de recours de procédure se posait quasi inévitablement dans des circonstances particulières comme celles de l'affaire des *Phosphates du Maroc*, mais que cela ne revêtait pas une importance majeure et ne justifiait pas l'inclusion de ces dispositions dans le projet d'articles. De même, il a été déclaré que la distinction n'apportait aucun élément utile ni pertinent qui permît d'appréhender globalement le problème de l'épuisement des recours internes. Elle n'apportait non plus aucun élément d'intérêt pratique. En fait, la crainte a été émise

que pareille distinction ne vienne compliquer immensément la tâche de la Commission, car elle obligerait à entrer dans le détail des recours qui devaient être épuisés. Il a été déclaré aussi que les articles 12 et 13 soit faisaient double emploi avec le principe posé aux articles 10 et 11, soit ne faisaient qu'évoquer des notions, comme celles du déni de justice, sans les expliciter intégralement.

165. En outre, il a été noté que, appréhendée purement dans le contexte de la protection diplomatique, la distinction semblait perdre de sa pertinence. Le postulat était qu'un fait internationalement illicite avait été commis: la seule question à examiner était donc celle de savoir dans quelles conditions – et peut-être selon quelles procédures – réparation pouvait être exigée lorsqu'un particulier était lésé car, s'il n'y avait pas fait internationalement illicite, la question de la protection diplomatique ne se poserait pas. Dans ce sens, la situation était simple: la protection diplomatique était une procédure permettant la mise en œuvre de la responsabilité de l'État; l'épuisement des recours internes était une condition de la mise en œuvre de cette procédure; et peu importait qu'il s'agisse d'une règle de fond ou d'une règle de procédure.

166. Il a été rappelé qu'à l'origine cette distinction avait été faite à l'occasion de l'examen du sujet de la responsabilité des États, à propos de la détermination du moment précis où le fait illicite était commis. La question était de savoir si la responsabilité de l'État entraînait en jeu dès la commission du fait internationalement illicite, indépendamment de l'épuisement des recours internes. Il a donc été proposé que, par souci d'harmonisation, la Commission suive la démarche adoptée pour l'article 44 du projet d'articles sur la responsabilité des États, intitulé «Recevabilité de la demande». De même, il a été noté que le libellé de l'article 12 posait problème: comment la violation d'une règle de droit interne pouvait-elle en soi constituer un fait internationalement illicite? Cela semblait contredire, à la fois dans l'esprit et dans la lettre, les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en particulier, l'article 3.

167. D'autre part, certains membres de la Commission ont contesté l'affirmation selon laquelle la renonciation à l'épuisement des recours internes serait incompatible avec le caractère procédural de la règle. Les États pouvaient renoncer à une condition de recevabilité s'agissant soit d'une question de fond, soit d'une question de procédure. La règle de l'épuisement des recours internes n'était pas impérative mais était sujette à l'accord des parties.

168. Il a été noté en outre que la question du caractère de la règle de l'épuisement des recours internes posait des problèmes théoriques complexes et qu'elle avait des incidences sur le plan politique, car la théorie selon laquelle il s'agissait d'une règle de procédure était perçue comme amoindrissant l'importance d'une règle que nombre d'États jugeaient fondamentale. Vu ces problèmes et l'absence de consensus à la Commission, il serait malvenu de retenir telle ou telle des théories antagoniques.

169. Il a été dit d'autre part que la Commission pourrait en revanche envisager la réalisation d'une étude empirique sur la règle de l'épuisement des recours internes, à partir de la théorie, de la pratique et de l'histoire. Par exemple, il a été déclaré que le principe de l'assomption du risque, l'existence d'un lien volontaire entre l'étranger et l'État hôte et l'application sensée de la règle pouvaient revêtir plus d'intérêt que les aspects de procédure ou de fond.

170. Une autre proposition a été faite, consistant à traiter de la question du caractère de la règle de l'épuisement des recours internes dans les commentaires des articles 10, 11 et 14.

171. D'autres membres ont affirmé que les articles 12 et 13 étaient utiles, mais pas tels qu'ils étaient libellés. Il a été dit que la règle de l'épuisement des recours internes, tout en étant une règle de procédure, pouvait aussi avoir des incidences sur le fond. Il a donc été proposé de formuler des exceptions pour tenir compte des cas dans lesquels l'application de la règle pourrait être injuste, par exemple en cas de changement de nationalité ou de refus d'accepter la compétence d'un tribunal international. Dans ces cas, il serait nécessaire de déterminer le moment à partir duquel courait le droit de l'État de formuler une réclamation, droit qui prendrait probablement effet au moment où le préjudice était causé au national de cet État.

Libellés de la sorte, les articles 12 et 13 ne feraient pas double emploi avec l'article 10.

172. De même, il a été suggéré que seul l'article 12 soit renvoyé au Comité de rédaction et que l'article 13 soit supprimé parce que, visant une situation où le préjudice résultait d'une violation du droit interne, il n'avait pas sa place dans le projet.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

173. Le Rapporteur spécial a confirmé qu'il ne nourrissait pas de préférence marquée pour le maintien dans le projet d'articles de la distinction entre règle de procédure et règle de fond.

Il a souscrit à l'affirmation selon laquelle elle n'offrait pas un cadre général pour l'étude de la protection diplomatique. En revanche, cette distinction ne saurait être entièrement écartée dans une étude sur la règle de l'épuisement des recours internes, car elle avait occupé une large place lors de l'examen en première lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États, en particulier de l'article 22, et dans l'ensemble de la doctrine consacrée à la règle. Elle avait également des incidences sur le plan pratique lorsqu'il s'agissait de déterminer le moment où le préjudice naissait, question qui se posait à propos de la nationalité des réclamations parce que l'étranger lésé devait être un ressortissant de l'État en question au moment où le préjudice était causé.

174. En réponse à l'avis émis selon lequel il eût mieux valu développer la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes en expliquant pourquoi le droit international l'avait posée, le Rapporteur spécial a fait observer qu'il l'avait fait dans l'introduction de son premier rapport, mais que cette analyse n'avait pas été particulièrement bien accueillie par la Commission. Il remédierait à cette lacune dans le commentaire de l'article 10.

175. Le Rapporteur spécial a fait observer que les articles 12 et 13 avaient suscité force critiques et n'avaient guère recueilli l'assentiment général, qu'ils avaient été jugés trop théoriques, hors sujet, doctrinalement dualistes et déterminés à l'excès par la distinction entre procédure et fond. Il a admis que certaines des critiques émises à propos de l'article 13 étaient fondées. Par exemple, on avait fait valoir que la protection diplomatique intervenait lorsqu'il y avait eu violation du droit international, alors que l'article 13 traitait essentiellement de situations où, en droit international, il n'y avait pas encore fait internationalement illicite. Le Rapporteur spécial a noté par ailleurs que certains membres avaient souligné que l'article 13 portait essentiellement sur la question de savoir quand un fait internationalement illicite était commis et qu'à ce titre il ne relevait manifestement pas de la règle de l'épuisement des recours internes.

176. Le Rapporteur spécial a donc proposé que les articles 12 et 13 ne soient pas renvoyés au Comité de rédaction, ce qui aurait le mérite de ne pas trancher le débat sur la question de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de procédure ou une règle de fond et laisserait les membres libres d'avoir leur opinion à ce sujet.

3. Article 14

a) Futilité [art. 14 a)]²⁹⁰

i) Présentation par le Rapporteur spécial

177. En présentant l'article 14, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il proposait un article «fourre-tout» traitant des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes, qui répondait à l'idée, exprimée au sein tant de la Commission du droit international que de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, que seuls devaient être épuisés «les recours juridiques internes adéquats et efficaces». Il se rangeait volontiers à l'idée d'assortir la disposition générale relative à l'épuisement des recours internes de la condition que ceux-ci soient adéquats et efficaces, sous réserve qu'une disposition distincte soit consacrée à la question des recours internes inefficaces ou futiles. La raison principale en était que, comme il était dit à l'article 15, l'État défendeur et l'État demandeur se partageaient la charge de la preuve, le premier devant établir que des recours internes étaient disponibles, tandis qu'il incombait au second de prouver que ces recours étaient inefficaces ou futiles.

178. Proposant d'écarter le terme «inefficace» en raison de son imprécision, le Rapporteur spécial a soumis à la Commission trois critères, fondés sur la jurisprudence et la doctrine, selon lesquels déterminer ce qu'était un recours interne «inefficace». Un recours interne était

²⁹⁰ L'article 14 a) était libellé comme suit:

Article 14

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque:

- a) Les recours internes:
 - Sont manifestement futiles (option 1);
 - N'offrent aucune perspective raisonnable de succès (option 2);
 - N'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace (option 3);

...

(A/CN.4/523).

inefficace lorsqu'il était «manifestement futile», «n'offrait aucune perspective raisonnable de succès», ou «n'offrait aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace».

179. Le Rapporteur spécial a précisé que le premier critère, dit de la «futilité manifeste», qui voulait que l'inefficacité du recours interne soit immédiatement apparente, avait été critiqué aussi bien par des auteurs que par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI*²⁹¹ comme étant trop rigoureux. De même, le deuxième critère, qui exigeait seulement que le demandeur prouve que les recours internes «n'offrent aucune perspective raisonnable de succès», avait été jugé trop faible. Le troisième critère, qui combinait les deux autres, à savoir que les recours internes «n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace», semblait au Rapporteur spécial le plus approprié.

180. Expliquant sa position, le Rapporteur spécial a cité des circonstances dans lesquelles des recours internes avaient été jugés inefficaces ou futiles: incompétence en l'espèce de la juridiction interne (par exemple dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*²⁹²; impossibilité pour les tribunaux internes de ne pas appliquer la législation interne en cause, par exemple une loi portant confiscation de biens; absence notoire d'indépendance des tribunaux internes (par exemple, dans l'affaire *Robert E. Brown*²⁹³); existence d'une jurisprudence constante défavorable aux étrangers; et absence, dans l'État défendeur, d'un système adéquat de protection judiciaire.

ii) Résumé du débat

181. L'idée de renvoyer le paragraphe a) au Comité de rédaction a été généralement appuyée, avec une préférence particulière pour la troisième option, selon laquelle les recours internes ne doivent être épuisés que s'ils offrent une possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace.

²⁹¹ *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, C.I.J. Recueil 1989, p. 14.

²⁹² C.P.J.I. Recueil 1939, série A/B, n° 76, p. 4.

²⁹³ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (1923), p. 120.

182. Il a été noté que la futilité des recours internes était une question complexe en ce qu'elle impliquait un jugement subjectif et était liée à la charge de la preuve; elle posait la question de savoir si l'État de nationalité pouvait engager une action devant une juridiction internationale en faisant seulement valoir que les recours internes étaient, pour différentes raisons, futiles. Il importait d'éviter certaines interprétations extrêmes en faveur soit de l'État demandeur, soit de l'État hôte. Dès lors, pour élaborer une disposition satisfaisante, il était peut-être préférable de partir de la troisième option, qui représentait un moyen terme et réalisait un équilibre entre les points de vue.

183. Par ailleurs, on a fait observer que le critère de l'inefficacité devait être un critère objectif. Tel était le cas, par exemple, lorsque les procédures internes étaient indûment et déraisonnablement longues ou n'étaient pas susceptibles d'aboutir à une réparation efficace, ou encore si les juridictions nationales étaient totalement soumises au pouvoir exécutif.

184. Or il a été dit que, quelle que soit l'option retenue, les termes proposés laissaient subsister une large marge d'interprétation subjective, qu'il s'agisse du terme «futile» ou du terme «raisonnable». Le critère du «raisonnable» restait vague et renvoyait au problème de la charge de la preuve et, partant, à l'article 15 proposé par le Rapporteur spécial. Il a été noté toutefois que l'article 15 n'offrait aucune limite à l'arbitraire apparent du critère retenu à l'article 14. Il a en outre été souligné que, les concepts de «recours efficace» et de «retard abusif» ayant un caractère relatif, ils ne pouvaient être rapportés à aucune norme universelle. Il convenait donc de les apprécier en fonction du contexte et des circonstances de l'espèce et au regard d'autres principes également importants tels que l'égalité devant la loi, la non-discrimination et la transparence. Il a été dit également que pour qu'un particulier soit réputé avoir épuisé les recours internes, il ne suffisait pas qu'il ait saisi le juge interne compétent: encore fallait-il qu'il ait invoqué devant lui les moyens de droit pertinents.

185. Plusieurs propositions rédactionnelles ont été faites, à savoir: celle d'employer le mot «recours» au singulier dans le chapeau de l'alinéa *a*, afin d'éviter des énoncés généraux sur le point de savoir si tous les recours étaient disponibles; celle de supprimer le mot «raisonnable», qui était superflu et impliquait *a contrario* que les gens agiraient de manière déraisonnable si on ne leur disait pas expressément de se comporter de manière raisonnable; celle de viser

l'épuisement de tous les recours internes «adéquats et efficaces»; et celle d'examiner de près l'expression «possibilité raisonnable», qui dénotait une évaluation subjective de la part de l'État demandeur. On a également fait observer qu'il semblait exister un chevauchement entre l'alinéa *a* de l'article 14 et les alinéas *c*, *d*, *e* et *f*, lesquels portaient sur des situations particulières dans lesquelles il se pouvait qu'il n'y eût aucune possibilité de recours efficace.

186. La conjugaison des options 2 et 3 a également été appuyée. Selon un autre point de vue, il convenait de respecter la règle de l'épuisement des recours internes, sauf lorsque ceux-ci étaient manifestement futiles (option 1). Toutefois, il a été dit que le critère de la futilité manifeste serait trop rigoureux.

iii) Conclusions du Rapporteur spécial

187. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'au cours de la session de la Commission en 2001 et, ensuite, lors de la réunion de la Sixième Commission à la fin de la même année, on avait fait valoir que la notion d'efficacité ne devait être traitée que dans le cadre des exceptions. Il espérait que le silence de la Commission à ce sujet valait approbation de cette suggestion.

188. Il a noté que le renvoi de l'alinéa *a* de l'article 14 au Comité de rédaction avait été unanimement appuyé, et que la plupart des membres s'étaient montrés favorables à l'option 3, et quelques-uns aux options 2 et 3 conjuguées, l'option 1 ayant rencontré peu d'appui. Le Rapporteur spécial a donc proposé de renvoyer l'alinéa *a* de l'article 14 au Comité de rédaction, en le chargeant d'examiner les options 2 et 3.

b) Renonciation et estoppel [art. 14 b)]²⁹⁴

i) Présentation par le Rapporteur spécial

189. En présentant l'alinéa *b*, relatif à la renonciation et à l'estoppel, le Rapporteur spécial a fait observer que, dès lors que la règle d'épuisement des recours internes avait pour objet de protéger les intérêts de l'État défendeur, celui-ci pouvait y renoncer de lui-même. La renonciation pouvait avoir un caractère exprès ou implicite, ou elle pouvait résulter du comportement de l'État défendeur, auquel cas on pouvait dire que celui-ci était empêché par estoppel d'invoquer le non-épuisement des recours internes. Le Rapporteur spécial a fait observer en outre qu'une clause expresse de renonciation pouvait figurer dans un accord d'arbitrage spécial conclu pour régler un différend donné; elle pouvait aussi se présenter dans un traité général prévoyant que les différends éventuels seraient réglés par voie d'arbitrage. De telles clauses de renonciation étaient valables et généralement considérées comme irrévocables.

190. La question des renonciations tacites était plus délicate, comme cela ressortait de l'affaire *ELSI* dans laquelle la Cour internationale de Justice avait indiqué «qu'elle ne saurait accepter qu'un principe important du droit international coutumier [avait] été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarter soit verbalement précisée»²⁹⁵. Une telle intention devait donc être clairement attestée, et certains juristes estimaient qu'il y avait présomption de non-renonciation, même si cette présomption n'était pas irréfragable. Toutefois, lorsque l'intention de renoncer à la

²⁹⁴ L'article 14 b) était libellé comme suit:

Article 14

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque:

...

b) L'État défendeur a renoncé expressément ou implicitement à exiger que les recours internes soient épuisés ou est empêché de le faire par estoppel;

...

(A/CN.4/523)

²⁹⁵ Voir p. 42, par. 50.

règle de l'épuisement des recours internes ressortait clairement des termes de l'accord ou des circonstances de l'affaire, elle devait être respectée.

191. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il était difficile d'énoncer une règle générale permettant de déterminer l'intention tacite de renoncer à l'épuisement des recours internes, mais il a mentionné quatre exemples, cités dans son troisième rapport, dans lesquels pouvaient intervenir des considérations particulières, et qui étaient les suivants: le cas d'un traité général d'arbitrage relatif à des différends éventuels – le silence d'un tel traité n'impliquait pas renonciation; la question de savoir si le dépôt d'une déclaration en vertu de la clause facultative impliquait renonciation – la pratique des États laissait penser que cela ne pouvait être le cas (conformément à la décision rendue dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*); le cas d'un accord d'arbitrage spécial conclu après la naissance du différend et dans lequel il n'était rien précisé sur la règle de l'épuisement des recours internes – ce silence pouvait être interprété comme une renonciation parce que l'accord avait été conclu après la naissance du différend; et la situation dans laquelle un contrat conclu entre un étranger et l'État hôte écartait implicitement la règle de l'épuisement des recours internes et où l'État défendeur refusait ensuite l'arbitrage – si en l'occurrence, l'État de nationalité endossait la réclamation, la renonciation implicite pouvait aussi s'appliquer à la procédure internationale, bien qu'il n'y eût pas unanimité sur ce point. Il était donc possible de conclure qu'une renonciation implicite ne pouvait être admise d'emblée mais que, lorsqu'il était clair que l'État défendeur avait implicitement l'intention de renoncer à la règle, cette intention devait être respectée. C'est pourquoi le Rapporteur spécial proposait de maintenir à l'alinéa *b* de l'article 14 la référence à une renonciation implicite.

192. Des considérations analogues étaient applicables à l'estoppel. Si le comportement de l'État défendeur laissait penser qu'il avait renoncé à son droit de demander l'épuisement des recours internes, il pouvait être empêché par estoppel d'exiger l'application de la règle à un stade ultérieur. La possibilité d'invoquer l'estoppel dans ce cas avait été admise par une chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI* et elle était également étayée par des décisions juridictionnelles rendues dans le domaine des droits de l'homme.

193. De plus, le Rapporteur spécial a fait observer que la renonciation à la règle de l'épuisement des recours internes soulevait certains problèmes de doctrine et mettait en jeu la distinction entre procédure et fond. Si la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de procédure, rien ne s'opposait à ce qu'on puisse y renoncer. Il s'agissait simplement d'une procédure à suivre et l'État défendeur pouvait donc accepter d'y déroger. La nature du fait illicite n'en était pas affectée et le différend pouvait être tranché par un tribunal international. S'il s'agissait en revanche d'une règle de fond, l'État défendeur ne pouvait y renoncer parce que le préjudice n'existait qu'après que les recours internes avaient été épuisés et avaient abouti à un déni de justice, ou si l'absence de recours adéquats ou efficaces dans l'État défendeur avait été établie. À dire vrai, certains auteurs qui voyaient dans la règle de l'épuisement des recours internes une règle de fond parvenaient à concilier cette position avec la possibilité d'une renonciation.

ii) Résumé du débat

194. Le renvoi de l'alinéa *b* de l'article 14 au Comité de rédaction sous la forme proposée par le Rapporteur spécial a été appuyé.

195. Il a été noté que la renonciation pouvait jouer différents rôles dans le domaine de la protection diplomatique. À l'alinéa *a* de l'article 45 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, il était question de renonciation par l'État lésé, alors qu'à l'alinéa *b* de l'article 14 du projet à l'examen, il s'agissait d'une renonciation par l'État défendeur. Dans la pratique, cette renonciation concernait le plus souvent l'obligation d'épuiser les recours internes, mais elle pouvait également porter sur d'autres conditions de recevabilité des réclamations, comme la nationalité des réclamations. C'est pourquoi il était proposé de prévoir une disposition plus générale relative à la renonciation dans le domaine de la protection diplomatique, soit par l'État demandeur soit par l'État défendeur, et de prévoir aussi une disposition générale sur l'estoppel ou l'acquiescement. De plus, il a été dit que si la Commission jugeait néanmoins nécessaire de formuler une règle spéciale – plutôt que générale – sur la renonciation, il serait plus judicieux de séparer celle-ci des dispositions relatives à l'efficacité des recours internes ou à la présence d'un lien effectif entre l'individu lésé et l'État défendeur, car elles touchaient à la portée et au contenu de la règle alors que la question de la renonciation concernait surtout l'exercice de la protection diplomatique dans un cas particulier.

196. Il a aussi été dit qu'il convenait d'éviter toute confusion entre la renonciation et un éventuel accord conclu entre l'État demandeur et l'État défendeur prévoyant que l'épuisement des recours internes n'était pas obligatoire, car si un tel accord produisait le même effet, il s'agissait d'un cas de *lex specialis* ne relevant pas de la codification du droit international général.

197. On a exprimé l'avis que l'alinéa *b* de l'article 14 pourrait être encore amélioré par un examen plus attentif des questions de renonciation implicite et d'estoppel. S'agissant de la renonciation implicite, même lorsqu'elle n'était pas équivoque, elle risquait encore de prêter à confusion. On a fait observer que la renonciation était un acte unilatéral qui devait être irrévocable et ne pouvait être d'emblée présumé. Il a été noté qu'il existait peu de cas de renonciation implicite exempts d'ambiguïté. Ce point de vue était corroboré par le fait que l'un des rares traités généraux sur le règlement des différends, à savoir la Convention européenne de 1957²⁹⁶ sur le règlement pacifique des différends, contenait une disposition indiquant expressément qu'il fallait avoir épuisé les recours internes. Il a donc été proposé de retenir un libellé indiquant que l'État défendeur devait avoir renoncé expressément et sans équivoque à l'exigence d'épuisement des recours internes.

198. Inversement, il a été dit que la possibilité d'une renonciation implicite ne devait pas être écartée a priori. Il fallait mettre l'accent sur les critères de l'intention et de la clarté de celle-ci, en tenant compte de tous les éléments pertinents.

199. Des doutes ont été exprimés quant à l'opportunité d'inclure la notion d'estoppel. Non seulement il s'agissait d'une notion de *common law* qui suscitait quelque méfiance chez les juristes de droit latin, mais en outre le concept d'estoppel était couvert par celui, plus large, de renonciation implicite. On a en outre fait observer que les exemples cités par le Rapporteur spécial à propos de l'estoppel concernaient, sans exception, des affaires dans lesquelles une sentence ou un jugement avait conclu que, l'État défendeur ayant gardé le silence sur la question de l'épuisement des recours internes, il ne pouvait par la suite invoquer le non-épuisement de ces recours. De fait, il y avait un certain chevauchement entre les alinéas *b* et *f* de l'article 14.

²⁹⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 320, p. 243.

200. Certains membres, tout en acceptant le principe posé à l'alinéa *b*, avaient cependant des réserves quant à la rédaction. Selon eux, il fallait préciser que la renonciation devait être claire, même si elle était implicite, et dépourvue d'ambiguïté. De sérieux doutes ont également été exprimés à propos de l'expression «État défendeur», qui paraissait annoncer une procédure contentieuse et qui ne semblait figurer ni dans les articles déjà envoyés au Comité de rédaction ni dans les articles 12 et 13. Il était jugé préférable de s'en tenir à la terminologie employée dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

iii) Conclusions du Rapporteur spécial

201. Le Rapporteur spécial a constaté que, si les membres de la Commission avaient généralement estimé que la renonciation expresse devait constituer une exception à la règle de l'épuisement des recours internes, nombre d'entre eux étaient troublés par la notion de renonciation implicite et avaient exprimé l'avis qu'une renonciation devait être claire et dépourvue d'ambiguïté. Cela dit, même ces derniers membres n'étaient pas opposés à ce que le Comité de rédaction se penche sur la question. Le Rapporteur spécial proposait donc de renvoyer l'alinéa *b* de l'article 14 au Comité de rédaction, en recommandant à celui-ci de faire preuve de prudence à l'égard de la renonciation implicite et de traiter éventuellement l'estoppel comme une forme de renonciation implicite.

c) Lien volontaire et lien de rattachement territorial [art. 14 c) et d)]²⁹⁷

i) Présentation par le Rapporteur spécial

202. En présentant les alinéas *c* et *d* de l'article 14, le Rapporteur spécial a proposé à la Commission d'examiner ensemble ces deux alinéas, qui étaient étroitement liés. Il a fait observer que si d'aucuns étaient favorables à ces deux dispositions, on pouvait aussi faire valoir que les règles existantes permettant d'écarter l'obligation d'épuiser les recours internes pouvaient couvrir ces deux hypothèses. Il a aussi rappelé que, lorsque la Commission avait étudié la question à l'occasion de l'examen en première lecture de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États²⁹⁸, elle avait jugé inutile de prévoir de telles dispositions.

203. Dans son rapport, le Rapporteur spécial avait posé la question de savoir si la Commission devait consacrer une ou plusieurs dispositions distinctes à l'absence de lien volontaire ou de lien de rattachement territorial. Le débat sur le sujet était né en grande partie de l'affaire de l'*Incident aérien*²⁹⁹ dans laquelle il n'existait aucun lien volontaire entre les parties lésées et la Bulgarie. Dans toutes les affaires classiques où il avait été exigé que les recours internes soient épuisés, il y avait quelque lien entre l'individu lésé et l'État défendeur – présence physique volontaire, résidence, propriété d'un bien ou lien contractuel avec l'État défendeur. En outre, la nature de la protection diplomatique avait sensiblement évolué au cours des dernières années. Dans le passé,

²⁹⁷ L'article 14 c) et d) était libellé comme suit:

Article 14

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque:

...

c) Il n'y a pas de lien volontaire entre l'individu lésé et l'État défendeur;

d) Le fait internationalement illicite donnant lieu à la réclamation internationale n'a pas été commis dans la juridiction territoriale de l'État défendeur;

(A/CN.4/523).

²⁹⁸ Voir note 287 ci-dessus.

²⁹⁹ *C.I.J. Recueil 1959*, p. 146.

la protection diplomatique jouait essentiellement dans des cas où le ressortissant d'un État était parti à l'étranger et devait en principe épuiser les voies de recours internes avant d'entreprendre une action à l'échelon international. Or plus récemment était apparu le problème des dommages transfrontières à l'environnement, résultant par exemple de l'accident de Tchernobyl.

204. Le Rapporteur spécial a par ailleurs fait observer que les partisans de l'adoption d'une exception à la règle de l'épuisement des recours internes en cas d'absence de lien volontaire ou de lien de rattachement territorial soulignaient que, dans les affaires classiques, il y avait eu acceptation d'un risque par l'étranger dans la mesure où, s'étant soumis à la juridiction de l'État défendeur, il pouvait être en principe tenu d'épuiser les recours internes. Cependant, la nécessité de prévoir une règle distincte ne ressortait clairement ni de la jurisprudence ni de la pratique. Le Rapporteur spécial, pour illustrer le fait que la jurisprudence sur ce point était en grande partie ambiguë, a cité plusieurs décisions, dont celles rendues dans l'affaire *Interhandel*³⁰⁰, l'affaire *Salem*³⁰¹, l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*³⁰² et l'affaire de l'*Incident aérien*. De même, il semblait ressortir de décisions rendues dans des affaires nées d'un dommage transfrontière qu'il n'était pas nécessaire d'épuiser les recours internes. Ainsi, dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*³⁰³, l'accent n'avait pas été mis sur l'épuisement des recours internes. Toutefois, la décision rendue dans cette affaire pouvait aussi s'expliquer par le fait qu'elle concernait un dommage direct causé à l'État demandeur (les États-Unis) par l'État défendeur (le Canada) et qu'il n'était donc pas nécessaire, en l'occurrence, d'épuiser les recours internes. De l'avis du Rapporteur spécial, les partisans de l'exigence d'un lien volontaire ou d'un lien de rattachement territorial disposaient d'une argumentation solide.

205. Il convenait de noter que les partisans du critère du lien volontaire n'avaient jamais assimilé ce lien à la résidence. Si la résidence était la condition, la règle de l'épuisement des recours internes ne pourrait trouver application dans le cas de l'expropriation de biens étrangers

³⁰⁰ *C.I.J. Recueil 1959*, p. 6.

³⁰¹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1932), p. 1165.

³⁰² *C.I.J. Recueil 1957*, p. 9.

³⁰³ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (1935), p. 1905.

ou de relations contractuelles dans lesquelles l'étranger lésé n'était pas résident permanent dans l'État défendeur. Le Rapporteur spécial a en outre fait observer que souvent, s'agissant de cas où un aéronef étranger avait été accidentellement abattu, l'État responsable n'avait pas exigé que les recours internes soient d'abord épuisés. La même observation valait pour les dommages transfrontières à l'environnement. Ainsi, ni dans l'accord d'arbitrage concernant le lac Ontario (Gut Dam)³⁰⁴, dans lequel le Canada avait renoncé à cette exigence, ni dans la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux³⁰⁵, ne figurait la condition d'épuisement des recours internes.

206. Le Rapporteur spécial a indiqué que les premiers efforts de codification avaient été habituellement axés sur la responsabilité de l'État à raison de dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens d'étrangers et sur la situation classique d'une personne qui se rend dans un État étranger pour y établir sa résidence et y exercer une activité. Pendant l'examen en première lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États, la Commission s'était abstenue de prévoir une exception à la règle de l'épuisement des recours internes fondée sur l'absence de lien volontaire car elle estimait, étant donné que ni la pratique des États ni la jurisprudence n'avaient tranché cette question, qu'il valait mieux s'en remettre aux règles existantes en laissant la pratique des États se développer.

207. De l'avis du Rapporteur spécial, on pouvait envisager sérieusement d'inclure dans l'article 14 les exceptions visées aux alinéas *c* et *d*. Il paraissait peu pratique et inéquitable d'exiger d'un étranger lésé qu'il épuise les recours internes dans les quatre cas suivants: les dommages transfrontières à l'environnement causés par la pollution, par des retombées radioactives ou par des objets spatiaux artificiels; le fait d'abattre un aéronef hors du territoire de l'État défendeur ou un aéronef qui a pénétré dans son espace aérien par accident; le fait pour un soldat de l'État B de tuer un ressortissant de l'État A en poste sur le territoire de cet État; et l'enlèvement transfrontière d'un ressortissant étranger soit de son État d'origine soit d'un État tiers par des agents de l'État défendeur.

³⁰⁴ Reproduit dans *International Legal Materials*, vol. IV (1965), p. 468.

³⁰⁵ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 188.

208. La Commission devait examiner si ces exemples appelaient une règle spéciale qui les soustrairait à la règle de l'épuisement des recours internes ou si ces cas étaient déjà couverts par les règles en vigueur. Dans nombre de ces cas, on était en présence d'un préjudice direct causé à l'État demandeur par l'État défendeur. Il en était ainsi, par exemple, de la plupart des cas de dommages transfrontières à l'environnement, des cas où un aéronef était accidentellement abattu et des cas d'enlèvement transfrontière. Dès lors, le Rapporteur spécial s'en remettait à la Commission pour décider si elle souhaitait suivre la voie adoptée antérieurement dans le contexte de la responsabilité des États en laissant la pratique des États se développer à cet égard, ou si elle estimait nécessaire d'intervenir *de lege ferenda*.

ii) Résumé du débat

209. On a appuyé l'idée selon laquelle, en l'absence de lien volontaire entre l'individu lésé et l'État défendeur ou lorsque le fait de celui-ci n'avait pas eu lieu sur son territoire, il pouvait être inéquitable d'exiger du particulier qu'il épuise les recours internes, et il était justifiable, dans le cadre du développement progressif, de prévoir des exceptions à cette règle. On a en outre fait observer que cela paraissait répondre à des considérations de bon sens et d'équité.

210. Toutefois, on s'est étonné de la frilosité manifestée par le Rapporteur spécial dans son rapport étant donné que, même si la jurisprudence hésitait sur l'exigence d'un lien volontaire, la Commission pouvait s'engager dans le développement progressif du droit international si elle le souhaitait. L'avis a ainsi été émis que la Commission pourrait étudier plus directement les questions de principe sous-tendant la règle de l'épuisement des recours internes.

211. Toutefois, il a été dit que le texte des alinéas *c* et *d* de l'article 14 allait peut-être trop loin en affirmant catégoriquement que l'absence de lien volontaire et le fait que l'acte s'était produit en dehors du territoire suffisaient en eux-mêmes à exclure totalement la règle de l'épuisement des recours internes. C'est pourquoi il a été suggéré de prévoir une disposition unique admettant une dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes dans l'un et l'autre de ces deux cas lorsque les circonstances le justifiaient.

212. Selon un autre point de vue, le débat ne portait pas sur une exception à la règle mais plutôt sur la raison d'être même de celle-ci.

213. D'autres membres ont fait observer que le problème que posait la notion de lien volontaire était que ce lien renvoyait à une notion physique, s'agissant, comme au XIX^e siècle, de considérer des personnes qui se déplaçaient physiquement. Or, à l'ère de la mondialisation économique, des particuliers étaient de plus en plus à même d'influencer des économies entières sans considération de frontières. On pouvait donc aussi considérer que la règle de l'épuisement des recours internes était destinée à protéger l'État défendeur, dont les intérêts devaient être pris en considération.

214. Il a été dit que la règle de l'épuisement des recours internes ne postulait pas l'acceptation d'un risque mais était un moyen de régler des questions entre gouvernements avant qu'elles ne deviennent des problèmes internationaux. Il serait donc trompeur de mettre l'accent sur certains aspects de la règle qui tendaient à laisser croire à une acceptation de risque de la part du particulier. S'il y avait place pour la notion de «lien volontaire» dans le cadre du concept de «raisonnable» ou d'autres concepts reprenant des distinctions fondées, notamment, sur l'activité de la personne et sur la difficulté plus ou moins grande de respecter l'obligation d'épuisement des recours internes, c'était à ce titre subsidiaire qu'il convenait d'examiner la notion et non en tant que considération primaire. Dans certaines situations, par exemple, même s'il pouvait exister un lien volontaire au sens technique, exiger l'épuisement des recours internes pourrait être déraisonnable.

215. On a aussi mis en garde contre une confusion de la protection diplomatique avec des réclamations internationales de caractère général. Le concept de lien volontaire était certes utile pour expliquer pourquoi il fallait épuiser les recours internes, mais il serait faux d'en conclure qu'en l'absence d'un tel lien, la protection diplomatique ne devait pas être invoquée.

216. Des doutes ont également été exprimés quant à la pertinence des exemples cités dans le rapport du Rapporteur spécial à l'appui de l'exigence d'un lien volontaire. Il a été relevé, par exemple, que dans les cas visés au paragraphe 79 du rapport où un avion étranger avait été abattu, en général l'État responsable insistait sur le caractère accidentel de l'acte, en refusant de reconnaître une responsabilité pour fait illicite et en offrant des versements à titre gracieux pour indemniser les victimes. Selon un avis, il n'était pas non plus pertinent de citer l'exemple de la

Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, car celle-ci concernait un régime spécial.

217. L'avis exprimé par le Rapporteur spécial selon lequel il était déraisonnable d'exiger de l'étranger lésé qu'il épuise les recours internes dans des cas difficiles tels que les dommages transfrontières à l'environnement a recueilli l'appui de certains membres, mais d'autres ont fait observer que la notion de dommage transfrontière avait ses caractéristiques propres, qui ne cadraient pas nécessairement avec celles de la protection diplomatique.

218. À propos de l'exemple de Tchernobyl, il a été souligné qu'au Royaume-Uni par exemple, il aurait été exigé des demandeurs qu'ils épuisent les recours internes devant les juridictions ukrainiennes. Imposer à des groupes de gens ne disposant pas de moyens financiers importants d'épuiser les recours internes dans de telles circonstances était considéré comme abusif.

219. D'autres membres se sont demandé si des affaires comme celles de la *Fonderie de Trail*, de Tchernobyl ou d'autres incidents de dommages transfrontières et de pollution de l'environnement relevaient bien de la protection diplomatique. De telles affaires étaient habituellement traitées comme des exemples de dommage direct à l'État. Les traiter autrement risquerait d'élargir indûment la portée de la protection diplomatique. En outre, il n'était pas certain que l'accident de Tchernobyl eût constitué un fait internationalement illicite. S'il pouvait poser une question de responsabilité internationale au sens de *liability*, il n'était pas certain qu'il s'agît de *responsibility*. Il a aussi été dit qu'il serait artificiel d'assimiler les mesures alors prises par le Royaume-Uni et d'autres pays à un exercice de protection diplomatique.

220. Inversement, on a fait observer que l'accident de Tchernobyl soulevait bien des questions de responsabilité (*responsibility*) internationale, résultant d'un manquement au devoir de prévention. Il a aussi été souligné que ce qui était surtout inédit dans ce cas était le nombre de victimes; le risque d'accidents nucléaires était envisagé dans plusieurs grandes conventions multilatérales européennes qui avaient précisément pour objet de régler la question de la responsabilité civile (*liability*) en cas d'accident de ce type.

221. D'autres membres encore ont rappelé que la Commission avait inséré une disposition sur l'égalité d'accès aux procédures judiciaires ou autres dans son projet d'articles sur la prévention

des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (art. 15)³⁰⁶. Ce type de disposition, que l'on trouvait dans la plupart des traités relatifs à l'environnement, encourageait les personnes lésées qui vivaient dans d'autres pays à exercer les recours disponibles dans le pays d'origine de la pollution. Or, l'alinéa *c* de l'article 14 avait pour effet de décourager les gens d'exercer ces recours à moins qu'ils n'aient un lien de rattachement volontaire avec le pays d'origine. Il fallait donc veiller, lorsque la Commission faisait quelque chose dans le domaine du droit international général, à ne pas perdre de vue certains développements dans des domaines plus spécifiques qui risquaient de s'écarter de son objectif.

222. La Commission a envisagé différentes variantes rédactionnelles pour l'article 14 c). Il a notamment été proposé de traiter du critère du lien volontaire non pas à propos des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes, mais dans une disposition distincte, ou de l'examiner en conjonction avec l'article 14 a) ou les articles 10 et 11. D'autres membres voyaient dans l'absence de lien volontaire une condition *sine qua non* de l'exercice de la protection diplomatique, et non une exception à la règle de l'épuisement. D'autres encore préféraient l'envisager simplement comme un facteur à prendre en considération.

223. À propos de l'alinéa *d* de l'article 14, certains orateurs ont avoué leur perplexité à l'idée d'examiner la notion de «lien volontaire» en même temps que celle de «lien de rattachement territorial». Ils ne trouvaient aucun intérêt à l'alinéa *d*, qui ne semblait être qu'une des sous-hypothèses de l'hypothèse couverte à l'alinéa *c*. Ils proposaient donc d'abandonner l'alinéa *d* de l'article 14.

iii) Conclusions du Rapporteur spécial

224. Le Rapporteur spécial a constaté qu'il était difficile de tirer une conclusion claire du débat. Les membres de la Commission étaient généralement d'accord pour estimer que, quoi qu'il advînt de l'alinéa *c* de l'article 14, l'alinéa *d* en était une composante et ne justifiait pas un traitement distinct. De nombreux membres avaient émis l'avis que l'alinéa *c* énonçait un principe important, qui constituait cependant non pas tant une exception qu'une condition préalable de l'exercice de la protection diplomatique. D'autres avaient soutenu que ces notions pouvaient être

³⁰⁶ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), chap. V.E.1.

traitées dans le cadre de l'alinéa *a* en liaison avec la notion de caractère raisonnable. Plusieurs membres avaient fait valoir que les situations de dommage transfrontière impliquaient une responsabilité sans fait illicite et devraient donc être totalement exclues. L'opinion préliminaire du Rapporteur spécial était que les alinéas *c* et *d* de l'article 14 étaient inutiles parce que, dans la plupart des cas, il y aurait un préjudice direct, ce qui était couvert par l'article 11, ou un problème d'efficacité, ce qui renvoyait à l'alinéa *a* de l'article 14.

225. À la demande de la Commission, le Rapporteur spécial a, par la suite, distribué un document de travail établi à titre officieux dans lequel il résumait ses recommandations concernant le sort de l'alinéa *c* de l'article 14. Il était convaincu que l'existence d'un lien volontaire était essentiellement une des raisons d'être de la règle de l'épuisement des recours internes et que cette question ne se prêtait donc pas à la codification. À son avis, si la Commission tenait néanmoins à codifier la question du lien volontaire, elle pouvait le faire de plusieurs façons, par exemple en modifiant l'article 10 pour qu'il se lise comme suit: «Un État ne peut formuler une réclamation internationale découlant d'un préjudice causé à un de ses nationaux, personne physique ou morale, qui a un lien volontaire avec l'État responsable du préjudice avant que le national lésé ait épuisé tous les recours juridiques internes disponibles». Une autre possibilité serait de conserver la notion de lien volontaire dans le cadre d'une exception, selon ce qui était proposé à l'alinéa *c* du projet d'article 14. En cas d'objection à l'emploi de l'expression «lien volontaire», l'alinéa *c* pourrait être remplacé par le texte suivant: «c) Exiger l'épuisement des recours internes causerait de graves difficultés à l'étranger lésé [/serait manifestement déraisonnable]». Selon une autre suggestion, l'alinéa *c* serait tout simplement supprimé, comme n'étant pas souhaitable, eu égard notamment à l'évolution du droit relatif aux dommages transfrontières.

226. Le Rapporteur spécial préférait que le lien volontaire ne fasse pas l'objet d'une disposition expresse mais soit mentionné plutôt dans le commentaire de l'article 10 en tant que raison d'être traditionnelle de la règle de l'épuisement des recours internes, dans le commentaire de l'article 11 à propos des cas de préjudice direct causé à un État, cas n'exigeant pas l'épuisement des recours internes, et dans le commentaire de l'alinéa *a* de l'article 14 à propos de la question de savoir si les recours internes offraient une possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace.

227. Se référant aux situations difficiles, évoquées au paragraphe 83 de son troisième rapport, dans lesquelles il était déraisonnable d'exiger de l'étranger lésé qu'il épuise les recours internes, le Rapporteur spécial a fait observer que dans le premier cas cité, à savoir celui des dommages transfrontières à l'environnement causés par la pollution, les retombées radioactives ou des objets spatiaux artificiels, si le préjudice résultait d'un acte qui ne constituait pas un fait internationalement illicite, on n'était plus dans le contexte de la responsabilité des États dont relevait la protection diplomatique, mais dans celui de la «liability». Si le préjudice résultait d'un fait internationalement illicite, il était direct. Le Rapporteur spécial était donc d'avis qu'il n'était pas nécessaire de prévoir une disposition distincte faisant de l'existence d'un lien volontaire une condition préalable de l'application de la règle de l'épuisement des recours internes. Dans le deuxième type de situation évoqué, soit le fait d'abattre un aéronef hors du territoire de l'État défendeur ou un aéronef qui a pénétré dans son espace aérien par accident, il y avait véritablement préjudice direct, et la pratique des États montrait que, le plus souvent, l'État défendeur n'insisterait pas pour que les recours internes soient épuisés. En ce qui concerne le troisième type de situation, soit le fait pour un soldat de l'État B stationné sur le territoire de l'État A de tuer un ressortissant de cet État A, le plus souvent il existait une disposition conventionnelle internationale prévoyant la possibilité de présenter une réclamation contre l'État B. Mais, dans le cas contraire, on ne voyait pas pourquoi les ayants droit de la victime ne seraient pas tenus de demander réparation devant les tribunaux de l'État B, si ceux-ci offraient une perspective raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace. Cette situation était déjà couverte par l'alinéa *a* de l'article 14 et il n'était pas nécessaire de prévoir une disposition distincte. En ce qui concerne l'enlèvement transfrontière d'un ressortissant étranger soit de son État d'origine soit d'un État tiers par des agents de l'État défendeur, deux options étaient possibles: soit il y avait eu clairement violation de la souveraineté territoriale de l'État de nationalité de l'étranger, ce qui pouvait donner lieu à une réclamation directe de cet État contre l'État responsable, soit la partie lésée aurait peut-être la possibilité d'intenter une action en réparation devant les tribunaux de l'État défendeur et l'on ne voyait pas pourquoi elle ne le ferait pas. Si elle n'avait pas cette possibilité, on se retrouvait dans la situation couverte par l'alinéa *a* de l'article 14.

228. De l'avis du Rapporteur spécial, la Commission ne devait pas entraver le développement du droit international sur ce sujet, d'autant que la pratique des États continuait d'évoluer, surtout en matière de dommages à l'environnement. Il a suggéré de ne rien dire du lien volontaire dans le projet d'articles même, mais de l'évoquer simplement dans le commentaire à diverses occasions et de traiter cette question dans le cadre du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités non interdites par le droit international.

d) Retard abusif et refus d'accès [art. 14 e) et f)]³⁰⁷

i) Présentation par le Rapporteur spécial

229. Le Rapporteur spécial a fait observer que l'alinéa *e* de l'article 14, consacré au retard abusif, était une disposition étayée par divers travaux de codification, les instruments relatifs aux droits de l'homme et la jurisprudence, par exemple les décisions rendues dans l'affaire *El Oro Mining and Railway Co*³⁰⁸ et l'affaire *Interhandel*. Cette exception à la règle de l'épuisement des recours internes restait toutefois difficile à manier dans le cas d'affaires complexes, en particulier celles qui mettaient en jeu des personnes morales. Elle pourrait certes être jointe à l'exception visée à l'alinéa *a* mais elle méritait d'être maintenue sous forme de disposition séparée à titre

³⁰⁷ L'article 14 e) et f) était libellé comme suit:

Article 14

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque:

...

e) L'État défendeur est responsable d'un retard abusif dans l'administration d'un recours interne;

f) L'État défendeur empêche l'individu lésé d'avoir accès aux institutions qui administrent les recours internes.

(A/CN.4/523).

³⁰⁸ Commission anglo-mexicaine des réclamations, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, p. 191 (1931).

d'avertissement à l'adresse de l'État défendeur afin qu'il ne retarde pas abusivement la saisine de ses tribunaux.

230. Le Rapporteur spécial a fait observer en outre que l'alinéa *f* de l'article 14, relatif au refus d'accès, était pertinent dans l'actualité. Il n'était pas rare qu'un État défendeur refuse l'accès de ses tribunaux à un étranger lésé en alléguant que sa sécurité ne pourrait être garantie ou en refusant de lui délivrer un visa d'entrée sur son territoire.

ii) Résumé du débat

231. Un membre a jugé les alinéas *e* (retard abusif) et *f* (refus d'accès) de l'article 14 satisfaisants. D'autres ont estimé que ces deux dispositions ne constituaient pas des catégories spécifiques dans la mesure où une bonne lecture de l'alinéa *a* sous la forme proposée dans l'option 1 ou dans l'option 3 permettrait d'y englober ces deux exceptions. Il a donc été suggéré de reformuler ces deux dispositions à la lumière de la modification qui serait apportée à l'alinéa *a*. Il a également été proposé de combiner l'alinéa *e* avec l'alinéa *a*, ou du moins de le rapprocher de cette disposition.

232. Pour un autre membre, l'alinéa *a* ne rendait pas superflu l'alinéa *e*. En un sens, les cas couverts par ces deux alinéas se suivaient dans le temps: un recours interne existant qui semblait à première vue offrir «une possibilité raisonnable» dans l'optique de l'alinéa *a* pourrait s'avérer ultérieurement inutile en raison d'un retard abusif dans son administration. On a également émis l'avis que le texte devrait mentionner non pas le «retard dans l'administration d'un recours interne», mais le retard pris par le tribunal dans l'adoption d'une décision concernant un recours qui avait été exercé.

233. Tout en reconnaissant qu'une décision devait être susceptible d'aboutir «sans retard abusif», un membre a jugé néanmoins souhaitable de préciser dans le texte de l'article ce qui était abusif. Il a également été relevé que ce qui constituait un retard abusif serait une question à apprécier dans chaque cas particulier. Il a été proposé que la disposition soit reformulée comme suit: «Il n'y a pas lieu d'épuiser les recours internes lorsque le droit de l'État responsable du fait internationalement illicite n'offre à la personne lésée aucune possibilité objective d'obtenir réparation dans un délai raisonnable». Il serait ensuite précisé que «La possibilité objective

d'obtenir réparation dans un délai raisonnable devait être appréciée de bonne foi [au regard de la pratique habituellement suivie] ou [conformément aux principes généraux du droit]».

234. Inversement, les doutes ont été exprimés quant au bien-fondé de l'exception énoncée à l'alinéa *e*, étant donné qu'un retard abusif pouvait tout simplement résulter d'un engorgement du système judiciaire comme cela était souvent le cas dans les pays confrontés à un manque aigu de ressources et, en particulier, de juges qualifiés pour s'occuper des affaires portées devant les tribunaux. D'autres ne partageaient pas cet avis et ont fait observer qu'un État ne devait pas tirer bénéfice du fait que la situation de l'appareil judiciaire ait permis que l'examen d'une affaire soit inutilement retardé.

235. En ce qui concerne l'alinéa *f*, on a fait observer que si l'accès à un recours était entravé, on en conclurait qu'il n'existait pas de recours du tout. De ce fait, le libellé proposé ne correspondait pas au but recherché. La proposition du Rapporteur spécial renvoyait en fait à une situation différente, celle où un étranger se voyait refuser l'entrée sur le territoire de l'État présumé responsable ou celle où la sécurité de l'étranger serait menacée s'il entrait sur le territoire. Ces facteurs jouaient rarement un rôle décisif dans le contexte d'une action civile. Normalement, la présence physique du demandeur sur le territoire de l'État dans lequel il voulait exercer une action civile n'était pas requise. Il a été noté que dans la plupart des systèmes juridiques, il était tout à fait possible d'épuiser des recours internes par avocat ou représentant interposé.

236. Il a été proposé que l'exception soit limitée aux cas dans lesquels la présence physique semblait être une condition du succès du recours. Il a également été suggéré de faire référence, ne fût-ce que dans le commentaire, au problème qui se posait lorsque le particulier ou son avocat était dissuadé par des manœuvres d'intimidation d'exercer le recours. On s'est interrogé également sur la raison pour laquelle la disposition était limitée aux cas où c'était l'État défendeur qui refusait à l'individu lésé l'accès aux recours internes. D'autres acteurs non étatiques pourraient aussi faire obstacle à cet accès.

237. Des doutes ont été exprimés par d'autres membres, pour qui l'on pouvait considérer que l'idée exprimée dans cette disposition était déjà couverte par l'alinéa *a*. Si l'État défendeur empêchait effectivement l'étranger lésé d'avoir accès à ses tribunaux, cela signifiait que dans la

pratique il n'y avait assurément aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace. Il a donc été proposé que la question soit traitée dans le commentaire en tant qu'élément du critère plus général de l'efficacité énoncé à l'alinéa *a*.

iii) Conclusions du Rapporteur spécial

238. Le Rapporteur spécial a noté que les avis étaient partagés sur l'alinéa *e* de l'article 14 relatif au retard abusif. Certains membres y étaient opposés tandis que d'autres avaient proposé de traiter de son contenu dans le cadre de l'alinéa *a*. La majorité s'était prononcée pour son maintien en tant que disposition distincte. Le Rapporteur spécial a donc proposé de renvoyer cet alinéa au Comité de rédaction, en gardant à l'esprit la suggestion tendant à préciser clairement que le retard devait être le fait des tribunaux.

239. En ce qui concerne l'alinéa *f* de l'article 14, le Rapporteur spécial a relevé l'opposition entre les systèmes de *common law* et les systèmes de droit romano-germanique. Dans le système de *common law*, l'individu lésé pourrait être tenu de déposer en personne devant le tribunal et, s'il n'était pas autorisé à entrer sur le territoire de l'État défendeur, il ne pourrait alors présenter aucune réclamation. Le Rapporteur spécial a constaté qu'un certain appui s'était exprimé en faveur du renvoi de l'alinéa *f* au Comité de rédaction. Toutefois, la majorité des membres avaient estimé qu'il valait mieux traiter de cette question dans le cadre de l'alinéa *a*. Il a par conséquent recommandé de ne pas renvoyer l'alinéa *f* au Comité de rédaction.

4. Article 15³⁰⁹

a) Présentation par le Rapporteur spécial

240. Le Rapporteur spécial a fait observer que dans le contexte d'une instance devant une juridiction internationale, la question de la charge de la preuve consistait à déterminer ce qui devait être prouvé et quelle était la partie qui devait le prouver. Cette question était difficile à codifier, premièrement parce qu'il n'existait pas en droit international de règles détaillées du genre de celles qui existaient dans la plupart des systèmes juridiques nationaux, et deuxièmement parce que les circonstances variaient d'une affaire à l'autre et qu'il était difficile d'énoncer des règles générales applicables dans tous les cas. Le Rapporteur spécial considérait cependant qu'il s'agissait d'une question importante dans le contexte de la règle de l'épuisement des recours internes, dont l'inclusion dans le projet se justifiait.

241. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'il était généralement admis qu'il incombait à la personne qui affirmait quelque chose de le prouver. Ce principe général était énoncé au paragraphe 1 de l'article 15, mais le Rapporteur spécial, estimant qu'il ne suffisait pas, a proposé deux principes supplémentaires, posés au paragraphe 2 et concernant la charge de la preuve à

³⁰⁹ L'article 15 était libellé comme suit:

Article 15

1. En ce qui concerne l'épuisement des recours internes, les États demandeur et défendeur partagent la charge de la preuve conformément au principe qui veut que la partie qui affirme quelque chose le prouve.
2. En l'absence de circonstances particulières et sans préjudice de l'ordre dans lequel une prétention doit être prouvée:
 - a) Il incombe à l'État défendeur de prouver que la réclamation internationale est une réclamation à laquelle la règle de l'épuisement des recours internes s'applique et que les recours internes disponibles n'ont pas été épuisés;
 - b) Il incombe à l'État demandeur de prouver l'existence éventuelle de l'une des exceptions visées à l'article 14 ou de prouver que la réclamation concerne un préjudice causé directement à l'État lui-même.

l'égard de l'existence et de l'efficacité des recours internes. Il a rappelé que lors de précédentes tentatives de codification de la règle de l'épuisement des recours internes, on avait évité de formuler des dispositions sur ces points.

242. Le Rapporteur spécial a indiqué que cette question avait été examinée de façon circonstanciée par les organes chargés de suivre l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, dont la jurisprudence étayait deux postulats, à savoir: l'État défendeur devait prouver qu'il existait un recours disponible que l'État demandeur n'avait pas épuisé; et, s'il existait des recours disponibles, l'État demandeur devait prouver qu'ils étaient inefficaces ou qu'une autre exception à la règle de l'épuisement des recours internes était applicable. Le Rapporteur spécial a toutefois admis que cette jurisprudence était fortement conditionnée par les instruments en vertu desquels les organes de suivi avaient été créés et qu'il était douteux que les principes posés par ces organes puissent s'inscrire directement dans le cadre des principes généraux régissant la protection diplomatique.

243. S'agissant des décisions judiciaires et des sentences arbitrales, le Rapporteur spécial a fait observer que les principes qu'il avait esquissés trouvaient quelque appui dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*³¹⁰, l'affaire *Ambatielos*³¹¹, l'affaire *ELSI*, l'affaire relative à l'*Incident aérien*³¹² et l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*. Deux conclusions pouvaient être tirées de ces affaires: premièrement, la charge de la preuve incombait à l'État défendeur en ce qu'il devait prouver l'existence de recours internes; deuxièmement, l'État demandeur devait pour sa part prouver que si des recours existaient, ils étaient inefficaces ou qu'une autre exception s'appliquait, par exemple qu'il avait subi un préjudice direct.

³¹⁰ *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1479 (1934).

³¹¹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 120, (1956).

³¹² Affaire relative à l'*Incident aérien du 25 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*, *Exceptions préliminaires*, C.I.J. *Recueil 1959*, p. 127.

244. Parallèlement, le Rapporteur spécial a concédé qu'il était difficile d'énoncer des règles générales, car la réponse était liée aux faits de chaque espèce. Il a rappelé l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, qui mettait en jeu un faisceau de faits spécifique et dans le contexte de laquelle le juge Lauterpacht avait posé quatre principes que la doctrine avait fortement appuyés: il appartenait à l'État demandeur de prouver qu'il n'existait pas de recours efficaces dont on pût user; cette preuve n'était pas nécessaire s'il existait une loi qui, à première vue, privait les demandeurs particuliers d'un recours; dans ce cas, il incombait à l'État défendeur de démontrer que, nonobstant l'absence apparente d'un recours, l'existence de celui-ci pouvait néanmoins être raisonnablement présumée; et les exigences concernant la preuve à apporter à cet égard ne devaient pas être si strictes qu'elles rendent cette preuve déraisonnablement difficile.

245. Le Rapporteur spécial a confirmé qu'à son avis, les quatre principes énoncés par Lauterpacht découlaient des circonstances inhabituelles de l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*. À ce titre, ils ne mettaient pas à mal sa propre hypothèse selon laquelle il existait essentiellement deux règles, sur l'existence et l'efficacité des recours internes, telles qu'elles étaient énoncées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 de l'article 15.

b) Résumé du débat

246. Si certains membres de la Commission ont appuyé l'article 15, une vive opposition s'est aussi manifestée quant à l'inclusion de cet article relatif à la charge de la preuve dans le projet. Il était douteux que des règles de preuve doivent être comprises dans le champ du sujet. De plus, les règles coutumières en la matière, si elles existaient, étaient difficiles à établir. Mention a été faite des différences existant entre la *common law* et le droit romano-germanique s'agissant de questions liées à la charge de la preuve. De même, il a été noté que les règles de la preuve variaient considérablement, en fonction de la nature de la procédure internationale. En outre, il a été fait observer que, vu les conditions liées traditionnellement à la charge de la preuve, il semblait improbable qu'un organe judiciaire ou autre quelconque puisse s'estimer tenu par ce qui était une disposition supplémentaire extrêmement complexe.

247. Il a été observé que l'État défendeur était mieux à même que les juges ou le demandeur d'apporter la preuve de l'existence de recours. De son côté, l'État de nationalité était mieux à même de prouver la nationalité de l'individu. La charge de la preuve appartenait, dans ce cas,

à l'État demandeur. Le fait que l'État soit demandeur ou défendeur semblait donc moins important que l'existence d'éléments de preuve.

248. De plus, des doutes ont été émis quant à la pertinence de la jurisprudence relative aux droits de l'homme – développée sur la base de dispositions conventionnelles spécifiques dans le cadre d'un système procédural donné – pour délimiter la charge de la preuve en droit international général. D'ailleurs, le même organe conventionnel pouvait avoir en la matière des règles différentes pour chacune des étapes de la procédure. L'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme a été cité à cet égard. La règle proposée par le Rapporteur spécial était séduisante par sa simplicité mais, dans la pratique, le problème serait assurément beaucoup plus complexe. Il a été noté aussi qu'il serait difficile de parvenir à un accord sur l'objet même de l'article 15.

249. L'avis a été émis que mieux vaudrait renvoyer la question de la charge de la preuve aux règles de procédure ou au compromis dans le cas d'une affaire soumise à une juridiction internationale, et au droit de l'État en cas de saisine de tribunaux nationaux. Il a été proposé aussi de faire état dans le commentaire de la question de la charge de la preuve.

250. À propos du paragraphe 1, l'avis a été exprimé qu'il n'y avait guère d'intérêt à énoncer, sous forme de principe général, que la partie qui affirmait quelque chose devait le prouver. Ce qui importait, ce n'était pas l'allégation faite, mais l'intérêt que la partie considérée pouvait avoir à établir un certain fait qui semblait pertinent. À l'inverse, il a été dit que le paragraphe 1 était utile et devait figurer dans le projet.

251. À propos du paragraphe 2, l'avis a été exprimé que la distinction faite entre l'existence d'un recours, qui devrait être prouvée par l'État défendeur, et son inefficacité, qui devrait être prouvée par l'État demandeur, était artificielle. Les recours qui n'avaient aucune chance d'aboutir, c'est-à-dire les recours inefficaces, n'avaient pas à être épuisés. De ce fait, l'État défendeur devait faire plus qu'établir l'existence d'un recours: il devait aussi prouver que le recours avait une chance raisonnable d'aboutir. Ce qui était en jeu, c'était l'efficacité d'un recours en l'absence de jurisprudence pertinente au moment où le préjudice était causé. Selon un autre point de vue, le problème n'était qu'un problème de formulation, qui ressortissait au Comité de rédaction.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

252. Le Rapporteur spécial a relevé que certains membres avaient jugé l'article 15 inoffensif et d'autres trop complexe, mais que la grande majorité s'était prononcée contre son inclusion dans le projet d'articles. Il ne pouvait donc recommander que l'article soit renvoyé au Comité de rédaction.

5. Article 16³¹³

a) Présentation par le Rapporteur spécial

253. Présentant l'article 16, le Rapporteur spécial a déclaré que la clause Calvo faisait partie intégrante de l'histoire et de l'évolution de la règle de l'épuisement des recours internes et demeurait pertinente. Il a expliqué que la clause Calvo était une disposition contractuelle par

³¹³ L'article 16 était ainsi libellé:

Article 16

1. Toute stipulation d'un contrat conclu entre un étranger et l'État dans lequel il exerce ses activités selon laquelle:

- a) l'étranger se satisfera des recours internes; ou
- b) aucun différend né du contrat ne sera réglé par voie de réclamation internationale; ou
- c) aux fins du contrat, l'étranger sera considéré comme un national de l'État contractant,

vaut, au regard du droit international, renonciation valable au droit de l'étranger d'invoquer la protection diplomatique à raison du contrat. Cependant, une telle stipulation n'affecte en rien le droit de l'État de nationalité de l'étranger d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de cette personne lorsque celle-ci est lésée par un fait internationalement illicite attribuable à l'État contractant ou lorsque le préjudice qu'elle a subi concerne directement son État de nationalité.

2. Toute stipulation contractuelle visée au paragraphe 1 est interprétée comme une présomption en faveur de l'épuisement des recours internes avant le recours à une procédure internationale de règlement judiciaire.

(A/CN.4/523/Add.1)

laquelle une personne liée de son fait avec un État dont elle n'était pas ressortissante acceptait de renoncer à demander la protection diplomatique de son État de nationalité et de s'en remettre exclusivement aux recours internes en ce qui concernait l'exécution du contrat.

254. Depuis qu'elle existait, la clause Calvo faisait l'objet de controverses. Les États latino-américains la considéraient comme une règle du droit international général, et comme une règle régionale du droit international, et nombre d'entre eux, notamment le Mexique, en avaient inscrit le principe dans leur constitution. D'autres États, en revanche, la jugeaient contraire au droit international, au motif qu'elle allait à l'encontre de la fiction de Vattel, selon laquelle un préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État lui-même, et seul l'État peut renoncer au droit de protection diplomatique.

255. La principale jurisprudence en la matière était la décision rendue en 1926 par la Commission des réclamations États-Unis/Mexique dans l'affaire de la *North American Dredging Company*³¹⁴, qui établissait que la clause Calvo était compatible avec le droit international en général et le droit de la protection diplomatique en particulier, encore que cette décision eût été très critiquée par certains juristes.

256. Toutefois, on débattait encore de son objet et de sa portée, et le Rapporteur spécial a recensé plusieurs considérations qui s'étaient dégagées de ce débat. Tout d'abord, la validité de la clause Calvo était limitée dans la mesure où elle ne faisait pas totalement obstacle à l'intervention diplomatique. Elle ne jouait que dans le cas de litiges nés d'un contrat la contenant conclu entre un étranger et l'État d'accueil, et non en cas de violation du droit international. Deuxièmement, la clause Calvo confirmait l'importance de la règle de l'épuisement des recours internes. Selon certains auteurs, elle ne faisait rien d'autre que réaffirmer cette règle, mais pour la plupart elle allait au-delà. Troisièmement, le droit international ne faisait pas obstacle au droit de l'étranger de renoncer par convention à sa faculté ou son droit propres de demander à son État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique en sa faveur. Quatrièmement, un étranger ne pouvait au moyen de la clause Calvo renoncer à des droits que le droit international attribuait à son gouvernement. Cinquièmement, la renonciation que constituait la clause Calvo ne

³¹⁴ *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 26 (1926).

s'appliquait qu'aux litiges nés d'un contrat, ou de la rupture d'un contrat qui ne constituait pas, de toute façon, une violation du droit international; en particulier, elle ne s'appliquait pas en cas de déni de justice.

257. Le Rapporteur spécial a en outre fait observer que la clause Calvo était née de la crainte ressentie par les États d'Amérique latine de voir les États européens et les États-Unis d'Amérique intervenir dans leurs affaires intérieures sous prétexte de protection diplomatique. Les États exportateurs de capitaux, quant à eux, craignaient que leurs nationaux ne bénéficient pas d'une procédure équitable dans les pays dont ils considéraient les structures judiciaires comme insuffisantes. Depuis lors, la situation avait changé. La clause Calvo n'en demeurait pas moins un élément important de la conception latino-américaine du droit international, et cette doctrine influençait l'attitude de pays en développement africains ou asiatiques qui redoutaient les interventions d'États puissants dans leurs affaires intérieures.

258. De plus, la doctrine Calvo, déjà reflétée dans la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1962, relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, était reprise dans la Charte des droits et des devoirs économiques des États, qui figurait dans la résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1974 et qui prévoyait que les différends concernant l'indemnisation consécutive à l'expropriation de biens étrangers devaient être réglés conformément à la législation interne de l'État qui prenait les mesures de nationalisation. L'influence de la doctrine Calvo apparaissait également dans la décision 24 du Pacte andin. Par contre, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), qui autorisait les investisseurs étrangers à recourir à l'arbitrage international sans avoir d'abord épuisé les recours internes, s'écartait selon certains de la doctrine Calvo.

259. Deux options s'offraient à la Commission: soit renoncer à élaborer une disposition sur le sujet au motif qu'elle serait superflue si l'on considérait que la clause Calvo ne faisait que réaffirmer la règle de l'épuisement des recours internes, soit élaborer une disposition limitant la validité de la clause Calvo aux différends nés d'un contrat contenant la clause, sans préjudice du droit de l'État de nationalité de l'étranger d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de ce dernier lorsqu'il avait été lésé par un fait internationalement illicite imputable à l'État partie au contrat. Le paragraphe 2 disposait qu'une telle clause constituait une présomption en

faveur de la nécessité d'épuiser les recours internes avant tout règlement judiciaire international, et ce même s'il existait un compromis prévoyant une dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes.

b) Résumé du débat

260. Le Rapporteur spécial a été félicité pour son étude approfondie de l'histoire de la doctrine Calvo et pour la manière dont il avait abordé les questions que soulevait la clause Calvo en droit international. Différentes opinions se sont exprimées quant à l'inclusion d'une disposition sur la clause Calvo dans le projet d'articles.

261. Selon certains, l'article 16 devait, moyennant quelques améliorations de forme, être conservé comme complément de l'article 10. En tant que règle codifiée, il préciserait les limites des relations contractuelles entre un État et un étranger, en particulier en garantissant les droits de l'État de nationalité en vertu du droit international. On a aussi émis l'avis que l'article proposé ne traitait pas de la clause Calvo au sens classique de l'expression, mais d'une simple obligation d'épuisement des recours internes dans des circonstances particulières. On a dit que la disposition mettait utilement l'accent sur la règle de l'épuisement des recours internes. De fait, selon un membre, la codification de la règle de l'épuisement des recours internes serait incomplète sans une reconnaissance de la clause Calvo.

262. Selon une autre opinion, la valeur de la clause Calvo n'était pas seulement historique et symbolique, et elle demeurait importante dans le monde moderne car elle avait des implications internationales qui dépassaient de beaucoup celles des stipulations contractuelles en droit interne. De plus, bien que le recours à la clause Calvo eût été largement limité à l'Amérique latine, les problèmes qu'elle visait à résoudre avaient une dimension mondiale et pas seulement régionale. Ainsi, en incluant la disposition, la Commission codifierait une règle coutumière régionale qui pouvait légitimement être élevée au rang de règle universelle.

263. Selon un autre membre, la clause Calvo n'était pas contraire au droit international en raison de deux principes importants, à savoir l'égalité souveraine des États, qui postulait un devoir de non-intervention, et l'égalité de traitement des nationaux et étrangers. On a aussi noté que l'article 16 ne visait pas à codifier la clause Calvo en tant que telle mais posait des

limites à son application dans les relations internationales. Il précisait également la relation entre les droits de l'individu et ceux de l'État dans ce domaine, à savoir qu'un étranger, personne physique ou morale, avait le droit de rechercher, et l'État le droit d'exercer, la protection diplomatique.

264. D'autres membres se sont déclarés contre l'inclusion de la disposition dans le projet d'articles sur la protection diplomatique et préféreraient qu'elle soit supprimée. Selon une opinion, l'article 16 était étranger au Statut de la Commission, notamment à l'article 15 de celui-ci: la clause Calvo n'était pas une règle de droit et ne se prêtait donc pas à codification. Elle n'était qu'un procédé technique de rédaction des contrats.

265. On a fait observer que le national de l'État ne pouvait se substituer à l'État, car ce n'était pas ses propres droits qui étaient en cause mais ceux de l'État. Un étranger ne pouvait renoncer à un droit qui n'était pas le sien. Ainsi, l'importance juridique de la renonciation prévue au paragraphe 1 était incertaine puisque la demande de l'étranger n'était pas une condition préalable de l'exercice de la protection diplomatique. L'étranger pouvait toutefois s'engager d'abord à s'en remettre exclusivement aux lois du pays d'accueil et ensuite à ne pas rechercher la protection diplomatique de son État d'origine. Ce qu'il ne pouvait pas faire, c'était garantir que son État national n'interviendrait pas pour faire respecter son droit de voir le droit international respecté en la personne de son ressortissant. La question n'était donc pas de savoir si la clause Calvo était valide ou non en droit international. Elle n'était ni interdite par ce droit ni tenue pour licite. Il y aurait rupture de contrat mais non violation du droit international, ni de la part de l'étranger ni de celle de l'État de nationalité, si l'étranger sollicitait la protection diplomatique de cet État.

266. Certains ont également déclaré que si la clause Calvo avait une importance historique, en pratique, elle était de moins en moins utilisée. En outre, le contexte international était différent de celui dans lequel la clause Calvo avait été formulée un siècle plus tôt.

Les préoccupations qui sous-tendaient la doctrine Calvo avaient dans une large mesure été dissipées par l'évolution intervenue durant la deuxième moitié du XX^e siècle, y compris l'adoption de plusieurs textes internationaux importants visés dans le rapport du Rapporteur spécial. De même, dans le monde contemporain, le comportement des États était profondément

influencé, sinon conditionné, par des normes communes imposées par le droit international des droits de l'homme. En outre, les gouvernements attachaient de l'importance à l'entreprise privée et la reconnaissaient, ce qui permettait aux investissements privés étrangers de jouir d'un environnement juridique sûr. Il était par exemple plus courant que les États concluent des accords d'investissement prévoyant le recours direct à l'arbitrage international en cas de différend.

267. Une opposition s'est en outre manifestée contre l'inclusion du paragraphe 2. On a dit qu'il contredisait la règle de l'épuisement des recours internes. L'existence de la clause Calvo n'était pas nécessaire pour créer une présomption en faveur de l'épuisement des recours internes. Cette présomption existait indépendamment de toute clause contractuelle.

268. La Commission a en outre examiné une proposition tendant à ce que soit rédigée une disposition générale concernant la renonciation, tant de la part de l'État de nationalité que de la part de l'État d'accueil. Toutefois, cette proposition s'est heurtée à une opposition au motif qu'elle n'avait pas été exhaustivement examinée en plénière.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

269. Le Rapporteur spécial a noté que les membres de la Commission étaient assez également divisés sur le point de savoir s'il fallait ou non inclure l'article 16. Il lui semblait que ceux qui pensaient que la clause Calvo ne relevait pas de la compétence de la Commission étaient néanmoins convaincus de son importance dans l'histoire et le développement de la protection diplomatique. De ce fait, l'inclusion de l'article 16, qui correspondait à la clause Calvo, pouvait être acceptable. Le Rapporteur spécial avait été impressionné par les arguments exprimés de part et d'autre et avait noté que l'on trouvait des représentants de tous les groupes régionaux dans les deux camps.

270. Il a relevé que le paragraphe 2 de l'article 16 avait recueilli très peu d'appui, si ce n'est pour en faire figurer la teneur dans le commentaire de l'article 14 b).

271. La question à laquelle était confrontée la Commission était donc de savoir si elle allait renvoyer le paragraphe 1 de l'article 16 au Comité de rédaction, avec les modifications

importantes proposées durant le débat, ou ne pas faire figurer cette disposition dans le projet d'articles. Dans ce dernier cas, il faudrait traiter exhaustivement du sujet dans le commentaire de l'article 10 et celui de l'article 14 b).

272. Le Rapporteur spécial a fait en outre observer qu'il ne serait pas approprié de rédiger une clause générale de renonciation comme cela avait été proposé avant que la plénière n'examine une telle disposition.

273. Étant donné la division presque égale des membres de la Commission, il était difficile pour le Rapporteur spécial de faire une recommandation quant à la marche à suivre. Toutefois, l'un dans l'autre, il recommandait que la Commission renvoie le paragraphe 1 de l'article 16 au Comité de rédaction sous réserve des modifications rédactionnelles proposées durant le débat. La Commission a par la suite décidé de ne pas renvoyer l'article 16 au Comité de rédaction.

6. Dénier de justice

a) Présentation par le Rapporteur spécial

274. Le Rapporteur spécial a fait observer que la notion de «dénier de justice», qui était inextricablement liée à de nombreux aspects de la règle de l'épuisement des recours internes, y compris la question de l'inefficacité, pouvait de ce fait être considérée comme ayant un caractère secondaire. Il se proposait d'étudier la place à donner au dénier de justice dans le projet d'articles dans un additif à son troisième rapport, et invitait les membres de la Commission à présenter leurs observations sur le sujet.

b) Résumé du débat

275. Pour un membre, la notion de «dénier de justice» n'était qu'une des manifestations de la règle plus générale selon laquelle les recours internes devaient être considérés comme épuisés s'ils avaient échoué ou étaient voués à l'échec. Cette notion étant traitée aux alinéas *a*, *e* et *f* de l'article 14, il n'était pas nécessaire d'y consacrer une disposition spécifique et ce point pourrait être souligné dans le commentaire. On a dit aussi qu'il pourrait être très difficile d'entreprendre l'examen de la question du dénier de justice qui, à proprement parler, ne relevait pas de la protection diplomatique.

276. Pour d'autres membres, il serait difficile de faire abstraction de la question du déni de justice, qui pouvait être une des situations donnant lieu à l'exercice de la protection diplomatique, et il convenait donc de l'aborder dans l'étude.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

277. Le Rapporteur spécial a dit que le débat avait montré que la majorité des membres étaient hostiles à l'inclusion de la question du déni de justice dans l'étude ou, au mieux, neutres à cet égard. Plusieurs membres ont souligné qu'il s'agissait d'une règle primaire, d'autres faisant observer que le déni de justice se produisait dans un certain nombre de contextes procéduraux et qu'il s'agissait donc d'une forme de règle secondaire.

278. Le Rapporteur spécial a fait observer que le contenu de la notion de déni de justice était incertain. Au début du XX^e siècle, cette notion impliquait un refus de l'accès aux tribunaux; les juristes latino-américains y faisaient figurer la partialité de la justice et les retards dans la justice, tandis que pour d'autres le déni de justice n'était pas limité à l'action ou l'inaction judiciaire et comprenait des violations du droit international par l'exécutif et le parlement. Selon la doctrine contemporaine, le déni de justice était limité aux actes de la justice ou à la procédure judiciaire, soit que cette dernière fût inadéquate ou que les décisions de justice fussent injustes. Toutefois, on en parlait de moins en moins dans la jurisprudence et il avait été remplacé dans une large mesure par les normes de justice énoncées dans des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, en particulier l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques³¹⁵.

279. L'opinion majoritaire au sein de la Commission étant que cette notion ne relevait pas de l'étude, le Rapporteur spécial a renoncé à préparer un additif sur la question.

³¹⁵ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171.

**C. Textes des articles 1^{er} à 7 du projet d'articles sur la protection diplomatique
adoptés à titre provisoire par la Commission**

1. Texte des articles

280. Le texte des articles 1^{er} à 7 adoptés par la Commission à sa cinquante-quatrième session est reproduit ci-après.

PROTECTION DIPLOMATIQUE

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier

Définition et champ d'application

1. La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'un de ses nationaux à raison d'un préjudice subi par ce dernier découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État.
2. La protection diplomatique peut être exercée à l'égard d'un non-national conformément à l'article 7 [8]³¹⁶.

Article 2 [3]³¹⁷

Droit d'exercer la protection diplomatique

Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément aux présents articles.

³¹⁶ Ce paragraphe sera revu si d'autres exceptions sont prévues dans le projet d'articles.

³¹⁷ Les numéros entre crochets correspondent à la numérotation des articles proposée par le Rapporteur spécial.

DEUXIÈME PARTIE

PERSONNES PHYSIQUES

Article 3 [5]³¹⁸

État de la nationalité

1. L'État en droit d'exercer la protection diplomatique est l'État de la nationalité.
2. Aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, l'État de la nationalité est l'État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, par son ascendance, par succession d'État, par naturalisation ou de toute autre manière non contraire au droit international.

Article 4 [9]

Continuité de la nationalité

1. Un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité au moment où le dommage a été causé et a cette nationalité à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.
2. Nonobstant le paragraphe 1, un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée mais qui n'avait pas cette nationalité au moment où le dommage a été causé, pour autant que la personne lésée a perdu sa première nationalité et qu'elle a acquis, pour une raison sans rapport avec le dépôt de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.
3. Le nouvel État de nationalité n'exerce pas la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État de nationalité antérieur de cette personne à raison d'un dommage subi alors que celle-ci était ressortissante de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.

³¹⁸ L'article 3 sera revu lorsque la Commission examinera la question de la protection diplomatique des personnes morales.

Article 5 [7]

Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers

1. Tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à l'encontre d'un État dont elle n'a pas la nationalité.
2. Deux ou plusieurs États de nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique à l'égard d'une personne ayant une double ou multiple nationalité.

Article 6

Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité

Un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne est également un national, à moins que la nationalité prédominante de celui-ci soit celle du premier État en question tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

Article 7 [8]

Apatrides et réfugiés

1. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne apatride si celle-ci, au moment où le dommage a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.
2. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne à laquelle il reconnaît la qualité de réfugié si cette personne, au moment où le dommage a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.
3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas dans le cas d'un dommage dû à un fait internationalement illicite commis par l'État de la nationalité du réfugié.

2. Texte des articles et commentaires y relatifs

281. Le texte des articles 1 à 7 et les commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-quatrième session sont reproduits ci-après.

PROTECTION DIPLOMATIQUE

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier

Définition et champ d'application

1. La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'un de ses nationaux à raison d'un préjudice subi par ce dernier découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État.

2. La protection diplomatique peut être exercée à l'égard d'un non-national conformément à l'article 7 [8]³¹⁹.

Commentaire

1) L'article premier définit la protection diplomatique en décrivant ses principaux éléments et indique dans le même temps le champ d'application de ce mécanisme permettant de protéger les nationaux ayant subi un préjudice à l'étranger.

2) Selon le droit international, un État est responsable du préjudice causé à un étranger par son fait ou son omission illicite. La protection diplomatique est la procédure employée par l'État de la nationalité de la personne lésée pour protéger cette personne et obtenir réparation du préjudice causé par le fait internationalement illicite. Le présent projet d'articles ne concerne que les règles régissant les circonstances dans lesquelles la protection diplomatique peut être exercée et les conditions qui doivent être réunies pour qu'elle puisse l'être. Il ne vise pas à définir ni à décrire les faits internationalement illicites qui engagent la responsabilité de l'État pour le préjudice causé à un étranger. Le projet d'articles, comme celui relatif à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³²⁰, maintient la distinction entre règles primaires et règles secondaires et ne traite que de ces dernières.

³¹⁹ Ce paragraphe sera revu si d'autres exceptions sont prévues dans le projet d'articles.

³²⁰ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, p. 60.

3) Le paragraphe 1 indique clairement que le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État. En l'exerçant, l'État prend fait et cause, en son nom propre, pour son national lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État. Cette formulation reprend les termes employés par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'*Interhandel*, dans laquelle elle avait déclaré que l'État demandeur «prend fait et cause pour son ressortissant»³²¹ dont des droits avaient été violés. L'intérêt juridique de l'État qui exerce sa protection diplomatique découle du préjudice résultant pour un de ses nationaux du fait illicite d'un autre État.

4) Le plus souvent, c'est le lien de la nationalité entre l'État et la personne lésée qui donne lieu à l'exercice de la protection diplomatique, question qui est traitée à l'article 3. Le mot «nationaux» figurant dans cet article vise à la fois les personnes physiques et les personnes morales. Ultérieurement, une distinction sera opérée dans le projet d'articles entre les règles régissant les personnes physiques et celles régissant les personnes morales et, si nécessaire, les deux notions seront envisagées séparément.

5) La protection diplomatique doit être exercée par des moyens licites et pacifiques. Plusieurs décisions judiciaires font une distinction entre «l'action diplomatique» et «l'action judiciaire» s'agissant de l'action que peut mener un État qui recourt à la protection diplomatique³²². L'article premier conserve cette distinction mais va plus loin que la seule action judiciaire en l'englobant sous l'expression «d'autres moyens de règlement pacifique». L'«action diplomatique» s'entend de toutes les procédures licites employées par les États pour s'informer mutuellement de leurs vues et préoccupations, y compris la protestation, la demande d'enquête et les négociations visant à régler les différends. L'expression «autres moyens de règlement pacifique» englobe toutes les formes licites de règlements des différends, qui vont de la négociation, la médiation et la conciliation à l'arbitrage et au règlement judiciaire. L'emploi de la force, prohibé par le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, est interdit dans l'exercice de la protection diplomatique.

³²¹ *C.I.J. Recueil 1956*, p. 27.

³²² Affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *C.P.J.I. Recueil*, série A/B, n° 76, p. 16; affaire *Nottebohm*, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 24.

6) Le paragraphe 1 de l'article premier fait bien ressortir que le projet d'articles traite uniquement de l'exercice de la protection diplomatique par un État et non de la protection accordée par les organisations internationales à leurs fonctionnaires, protection reconnue par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif en l'affaire *Réparation des dommages*³²³. La protection fonctionnelle³²⁴ en est nettement différente en ce qu'elle repose sur la fonction de l'organisation et sur le statut de ses agents³²⁵.

7) La protection diplomatique s'entend de la protection des nationaux qui ne se livrent pas à des activités internationales officielles pour le compte de l'État. Les diplomates et les consuls sont protégés par d'autres règles et instruments de droit international, notamment la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques³²⁶ et la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires³²⁷.

8) Le paragraphe 2 reconnaît que dans certaines circonstances la protection diplomatique peut être exercée au profit de non-nationaux. L'article 7 prévoit une telle protection dans le cas des apatrides et des réfugiés. La note de bas de page relative au paragraphe 2 indique que la Commission pourra retenir d'autres exceptions à un stade ultérieur de ses travaux.

Article 2 [3]

Droit d'exercer la protection diplomatique

Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément aux présents articles.

Commentaire

1) L'article 2 souligne que le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État. Il consacre la notion vattélienne selon laquelle un préjudice causé à un national est un préjudice

³²³ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174.

³²⁴ *Ibid.*, p. 185.

³²⁵ *Ibid.*, p. 180 et 186.

³²⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95.

³²⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, p. 261.

indirect causé à l'État³²⁸. Cette opinion a été reprise avec plus de prudence par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis* en Palestine:

«En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international.»³²⁹.

Cette opinion est fréquemment critiquée comme étant une fiction difficile à concilier avec les réalités de la protection diplomatique, qui exige que la nationalité ait été continue pour qu'une réclamation diplomatique puisse être présentée³³⁰, que les recours internes aient été épuisés par le national lésé et que les dommages aient été évalués et correspondent à la perte subie par l'individu. Néanmoins, le «principe Mavrommatis» ou la «fiction vattélienne», puisque c'est ainsi que l'on désigne l'idée qu'un préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État, demeure la pierre angulaire de la protection diplomatique³³¹.

2) Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux. Il n'a ni devoir ni obligation de le faire. Le droit interne d'un État peut l'obliger à exercer sa protection diplomatique au profit de ses nationaux³³², le droit international n'impose pas une telle obligation. Cela a été clairement énoncé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*:

«[...] dans les limites fixées par le droit international, un État peut exercer sa protection diplomatique par les moyens et dans la mesure qu'il juge appropriés, car c'est son droit

³²⁸ Dans *Le droit des gens* (1758), Emmerich de Vattel écrivait: «Quiconque traite mal un citoyen porte indirectement préjudice à l'État, qui doit protéger ce citoyen» (chap. VI, p. 136).

³²⁹ *C.P.J.I. Recueil 1924*, série A, n° 2, p. 12.

³³⁰ Voir art. 4.

³³¹ Pour un examen de cette notion et les critiques la concernant, voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique, A/CN.4/506, par. 61 à 74.

³³² Pour un examen des droits internes sur le sujet, voir *ibid.*, par. 80 à 87.

propre qu'il fait valoir. Si les personnes physiques ou morales pour le compte de qui il agit estiment que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles demeurent sans recours en droit international. En vue de défendre leur cause et d'obtenir justice, elles ne peuvent que faire appel au droit interne, si celui-ci leur en offre les moyens [...]. L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce.»³³³.

Une proposition visant à mettre à la charge de l'État de la nationalité une obligation limitée de protection a été rejetée par la Commission, qui a estimé que même le développement progressif du droit ne l'autorisait pas à aller aussi loin³³⁴.

3) Le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique ne peut être mis en œuvre que dans le cadre des paramètres définis dans les présents articles.

DEUXIÈME PARTIE

PERSONNES PHYSIQUES

Article 3 [5]³³⁵

État de la nationalité

1. L'État en droit d'exercer la protection diplomatique est l'État de la nationalité.
2. Aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, l'État de la nationalité est l'État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, par son ascendance, par succession d'États, par naturalisation ou de toute autre manière non contraire au droit international.

³³³ *C.I.J. Recueil 1970*, p. 44.

³³⁴ Voir art. 4 figurant dans le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique, A/CN.4/506. Pour le débat à la Commission, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, par. 447 à 456.

³³⁵ L'article 3 sera revu lorsque la Commission examinera la question de la protection diplomatique des personnes morales.

Commentaire

1) Si l'article 2 énonce le droit discrétionnaire de l'État d'exercer sa protection diplomatique, l'article 3 pose le principe selon lequel c'est l'État de la nationalité de la personne lésée qui a le droit, mais n'est pas tenu, d'exercer la protection diplomatique au bénéfice de cette personne. Dans cet article, l'accent est mis sur le lien de nationalité entre l'État et l'individu, lien qui habilite l'État à exercer sa protection diplomatique. C'est ce qu'énonce le paragraphe 1.

2) Le paragraphe 2 définit l'État de la nationalité aux fins de la protection diplomatique. Cette définition repose sur deux principes: premièrement, il appartient à l'État de la nationalité de déterminer, en fonction de son droit interne, qui sont ses nationaux; deuxièmement, le droit international impose des limites à l'octroi de la nationalité. Le paragraphe 2 contient aussi une liste non exhaustive des facteurs de rattachement qui constituent généralement un fondement valide pour l'octroi de la nationalité.

3) Le principe selon lequel c'est à chaque État qu'il appartient de décider qui sont ses nationaux est étayé par la jurisprudence et la pratique conventionnelle. En 1923, la Cour permanente de Justice internationale déclarait, dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*:

«dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, ... comprises dans le domaine réservé»³³⁶.

Ce principe a été confirmé par l'article premier de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois en matière de nationalité:

«Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux»³³⁷.

Plus récemment, il a été consacré dans la Convention européenne de 1997 sur la nationalité³³⁸.

³³⁶ *C.P.J.I. Recueil 1923*, série B, n° 4, p. 24.

³³⁷ Société des Nations, *Recueil des Traités*, p. 89.

³³⁸ Traités européens, n° 166, art. 3.

- 4) La liste de facteurs de rattachement aux fins de l'octroi de la nationalité qui figure au paragraphe 2 a valeur d'illustration et n'est pas exhaustive. Elle contient néanmoins les facteurs de rattachement les plus communément retenus par les États pour octroyer leur nationalité: la naissance (*jus soli*), l'ascendance (*jus sanguinis*) et la naturalisation. Le mariage à un national ne figure pas dans cette liste, car dans la plupart des cas le mariage ne suffit pas en lui-même à conférer la nationalité: il faut en plus une courte période de résidence, à l'issue de laquelle la nationalité est conférée par naturalisation. Lorsque le mariage à un national emporte automatiquement acquisition par un conjoint de la nationalité de l'autre, des problèmes peuvent se poser quant à la conformité d'une telle acquisition de nationalité au droit international³³⁹. Une personne peut aussi acquérir la nationalité à l'issue d'une succession d'États conformément aux principes énoncés dans le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États adopté par la Commission³⁴⁰.
- 5) Les facteurs de rattachement énumérés au paragraphe 2 sont ceux qui sont le plus fréquemment retenus par les États développés pour établir la nationalité. Dans certains pays en développement, où les registres des naissances ne sont pas clairs, il peut être difficile de prouver la nationalité. Dans de tels cas, la résidence pourrait être une preuve de la nationalité bien qu'elle ne puisse constituer une base pour la nationalité elle-même. Un État peut toutefois conférer la nationalité aux personnes ainsi concernées en les naturalisant.
- 6) Le paragraphe 2, n'exige pas de l'État qu'il prouve l'existence d'un lien effectif entre lui et son national, comme le faisait l'arrêt *Nottebohm*³⁴¹, comme facteur additionnel aux fins de

³³⁹ L'article 9 1) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, p. 13) interdit l'acquisition de la nationalité dans de telles circonstances. Voir par. 7) ci-après.

³⁴⁰ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, par. 47.

³⁴¹ Dans cette affaire, la Cour internationale de Justice a déclaré: «Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la

l'exercice de la protection diplomatique, même lorsque le national n'a qu'une seule nationalité. En dépit d'opinions divergentes sur l'interprétation de cet arrêt, la Commission a estimé que certains facteurs limitaient la position adoptée dans l'affaire *Nottebohm* aux faits de cette espèce, en particulier le fait que les liens entre M. Nottebohm et le Liechtenstein (l'État demandeur) étaient «extrêmement ténus»³⁴² par rapport à ceux qui le liaient au Guatemala (l'État défendeur) depuis plus de 34 ans, ce qui a amené la Cour à répéter que le Liechtenstein «n'est pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala»³⁴³. Cela donne à penser que la Cour n'entendait pas énoncer une règle générale³⁴⁴ applicable à tous les États mais uniquement une règle relative selon laquelle un État dans la situation du Liechtenstein était tenu de démontrer l'existence d'un lien véritable entre lui-même et M. Nottebohm afin de pouvoir prendre fait et cause pour ce dernier contre le Guatemala, pays avec lequel celui-ci avait des liens extrêmement étroits. De plus, la Commission a pris garde au fait que si la condition de l'existence d'un lien effectif proposée dans l'arrêt *Nottebohm* était strictement appliquée, elle exclurait des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique, du fait que dans le monde contemporain, en raison de la mondialisation économique et des migrations, des millions de personnes se sont éloignées de l'État de leur nationalité pour s'installer dans des États dont elles n'acquièrent jamais la nationalité, ou ont par leur naissance ou leur ascendance acquis la nationalité d'États avec lesquels elles ont les liens les plus ténus³⁴⁵.

7) Il est indiqué à la fin du paragraphe 2 que l'acquisition de la nationalité ne doit pas être incompatible avec le droit international. Bien que tout État ait le droit de décider qui sont ses

protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national.» (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 23).

³⁴² Ibid., p. 25.

³⁴³ Ibid., p. 26.

³⁴⁴ C'est ainsi que la Commission de conciliation italo-américaine a interprété l'affaire *Nottebohm* dans l'affaire *Flegenheimer* (1958), *International Law Reports*, vol. 25, p. 148.

³⁴⁵ Pour une argumentation plus complète en faveur d'une limitation de la portée de l'affaire *Nottebohm*, voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique, document A/CN.4/506, par. 106 à 120.

nationaux, ce droit n'est pas absolu. L'article premier de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois en matière de nationalité l'a confirmé lorsqu'il a stipulé qu'«il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux» mais a limité la portée de cette disposition en indiquant que «cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité»³⁴⁶. Aujourd'hui, des conventions, en particulier dans le domaine des droits de l'homme, exigent des États qu'ils respectent les normes internationales lorsqu'ils octroient leur nationalité³⁴⁷. Par exemple, l'article 9, paragraphe 1, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dispose:

«Les États parties accordent aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité. Ils garantissent en particulier que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage ne changent automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité du mari.»³⁴⁸.

8) Le paragraphe 2 reconnaît donc qu'un État à l'encontre duquel une réclamation est formulée pour le compte d'un étranger lésé peut contester la nationalité de l'intéressé si celle-ci a été acquise en violation du droit international. Le paragraphe 2 exige que la nationalité ait été acquise d'une manière «non contraire au droit international». Cette double négation met l'accent

³⁴⁶ Voir également l'article 3, par. 2 de la Convention européenne de 1997 sur la nationalité.

³⁴⁷ C'est ce qu'a souligné la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire des Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica, jugeant qu'il était nécessaire de concilier le principe qui veut que l'octroi de la nationalité relève de la juridiction interne d'un État «avec un autre principe selon lequel le droit international assujettit le pouvoir de l'État à certaines limites liées aux exigences imposées par le système international de protection des droits de l'homme» (*International Law Reports*, vol. 79, p. 296).

³⁴⁸ Voir également l'article 20 de la Convention américaine des droits de l'homme, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1144, p. 123, et l'article 5 d) iii) de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, p. 195.

sur le fait que c'est à l'État qui conteste la nationalité de la personne lésée qu'il incombe de prouver que la nationalité a été acquise en violation du droit international. La charge de la preuve incombe à l'État qui conteste la nationalité parce que l'on admet qu'il faut laisser à l'État conférant sa nationalité une «marge d'appréciation»³⁴⁹ et qu'il existe une présomption en faveur de la validité de l'octroi par l'État de sa nationalité³⁵⁰.

Article 4 [9]

Continuité de la nationalité

1. Un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité au moment où le dommage a été causé et a cette nationalité à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.
2. Nonobstant le paragraphe 1, un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée mais qui n'avait pas cette nationalité au moment où le dommage a été causé, pour autant que la personne lésée a perdu sa première nationalité et qu'elle a acquis, pour une raison sans rapport avec le dépôt de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.
3. Le nouvel État de nationalité n'exerce pas la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État de nationalité antérieur de cette personne à raison d'un dommage subi alors que celle-ci était ressortissante de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.

Commentaire

- 1) Bien que la règle de la continuité de la nationalité soit bien établie³⁵¹, elle a été très critiquée³⁵², au motif qu'elle peut donner naissance à des situations très douloureuses lorsqu'un

³⁴⁹ Voir l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire des Amendements aux dispositions relatives à la naturalisation de la Constitution politique du Costa Rica, *International Law Reports*, vol. 79, p. 302 et 303.

³⁵⁰ R.Y. Jennings et A. Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, 9^e édition (1992), p. 856.

³⁵¹ Voir, par exemple, la décision de la Commission des réclamations États-Unis-Yougoslavie dans l'affaire *Kren*, *International Law Reports*, vol. 20, p. 234.

³⁵² Voir les observations de Sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 101 et 102; voir aussi E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (1990).

individu change de nationalité pour des raisons sans lien avec la formulation d'une réclamation diplomatique. Les propositions visant son abandon ont été rejetées de crainte que cela donne lieu à des abus et ne soit cause de «nationality shopping» (recherche de la nationalité la plus avantageuse) aux fins de la protection diplomatique³⁵³. La Commission estime que la règle de la continuité de la nationalité doit être conservée mais qu'il faut prévoir des exceptions dans les cas où le résultat de son application serait contraire à l'équité.

2) Le paragraphe 1 énonce le principe traditionnel selon lequel un État est habilité à exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'une personne qui avait sa nationalité tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée. La pratique des États et la doctrine n'indiquent pas clairement si le national doit conserver la nationalité de l'État qui fait la réclamation entre ces deux dates, en grande partie parce qu'en pratique le problème se pose rarement³⁵⁴. Cela étant, la Commission a décidé de laisser ouverte la question de savoir si la nationalité devait être conservée entre la survenance du dommage et la présentation de la réclamation³⁵⁵.

3) La première prescription est que le national lésé devait être un national de l'État dont émane la réclamation au moment où le dommage a été causé. Normalement, la date du dommage engageant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite coïncidera avec la date à laquelle l'acte dommageable a été commis.

4) La seconde condition temporelle prévue au paragraphe 1 est la date de la présentation officielle de la réclamation. Il existe un certain désaccord dans la jurisprudence pour ce qui est de

³⁵³ Voir la déclaration du surarbitre Parker dans *Administrative Decision No V* (1925), 19 *A.J.I.L.*, p. 612 à 614: «toute autre règle serait une porte grande ouverte aux abus et risquerait de convertir une nation puissante en *claim agency*, en entité agissant au nom de ceux qui, après avoir subi un préjudice, céderaient leurs réclamations aux nationaux de cet État ou profiteraient de son régime de naturalisation pour lui faire épouser leurs revendications».

³⁵⁴ H. Briggs «La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations» (1965 I), *Annuaire de l'Institut de droit international*, p. 72 et 73.

³⁵⁵ L'Institut de droit international a adopté la même démarche à sa session de Varsovie en 1965: (1965 II), *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51, p. 260 à 262.

la date jusqu'à laquelle la nationalité de la réclamation³⁵⁶ doit avoir été continue. Cette incertitude provient en grande partie du fait que les conventions qui ont créé des commissions mixtes des réclamations usent de termes différents pour définir la date de la réclamation³⁵⁷.

L'expression «présentation de la réclamation» est celle qui est la plus fréquemment utilisée dans les traités, les décisions judiciaires et la doctrine. La Commission a ajouté le mot «officielle» pour indiquer que la date de la présentation de la réclamation est celle où la première demande officielle ou formelle est faite par l'État exerçant sa protection diplomatique, par opposition aux contacts diplomatiques informels et demandes de renseignement sur ce sujet.

5) Le mot «réclamation» utilisé au paragraphe 1 vise aussi bien une réclamation présentée par la voie diplomatique qu'une réclamation portée devant un organe judiciaire. Une telle réclamation peut préciser le comportement que doit adopter l'État responsable pour mettre fin au fait illicite, si celui-ci continue, et la forme que doit prendre la réparation. Cette question est traitée plus exhaustivement à l'article 43 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de 2001 et dans le commentaire y relatif³⁵⁸.

6) Si la Commission a décidé qu'il était nécessaire de conserver la règle de la continuité de la nationalité, elle n'en a pas moins considéré qu'il fallait prévoir des exceptions. Le paragraphe 2 dispose donc qu'un État peut exercer sa protection diplomatique au profit d'une personne qui était son national à la date de la présentation officielle de la réclamation mais non à la date du dommage, pourvu que trois conditions soient réunies: il faut, premièrement, que la personne sollicitant la protection diplomatique ait perdu sa première nationalité, deuxièmement, qu'elle ait acquis la nationalité d'un autre État pour une raison sans rapport avec la présentation de la réclamation et, troisièmement, qu'elle ait acquis la nouvelle nationalité d'une manière non contraire au droit international.

³⁵⁶ Selon une opinion, la notion de «nationalité de la réclamation» prêtait à confusion: c'était une notion qui était directement issue de la *commun law* et qui n'avait pas d'équivalent dans les autres systèmes juridiques.

³⁵⁷ Voir la déclaration du surarbitre Parker dans *Administrative Decision N°. V* (1925), *American Journal of International Law*, n° 19, p. 616 et 617.

³⁵⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), p. 324.

7) La perte de la nationalité peut être volontaire ou involontaire. En cas de succession d'États et, peut-être, d'adoption et de mariage, lorsque le changement de nationalité en découle automatiquement, la nationalité sera perdue involontairement. Dans les autres cas de changement de nationalité, l'élément de volonté n'est pas aussi clair. Pour ce type de raison, le paragraphe 2 n'exige pas que la perte de la nationalité soit involontaire.

8) Comme on l'a analysé ci-dessus³⁵⁹, la crainte qu'une personne ne change délibérément de nationalité pour acquérir celle d'un État plus désireux ou capable de présenter une réclamation diplomatique pour son compte est à la base de la règle de la continuité de la nationalité.

La deuxième condition prévue au paragraphe 2 tient compte de cette crainte et dispose que la personne au profit de laquelle la protection diplomatique est exercée doit avoir acquis sa nouvelle nationalité pour une raison sans rapport avec la présentation de la réclamation.

Ces conditions visent à limiter les exceptions à la continuité de la nationalité aux cas d'acquisition obligatoire d'une nationalité, comme celui d'une personne qui a acquis une nouvelle nationalité automatiquement, par exemple par mariage ou adoption ou en raison d'une succession d'États.

9) La troisième condition qui doit être remplie pour que la règle de la continuité de la nationalité ne s'applique pas est que la nouvelle nationalité ait été acquise d'une manière non contraire au droit international. Cette condition doit être envisagée à la lumière du paragraphe 2 de l'article 3.

10) Le paragraphe 3 ajoute une autre garantie contre les abus de la suspension de la règle de la continuité de la nationalité. La protection diplomatique ne peut être exercée par le nouvel État de nationalité contre l'État de nationalité antérieur de la personne lésée à raison d'un dommage subi alors que cette personne était ressortissante de l'ancien État de nationalité et non du nouveau.

³⁵⁹ Voir *supra*, par. 1).

Article 5 [7]

Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers

1. Tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à l'encontre d'un État dont elle n'a pas la nationalité.
2. Deux ou plusieurs États de nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique à l'égard d'une personne ayant une double ou multiple nationalité.

Commentaire

1) Bien que certains systèmes juridiques internes interdisent aux nationaux d'acquérir une autre nationalité, la dualité ou la pluralité de nationalités doivent être acceptées comme un fait de la vie internationale. Un individu peut acquérir plus d'une nationalité par l'application parallèle des principes du *jus soli* et du *jus sanguinis* ou parce qu'une nationalité lui est conférée par naturalisation sans que celle-ci l'oblige à renoncer à sa nationalité antérieure. Le droit international n'interdit pas la dualité ou la pluralité de nationalités: de fait, ce phénomène a été avalisé par l'article 3 de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, qui dispose que:

«... Un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourrait être considéré, par chacun des États dont il a la nationalité, comme son ressortissant.»

Il est donc nécessaire de traiter de la question de l'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité au bénéfice d'un national ayant une nationalité double ou multiple. L'article 5 est limité à l'exercice de la protection diplomatique par un des États dont la personne ayant subi un préjudice est un national à l'encontre d'un État dont cette personne n'est pas un national. L'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité à l'encontre d'un autre État de nationalité est envisagé à l'article 6.

2) Le paragraphe 1 autorise un État de nationalité à exercer sa protection diplomatique au profit de son national même lorsque l'intéressé a la nationalité d'un ou de plusieurs autres États. Comme l'article 3, il n'exige pas de lien effectif entre le national et l'État exerçant sa protection diplomatique.

3) Même si certains voudraient faire de l'existence d'un lien effectif entre l'État de nationalité et son national ayant une ou plusieurs autres nationalités une condition de l'exercice de la protection diplomatique à l'encontre d'un État dont l'intéressé n'est pas le national, tant les décisions arbitrales³⁶⁰ que les codifications³⁶¹ n'exigent pas dans l'ensemble une telle condition. Dans l'affaire *Salem*, le tribunal arbitral a conclu que l'Égypte ne pouvait opposer à une réclamation des États-Unis, dont la personne lésée avait aussi la nationalité, le fait que l'intéressé avait pour nationalité effective la nationalité persane. Il a jugé que:

«la règle du droit international [veut] que, dans les cas de double nationalité, une puissance tierce ne soit pas habilitée à contester la réclamation d'une des puissances dont l'intéressé a la nationalité en invoquant la nationalité de l'autre puissance.»³⁶².

Cette règle a été suivie dans d'autres affaires³⁶³ et a été récemment confirmée par le Tribunal des différends irano-américains³⁶⁴. La décision de la Commission de ne pas exiger un lien effectif dans de telles circonstances est logique. À la différence de la situation dans laquelle un État de nationalité présente une réclamation à un autre État de nationalité en ce qui concerne un double

³⁶⁰ Voir la décision du Tribunal arbitral mixte yougoslavo-hongrois dans l'affaire *de Born*, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1925-1926*, affaire n° 205.

³⁶¹ Voir l'article 5 de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, 179 L.N.T.S., p. 89; la résolution sur le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu, adoptée par l'Institut de droit international lors de la session qu'il a tenue à Varsovie en 1965: *Résolutions de l'Institut de droit international, 1957-1991* (1992), p. 56 [art. 4 b)]; le projet de Convention de Harvard relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, art. 23 3), dans L.B. Sohn et R.R. Baxter, «Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens» (1961), *American Journal of International Law*, n° 55, p. 548; Garcia Amador, Troisième rapport sur la responsabilité des États, dans *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 64 [art. 21 3)], document A/CN.4/111.

³⁶² Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 2, p. 1188 (1932).

³⁶³ Voir les décisions de la Commission de conciliation Italie/États-Unis dans les affaires *Mergé International Law Materials*, vol. 22, p. 456 (p. 155), *Verano*, *ibid.*, vol. 25, p. 464 et 465 (1957) et *Stankovic*, *ibid.*, vol. 40, p. 155 (1963).

³⁶⁴ Voir *Dallal c. Iran* (1983), 3 I.U.S.C.T.R. p. 23.

national, il n'y a pas de conflit au sujet de la nationalité lorsqu'un État de nationalité cherche à protéger un double national contre un État tiers.

4) En principe, il n'y a aucune raison pour que deux États de nationalité ne puissent conjointement exercer un droit que possède chacun d'eux. Le paragraphe 2 reconnaît donc que deux ou plusieurs États de nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique au profit d'une personne qui a une double nationalité ou une pluralité de nationalités à l'encontre d'un État dont cette personne n'a pas la nationalité. Si l'État responsable ne peut formuler d'objections à une telle réclamation présentée par deux États ou plus agissant simultanément et de concert, il peut le faire lorsque les États en question présentent des réclamations distinctes devant la même instance ou des instances différentes, ou lorsqu'un État de nationalité présente une réclamation après qu'un autre État de nationalité a déjà reçu satisfaction pour cette réclamation. Des problèmes peuvent se poser lorsqu'un État de nationalité renonce à son droit d'exercer la protection diplomatique alors qu'un autre État de nationalité poursuit sa réclamation. Il est difficile de codifier des règles régissant des situations aussi variées. Celles-ci doivent être réglées conformément aux principes généraux du droit concernant la satisfaction de réclamations conjointes.

Article 6

Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité

Un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne est également un national, à moins que la nationalité prédominante de celui-ci soit celle du premier État en question tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

Commentaire

1) L'article 6 traite de l'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité contre un autre État de nationalité. Tandis que l'article 5, qui concerne une réclamation au profit d'une personne ayant une double nationalité ou une pluralité de nationalités contre un État dont elle n'est pas un national, n'exige pas un lien effectif entre l'État auteur de la réclamation et le national, l'article 6 exige que l'État auteur de la réclamation démontre que sa nationalité est

prédominante tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.

2) Par le passé, la règle de non-responsabilité, selon laquelle un État de nationalité ne pouvait présenter une réclamation pour le compte d'un double national contre un autre État de nationalité, a bénéficié d'un large appui. La Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité dispose en son article 4:

«Un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national.»³⁶⁵.

Des projets de codification ultérieurs ont adopté une approche similaire³⁶⁶, qui a aussi été consacrée dans des sentences arbitrales³⁶⁷. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en 1949 dans l'affaire des *Réparations pour dommages*, la Cour internationale de Justice a qualifié de «pratique courante» la pratique des États consistant à ne pas protéger leurs nationaux contre un autre État de nationalité³⁶⁸.

³⁶⁵ Voir également l'article 16 a) du projet de Convention de Harvard de 1929 relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, *American Journal of International Law*, n° 23 (1929), Supplément spécial 22.

³⁶⁶ Voir l'article 23 5) du projet de Convention de Harvard de 1960 relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés aux intérêts économiques des étrangers, *ibid.*, vol. 55 (1961), p. 545; et l'article 4 a) de la résolution sur le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu adoptée par l'Institut de droit international à la session qu'il a tenue en 1965 à Varsovie, art. 4 a), *Résolutions de l'Institut de droit international*, 1957-91 (1992) p. 56; *Annuaire de l'Institut de droit international* 1985, vol. II, p. 260-262.

³⁶⁷ Voir l'affaire *Alexander* (1898) Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, p. 2529 (Commission des réclamations États-Unis d'Amérique-Grande-Bretagne); affaire *Oldenbourg*, Décisions et avis des membres de la Commission, 5 octobre 1929 au 15 février 1930, p. 97, et affaire *Honey*, Autres décisions et avis des membres de la Commission, après le 15 février 1930, p. 13 (Commission des réclamations Grande-Bretagne-Mexique); et affaire *Adams et Blackmore*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 5, p. 216-217 (Commission des réclamations Grande-Bretagne-Mexique).

³⁶⁸ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 186.

3) Toutefois, même avant 1930, certaines sentences arbitrales défendaient une autre position, à savoir que l'État de la nationalité dominante ou effective pouvait présenter une réclamation au profit d'un national à l'encontre d'un autre État de nationalité³⁶⁹. Cette jurisprudence a inspiré la Cour internationale de Justice dans un autre contexte dans l'affaire *Nottebohm*³⁷⁰, et a été expressément approuvée par la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé* en 1955. La Commission a déclaré:

«Le principe fondé sur l'égalité souveraine des États, qui exclut la protection diplomatique en cas de double nationalité, doit céder le pas devant le principe de la nationalité effective lorsque celle-ci coïncide avec celle de l'État demandeur. Il n'en va pas de même lorsqu'une telle prédominance n'est pas établie, car le premier est un principe généralement reconnu, qui peut servir, dans la pratique, à éliminer toute incertitude éventuelle.»³⁷¹.

Dans l'avis qu'elle a rendu, la Commission de conciliation a estimé que le principe de la nationalité effective et la notion de nationalité dominante n'étaient que les deux faces d'une même médaille. La règle ainsi adoptée a été appliquée par la Commission dans plus de cinquante

³⁶⁹ Affaire *James Louis Drummond 2 Knapp*, P.C. Rep. p. 295, 12 Eng. Rep. p. 492; affaires *Milani, Brignone, Stevenson et Mathinson* (Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne-Venezuela) dans Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 429-438, 710, 754-761, 438-455, respectivement; affaire *Carnevaro* (Cour permanente d'arbitrage, 1912) dans Scott, *The Hague Court Reports*, vol. 1, p. 284; affaire *Hein* (Tribunal arbitral mixte anglo-allemand), *Annual Digest and Reports of Public International Law 1919-1922*, affaire n° 148, p. 216; affaire *Blumenthal* (Tribunal mixte franco-allemand), *Recueil des décisions des tribunaux mixtes*, vol. 3 (1924), p. 616; affaire *de Montfort* (Tribunal mixte franco-allemand), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1925-1926*, affaire n° 206, p. 279; affaire *Pinson* (Commission mixte des réclamations France-Mexique), *Annual Digest of Reports and Public International Law Cases 1927-1928*, affaires n°s 19 et 195, p. 297-301; affaire *Tellech* (Commission tripartite des réclamations États-Unis d'Amérique, Autriche et Hongrie), (1928), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 2, p. 248.

³⁷⁰ C.I.J. *Recueil 1955*, p. 22-23. L'affaire *Nottebohm* ne concernait pas la double nationalité mais la Cour a trouvé un appui pour sa conclusion selon laquelle *Nottebohm* n'avait pas de lien effectif avec le Liechtenstein dans des décisions judiciaires comme celles qui sont visées à la note 369.

³⁷¹ (1955) *International Law Materials*, vol. 22, p. 455 (par. V.5). Voir aussi Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 16, p. 247 (1955).

affaires ultérieures concernant des doubles nationaux³⁷². Se fondant sur ces affaires, le Tribunal des réclamations irano-américain a appliqué le principe de la nationalité dominante et effective dans plusieurs affaires³⁷³. Une autre institution qui étaye le principe de la nationalité dominante est la Commission d'indemnisation des Nations Unies établie par le Conseil de sécurité pour indemniser ceux qui ont subi des préjudices du fait de l'occupation du Koweït par l'Iraq. La Commission n'examine les plaintes présentées par des doubles nationaux possédant la nationalité iraquienne que s'ils possèdent de bonne foi la nationalité d'un autre État³⁷⁴. Des projets de codification récents ont avalisé cette approche. Dans son troisième rapport à la Commission du droit international sur la responsabilité des États, Garcia Amador a proposé la disposition suivante:

«En cas de nationalité double ou multiple, le droit de présenter une réclamation internationale ne peut être exercée que par l'État avec lequel le ressortissant étranger a les liens juridiques ou autres les plus étroits et les plus authentiques.»³⁷⁵.

Orrego Vicuña a proposé une approche similaire dans le rapport qu'il a présenté en 2000 à l'Association de droit international³⁷⁶.

4) La Commission estime que le principe qui permet à l'État de la nationalité dominante ou effective de présenter une réclamation à l'encontre d'un autre État de nationalité reflète l'état actuel du droit international coutumier. De plus, il est conforme à l'évolution du droit

³⁷² Voir, par exemple, affaire *Spaulding* (1956), *International Law Materials*, vol. 25, p. 452; affaire *Zangrilli* (1956), *ibid.*, p. 454; affaire *Cestra* (1957), *ibid.*, p. 454; affaire *Puccini* (1957), *ibid.*, p. 454; affaire de la *Succession Salvoni* (1957), *ibid.*, p. 455; affaire *Ruspoli* (1957), *ibid.*, p. 457; affaire *Ganapini* (1959), *ibid.*, vol. 30, p. 366; affaire *Turri* (1960), *ibid.*, p. 371; affaire *Graniero* (1959), *ibid.*, p. 451; affaire *Di Cicio* (1962), *ibid.*, vol. 40, p. 148.

³⁷³ Voir, en particulier, *Esphahanian v Bank Tejarat* (1983), 21 I.U.S.C.T.R., p. 166; affaire n° A/18 (1984) 5 I.U.S.C.T.R., p. 251.

³⁷⁴ S/AC.26/1991/Rev.1, par. 11.

³⁷⁵ A/CN.4/111, dans *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 64.

³⁷⁶ «Interim Report on the "The Changing Law of Nationality of Claims"» dans *Association de droit international, Rapport de la soixante-neuvième Conférence* (2000), p. 646, par. 11.

international dans le domaine des droits de l'homme, qui accorde une protection juridique aux individus même contre un État dont ils sont les nationaux. L'article 6 donne effet à cette conclusion.

5) Les sources utilisent le terme «effectif» ou «dominant» pour décrire le lien requis entre l'État qui présente la réclamation et son national lorsqu'un État de nationalité présente une réclamation à l'encontre d'un autre État de nationalité. La Commission a décidé de n'utiliser aucun de ces deux termes, mais de leur préférer le terme «prédominant», qui traduit l'élément de relativité et indique que l'individu a des liens plus forts avec un État qu'avec l'autre. Le tribunal qui examine la question doit mettre en balance le poids des nationalités concurrentes, et l'essence de cette entreprise est plus exactement rendue par le mot «prédominante» appliqué à la nationalité, que par «effective» ou «dominante». C'est en outre le terme qu'a utilisé la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé*, qui peut être considérée comme le point de départ de la genèse de la règle coutumière actuelle³⁷⁷.

6) La Commission n'essaie pas de décrire les facteurs à prendre en considération pour décider quelle est la nationalité prédominante. Selon la jurisprudence, ces facteurs comprennent: la résidence habituelle, le temps passé dans chaque pays de nationalité, la date de naturalisation (c'est-à-dire le temps pendant lequel l'intéressé a été un national de l'État qui exerce sa protection avant que la réclamation soit présentée); le lieu et la langue d'enseignement et l'enseignement suivi; l'emploi et les intérêts financiers; le lieu de la vie familiale; les liens familiaux dans chaque pays; la participation à la vie publique et sociale; l'utilisation de la langue; l'imposition, les comptes en banque, la sécurité sociale; les visites à l'autre État de nationalité; la possession et l'usage d'un passeport de l'autre État; et le service militaire. Aucun de ces facteurs n'est décisif et le poids attribué à chacun d'eux variera selon les circonstances de chaque espèce.

7) Le libellé de l'article 6 revêt un tour négatif: «Un État de nationalité *ne peut* exercer la protection diplomatique ... *à moins que*» sa nationalité ne soit prédominante. Il s'agit de montrer que les circonstances envisagées à l'article 6 doivent être considérées comme exceptionnelles.

³⁷⁷ Voir ci-dessus note 371.

Cela indique aussi que la charge de la preuve incombe à l'État qui présente la réclamation, qui doit prouver que sa nationalité est prédominante.

8) La principale objection à une réclamation présentée par un État de nationalité à l'encontre d'un autre État de nationalité est qu'elle risque de permettre à un État avec lequel l'individu a établi une nationalité prédominante après qu'un dommage lui a été causé par l'autre État de nationalité de présenter une réclamation à ce dernier État. Cette objection est écartée par la condition qui veut que la nationalité de l'État qui présente la réclamation soit prédominante tant au moment du dommage qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. Cette condition rappelle le principe affirmé au paragraphe 1 de l'article 4 sur la continuité de la nationalité. Les expressions «au moment où le dommage a été causé» et «à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée» sont expliquées dans le commentaire de cet article. L'exception à la règle de la continuité de la nationalité figurant au paragraphe 2 de l'article 4 ne s'applique pas ici car la personne lésée que vise l'article 6 n'a pas perdu sa nationalité.

Article 7 [8]

Apatrides et réfugiés

1. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne apatride si celle-ci, au moment où le dommage a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.
2. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne à laquelle il reconnaît la qualité de réfugié si cette personne, au moment où le dommage a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.
3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas dans le cas d'un dommage dû à un fait internationalement illicite commis par l'État de la nationalité du réfugié.

Commentaire

1) La règle générale voulait qu'un État ne puisse exercer sa protection diplomatique qu'à l'égard de ses nationaux. En 1931, la Commission des réclamations États-Unis/Mexique a estimé dans l'affaire *Dickson Car Wheel Company c. United Mexican States* que les apatrides ne pouvaient pas bénéficier de la protection diplomatique lorsqu'elle a conclu:

«Un État ... n'est pas en défaut sur le plan international lorsqu'il porte préjudice à un individu sans nationalité et, en conséquence, aucun État n'a le pouvoir d'intervenir ou de présenter une réclamation au nom dudit individu, que ce soit avant ou après le dommage.»³⁷⁸.

Cette conclusion ne reflète plus avec exactitude la position du droit international à l'égard des apatrides comme des réfugiés. Le droit international contemporain traduit l'intérêt porté au statut de ces deux catégories de personnes, comme en témoigne l'existence de conventions telles que la Convention sur la réduction des cas d'apatridie (1961)³⁷⁹ et la Convention relative au statut des réfugiés (1951)³⁸⁰.

2) L'article 7, qui relève du développement progressif du droit, s'écarte de la règle traditionnelle selon laquelle seuls les nationaux peuvent bénéficier de la protection diplomatique et permet aux États d'exercer leur protection diplomatique à l'égard de non-ressortissants s'il s'agit d'apatrides ou de réfugiés. Bien que la Commission ait agi dans le cadre des règles applicables aux apatrides et aux réfugiés, elle n'a pas essayé de se prononcer sur le statut de ces catégories de personnes. Elle ne s'est intéressée qu'à la question de l'exercice de la protection diplomatique à leur égard.

3) Le paragraphe 1 porte sur la protection diplomatique des apatrides, sans toutefois en donner de définition. Une telle définition figure dans la Convention de 1954 relative au statut des apatrides³⁸¹, qui définit ce terme comme désignant «une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation»³⁸². Cette définition peut, sans doute, être considérée comme ayant acquis une valeur coutumière. Un État peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une telle personne, quelles que soient les circonstances dans lesquelles celle-ci est devenue apatride, pourvu qu'elle réside légalement et habituellement sur le territoire

³⁷⁸ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 4, p. 678 (1931).

³⁷⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 989, p. 175.

³⁸⁰ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, p. 151.

³⁸¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 360, p. 117.

³⁸² Article premier.

de cet État au moment où le dommage s'est produit et la date à laquelle la réclamation est présentée officiellement.

4) L'exigence de la résidence à la fois légale et habituelle place la barre assez haut³⁸³. Quelques membres de la Commission ont considéré que ce seuil était trop élevé et pouvait conduire pour les intéressés à une absence de protection effective, mais la plupart ont estimé qu'en combinant le caractère légal et le caractère habituel de la résidence, on se rapprochait du niveau de rigueur exigé pour ce qui était de la nationalité effective et que cela se justifiait s'agissant d'une mesure exceptionnelle introduite *de lege ferenda*.

5) Le critère temporel prévu à l'article 4 est répété au paragraphe 1. L'apatride doit résider légalement et habituellement sur le territoire de l'État qui présente la réclamation tant au moment où le dommage a été causé et qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. En procédant de la sorte, on a l'assurance que les non-ressortissants sont assujettis aux mêmes règles que les ressortissants s'agissant du critère temporel applicable à la présentation d'une réclamation.

6) Le paragraphe 2 prévoit que l'État de résidence des réfugiés peut exercer sa protection diplomatique à leur égard. La protection diplomatique par l'État de résidence est particulièrement importante dans le cas des réfugiés, puisque ceux-ci «ne peuvent ou ne veulent se réclamer de la protection [du pays dont ils ont la nationalité]»³⁸⁴ et que, s'ils le font, ils courent le risque de perdre leur statut de réfugié dans l'État de résidence. Le libellé du paragraphe 2 suit celui du paragraphe 1. Les différences importantes qui existent entre les apatrides et les réfugiés, comme il ressort du paragraphe 3, expliquent la décision de la Commission de consacrer un paragraphe distinct à chaque catégorie.

³⁸³ Les termes «résidence légale et habituelle» sont basés sur l'article 6, par. 4 g), de la Convention européenne de 1997 sur la nationalité, où ils sont employés à propos de l'acquisition de la nationalité. Voir aussi le projet de convention de Harvard de 1960 sur la responsabilité internationale des États pour les dommages causés aux étrangers, qui inclut au nombre des personnes bénéficiant de la protection en vertu de la Convention «les apatrides ayant leur résidence habituelle dans cet État [art. 21 3) c)].

³⁸⁴ Art. 1 A) 2) de la Convention relative au statut des réfugiés.

7) La Commission a décidé d'insister sur le critère de la résidence légale et habituelle comme condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique, à l'égard des réfugiés comme à l'égard des apatrides, bien que l'article 28 de la Convention relative au statut des réfugiés mette la barre moins haut (du moins dans la version anglaise) en faisant obligation aux États contractants de délivrer des titres de voyage aux réfugiés qui séjournent légalement «lawfully staying» sur leur territoire³⁸⁵. La Commission a été influencée par deux facteurs: premièrement, le fait que la délivrance de documents de voyage, aux termes de la Convention, ne donne en aucun cas au porteur le droit de se prévaloir de la protection diplomatique³⁸⁶. Deuxièmement, la nécessité de fixer la barre assez haut lorsqu'on s'écarte de la règle traditionnelle *de lege ferenda*. Certains membres de la Commission ont fait valoir qu'en faisant de la résidence légale et habituelle une condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique, on fixait la barre trop haut tant pour les apatrides que pour les réfugiés³⁸⁷.

8) Le terme «réfugié» tel qu'il est utilisé au paragraphe 2 ne vise pas seulement les réfugiés au sens de la définition qu'en donnent la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et son Protocole de 1967, mais désigne aussi des personnes qui ne répondent pas strictement à cette définition. La Commission a envisagé d'utiliser l'expression «réfugié reconnu», qui figure dans la Convention européenne de 1997 sur la nationalité³⁸⁸, et qui aurait élargi la notion pour englober les réfugiés reconnus par des instruments régionaux tels que la Convention de 1969 de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique³⁸⁹, laquelle est

³⁸⁵ Les travaux préparatoires de la Convention ont fait apparaître clairement que «stay» (séjour) s'entend d'une résidence plus passagère.

³⁸⁶ Voir par. 16 de l'annexe à la Convention de 1951.

³⁸⁷ Voir *supra*, par. 4).

³⁸⁸ Art. 6 4) g).

³⁸⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, p. 45. Cette Convention étend la définition du réfugié à «toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité».

communément considérée comme un modèle s'agissant de la protection internationale des réfugiés³⁹⁰, et la Déclaration de Cartagena sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, que l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains a adoptée en 1985³⁹¹. Cependant, la Commission a préféré ne pas fixer de limites, de façon à ce que les États puissent exercer leur protection diplomatique à l'égard de toute personne qu'ils considèrent et traitent comme un réfugié. Cela est particulièrement important pour les réfugiés se trouvant dans des États qui ne sont pas parties aux instruments régionaux ou internationaux existants.

9) Le critère temporel applicable à la présentation d'une réclamation qui figure à l'article 4 est répété au paragraphe 2. Le réfugié doit résider légalement et habituellement dans l'État qui présente la réclamation tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation est présentée officiellement.

10) Le paragraphe 3 dispose que l'État d'accueil ne peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un réfugié contre l'État de nationalité de ce dernier. Procéder autrement aurait été en contradiction avec l'approche qui sous-tend les présents articles, selon laquelle la nationalité est le critère prédominant s'agissant de l'exercice de la protection diplomatique. Le paragraphe répond également à des considérations pratiques. La plupart des réfugiés ont à se plaindre du traitement que leur a réservé leur État de nationalité, qu'ils ont fui pour échapper à des persécutions. Autoriser l'exercice de la protection diplomatique dans de tels cas reviendrait à ouvrir la porte à d'innombrables réclamations internationales. De plus, la crainte que les réfugiés ne les pressent d'intenter une action en leur nom risquerait de dissuader les États d'accepter des réfugiés sur leur territoire.

11) Tant le paragraphe 1 que le paragraphe 2 disposent que l'État d'accueil «peut exercer la protection diplomatique». L'emploi de cet auxiliaire souligne le caractère discrétionnaire de ce droit. Au regard du droit international, les États ont le pouvoir discrétionnaire d'exercer

³⁹⁰ Note sur la protection internationale présentée par le Haut-Commissaire aux réfugiés, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, A/AC.96/830*, p. 17, par. 35.

³⁹¹ OEA, Assemblée générale, quinzième session ordinaire (1985), résolution adoptée par la Commission générale à sa cinquième session, le 7 décembre 1985.

ou non leur protection diplomatique à l'égard de leurs nationaux³⁹². A fortiori, ce pouvoir discrétionnaire existe lorsqu'il s'agit d'exercer leur protection à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié.

12) La Commission souligne que l'article 7 vise uniquement la protection diplomatique des apatrides et réfugiés. Il ne porte *pas* sur l'octroi de la nationalité à ces catégories de personnes. L'exercice de la protection diplomatique à l'égard des apatrides et des réfugiés ne peut et ne saurait faire naître une attente légitime d'octroi de la nationalité. Il ressort clairement de l'article 28 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, lu en parallèle avec le paragraphe 15 de son annexe, que la délivrance d'un document de voyage à un réfugié est sans incidence sur la nationalité du porteur. A fortiori, l'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un réfugié ou d'un apatride ne devrait en aucune façon être interprété comme ayant une incidence sur la nationalité de la personne protégée.

³⁹² Voir art. 2 et commentaire y relatif.

CHAPITRE VI

ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS

A. Introduction

282. Dans son rapport sur les travaux de sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission du droit international a proposé à l'Assemblée générale d'inscrire le droit des actes unilatéraux des États au nombre des sujets se prêtant à la codification et au développement progressif du droit international³⁹³.

283. Au paragraphe 13 de sa résolution 51/160, l'Assemblée générale a, notamment, invité la Commission du droit international à examiner plus avant le sujet «Actes unilatéraux des États» et à en indiquer la portée et le contenu.

284. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission a créé un groupe de travail sur ce sujet, qui a fait rapport à la Commission sur l'opportunité et la faisabilité de son étude, la portée et le contenu possibles du sujet et le schéma de l'étude. À la même session, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de travail³⁹⁴.

285. Toujours à sa quarante-neuvième session, la Commission a nommé M. Victor Rodriguez-Cedeño Rapporteur spécial pour le sujet³⁹⁵.

286. Au paragraphe 8 de sa résolution 52/156, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son ordre du jour.

287. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet³⁹⁶ et l'a examiné. À l'issue de son débat, la Commission a décidé de convoquer à nouveau le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États.

³⁹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, p. 258 et 259 et 365 à 367.

³⁹⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/52/10)*, par. 196 à 210 et 194.

³⁹⁵ *Ibid.*, par. 212 et 234.

³⁹⁶ A/CN.4/486.

288. Le Groupe de travail a fait rapport à la Commission sur les questions touchant la portée du sujet, l'optique dans laquelle l'aborder, la définition de l'acte unilatéral et les travaux futurs du Rapporteur spécial. À la même session, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de travail³⁹⁷.

289. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet³⁹⁸ et l'a examiné. À l'issue du débat, la Commission a décidé de convoquer à nouveau le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États.

290. Le Groupe de travail a fait rapport à la Commission sur: a) les éléments fondamentaux d'une définition opératoire des actes unilatéraux comme point de départ de la poursuite des travaux sur le sujet ainsi que du recensement de la pratique des États en la matière; b) la formulation de principes directeurs généraux à suivre pour effectuer ce recensement; et c) la direction dans laquelle le Rapporteur spécial devrait poursuivre ses travaux. À propos du point b) ci-dessus, le Groupe de travail a élaboré les principes directeurs de la mise au point d'un questionnaire que le secrétariat adresserait aux États en consultation avec le Rapporteur spécial pour leur demander de fournir des matériaux et des renseignements sur leur pratique concernant les actes unilatéraux et de faire connaître leur position sur certains aspects de l'étude du sujet entreprise par la Commission.

291. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet³⁹⁹ ainsi que le texte des réponses reçues des États⁴⁰⁰ au questionnaire sur le sujet qui leur avait été adressé le 30 septembre 1999. À sa 2633^e séance, le 7 juin 2000, la Commission a décidé de renvoyer les projets d'articles révisés 1 à 4 au Comité de rédaction et le projet d'article révisé 5 au Groupe de travail sur le sujet.

³⁹⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, par. 192 à 201.

³⁹⁸ A/CN.4/500 et Add.1.

³⁹⁹ A/CN.4/505.

⁴⁰⁰ A/CN.4/500 et Add.1.

292. À sa cinquante-troisième session, en 2001, la Commission a examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial⁴⁰¹ et créé un groupe de travail à composition non limitée. Sur la recommandation du Groupe de travail, la Commission a prié le secrétariat d'adresser aux gouvernements un questionnaire les invitant à fournir des informations supplémentaires sur leur pratique en matière de formulation et d'interprétation des actes unilatéraux.

B. Examen du sujet à la présente session

293. À la présente session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/525 et Add.1 et Corr.1 et Corr.2 (anglais et arabe seulement) et Add.2) ainsi que du texte des réponses des États (A/CN.4/524) au questionnaire sur le sujet distribué le 31 août 2001.

294. La Commission a examiné le cinquième rapport du Rapporteur spécial à ses 2720^e, 2722^e, 2723^e, 2725^e, 2726^e et 2727^e séances, les 15, 21, 22, 24, 28 et 30 mai 2002, respectivement.

295. À sa 2727^e séance, tenue le 30 mai 2002, la Commission a décidé que le sujet des actes unilatéraux ferait l'objet de consultations officieuses, ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son cinquième rapport

296. Le Rapporteur spécial a indiqué que, comme proposé l'année précédente, son cinquième rapport contenait une partie récapitulative permettant de se faire une idée du stade auquel on était parvenu sur le sujet et des raisons pour lesquelles certains termes et notions avaient évolué.

297. Le chapitre I était consacré à un historique du sujet, à l'examen de la pratique internationale, à l'intérêt et la difficulté du sujet et au caractère récapitulatif de certaines parties du rapport.

298. Le chapitre II traitait de quatre aspects du sujet qui avaient été examinés par la Commission à ses sessions précédentes: définition de l'acte unilatéral; conditions de validité

⁴⁰¹ A/CN.4/519.

et causes de nullité de l'acte unilatéral; règles d'interprétation; et classification des actes unilatéraux.

299. Dans le chapitre III, le Rapporteur spécial examinait trois questions pouvant donner lieu à des dispositions communes s'appliquant à tous les actes unilatéraux, indépendamment de leur contenu et de leurs effets juridiques: la règle relative au respect des actes unilatéraux; l'application de l'acte unilatéral dans le temps; et l'application territoriale de l'acte unilatéral.

300. Le chapitre IV traitait succinctement du problème tout aussi important de la détermination du moment où l'acte unilatéral produit des effets juridiques, ce qui renvoyait à trois questions extrêmement importantes et complexes, à savoir la révocation de l'acte unilatéral, sa modification et la suspension de son application et sa dénonciation.

301. Enfin, le chapitre V présentait la structure des articles déjà rédigés et le plan des travaux futurs.

302. En présentant le document A/CN.4/525, le Rapporteur spécial a de nouveau insisté sur le fait que le sujet des actes unilatéraux était éminemment complexe et s'était révélé difficile à traiter. Il avait examiné de manière approfondie les éléments les plus importants de la jurisprudence et l'abondante littérature sur le sujet mais n'avait malheureusement pas pu passer en revue tout l'éventail de la pratique des États et ce, pour diverses raisons, notamment le nombre très limité des réponses des États au questionnaire qui leur avait été adressé en 2001. Les renseignements disponibles sur la pratique des États étant essentiellement d'ordre factuel, il se révélait particulièrement difficile d'en déduire les intentions des États quant à la mise en œuvre de ces actes, à leur nature et aux effets qui en étaient escomptés. La question de savoir si les nombreux actes unilatéraux des États relevaient du politique ou du juridique ne pouvait être résolue que par une interprétation des intentions des États auteurs de ces actes, tâche éminemment complexe et subjective.

303. Les traités étaient certes la forme la plus communément utilisée par les États dans leurs relations juridiques internationales mais les actes unilatéraux servaient de plus en plus à conditionner le comportement ultérieur des États. Selon le droit international général, un État pouvait formuler un acte sans que cela implique nécessairement la participation d'un autre État,

dans l'intention de produire certains effets juridiques sans que cela implique nécessairement une forme quelconque d'acceptation de la part de l'entité ou des entités visées par cet acte.

304. Dans le chapitre I, le Rapporteur spécial notait, à titre d'illustration supplémentaire des difficultés soulevées par le sujet, qu'à l'exception de la protestation, les autres actes unilatéraux que la Commission considérait comme étant les plus fréquents, à savoir la renonciation, la reconnaissance et la promesse, ne prenaient pas toujours la forme d'une déclaration et, de plus, n'étaient pas toujours unilatéraux ni, par conséquent, internes au champ d'étude fixé par la Commission.

305. Récapitulant les éléments constitutifs énoncés dans la définition des actes unilatéraux, le Rapporteur spécial a expliqué les diverses modifications apportées au projet de définition qu'il avait présenté dans son premier rapport, notamment l'emploi du mot «acte», l'inclusion du membre de phrase «manifestation de volonté non équivoque de l'État, formulée dans l'intention de produire des effets juridiques» et l'exclusion de la notion d'«autonomie».

306. Le Rapporteur spécial a noté que, même si la définition réservait aux seuls États la capacité de formuler des actes unilatéraux – ce qui correspondait au mandat fixé par la Commission –, il ne fallait aucunement en conclure que d'autres sujets de droit international, en particulier les organisations internationales, ne pouvaient être habilités à le faire. La notion de destinataire de l'acte était conçue au sens large, à savoir que l'acte unilatéral pouvait viser non seulement un ou plusieurs États mais également une organisation internationale. Le Rapporteur spécial a rappelé à cet égard que certains membres de la Commission considéraient que d'autres entités juridiques internationales, les mouvements de libération par exemple, pouvaient être les destinataires de tels actes et que cet aspect soulevait un certain nombre de questions qui méritaient d'être examinées attentivement.

307. Le Rapporteur spécial a aussi relevé que la définition des actes unilatéraux présentée au Comité de rédaction était le fruit d'un examen minutieux, lors duquel les observations des membres de la Commission et des gouvernements avaient été prises en compte; l'adoption de cette définition était jugée capitale pour pouvoir progresser sur les autres articles.

308. Dans sa présentation de l'additif au cinquième rapport (A/CN.4/525/Add.1), le Rapporteur spécial a abordé certains aspects du sujet de façon complémentaire et non récapitulative. Cet additif traitait des conditions de validité et des causes de nullité des actes unilatéraux, de l'interprétation de ces actes et de leur classification.

309. L'une des observations faites à la session précédente avait trait à la nécessité d'examiner les causes de nullité d'un acte unilatéral en parallèle avec les conditions de sa validité, et de les considérer au sens large et pas seulement en tant que vices de manifestation de la volonté. On avait suggéré à cet égard d'examiner d'autres causes de nullité susceptibles de compromettre la validité de l'acte unilatéral, concernant notamment la capacité de l'auteur, la viabilité du consentement et la licéité de l'objet de l'acte unilatéral.

310. Les références à ces questions dans la doctrine étaient très minces et la pratique correspondante semblait quasi inexistante, mais le Rapporteur spécial était d'avis que les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, et plus précisément ses articles 42 à 53 et 69 à 71, pouvaient constituer une référence fiable.

311. Le Rapporteur spécial a estimé qu'il fallait mentionner d'une manière ou d'une autre les conditions de validité, même sans leur consacrer de dispositions spécifiques dans le projet d'articles; telle était la raison pour laquelle les conditions de validité de l'acte unilatéral étaient énoncées dans le rapport.

312. À cet égard, le Rapporteur spécial a rappelé que le mandat fixé par la Commission se limitait aux actes unilatéraux des États et que c'était donc l'État qui devait formuler l'acte unilatéral même si, comme il l'avait indiqué précédemment, rien n'empêchait d'autres sujets de droit international de faire de même. Par ailleurs, il fallait que l'acte unilatéral soit formulé par une personne habilitée à agir et à souscrire des engagements d'ordre international au nom de l'État.

313. Une autre condition de validité de l'acte unilatéral était la licéité de son objet. L'acte unilatéral ne devait pas contrevenir à une norme impérative du droit international (*ius cogens*). De plus, la manifestation de la volonté ne devait pas être viciée.

314. Le Rapporteur spécial a rappelé que le régime de la nullité en droit international était certainement l'un des aspects les plus complexes de l'étude des actes juridiques internationaux en général. Un aspect connexe de cette question était celui des effets d'un acte unilatéral qui serait contraire à un acte antérieur, que celui-ci soit conventionnel ou unilatéral: en d'autres termes, un acte unilatéral contraire à des obligations contractées précédemment par le même État. Le rapport distinguait aussi la nullité absolue, qui ne permettait ni la confirmation ni la validation de l'acte, de la nullité relative, qui permettait la confirmation ou la validation. Dans le premier cas, l'acte était contraire à une norme impérative du droit international (*jus cogens*) ou avait été formulé sous l'effet d'une contrainte exercée sur le représentant de l'État auteur de l'acte; dans le second cas, il s'agissait d'autres causes de nullité dont les parties pouvaient faire abstraction, et l'acte pouvait dès lors avoir des effets juridiques.

315. Dans son cinquième rapport, le Rapporteur spécial avait remplacé le projet d'article unique sur les causes de nullité par des dispositions distinctes, et ce, pour tenir compte des observations faites tant à la CDI qu'à la Sixième Commission. En disant «l'État [ou les États]», la nouvelle version faisait aussi place à la possibilité d'invoquer la nullité dans le cas d'actes unilatéraux d'origine collective.

316. Il convenait de noter également que dans la nouvelle version proposée pour l'article 5, l'État [ou les États] auteur[s] de l'acte pouva[en]t invoquer l'erreur, la fraude ou la corruption du représentant de l'État comme vice de la manifestation de volonté, mais que tout État pouvait invoquer la nullité si l'acte unilatéral était contraire à une norme impérative du droit international (*jus cogens*) ou à une décision prise par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte.

317. Le Rapporteur spécial a déclaré qu'un certain nombre de questions restaient en suspens et pourraient être étudiées plus avant. L'une de ces questions avait trait à la possibilité que, dans le cas d'actes unilatéraux d'origine collective, l'un des États ayant participé à la formulation de l'acte en invoque la nullité. Une autre question était celle des effets que la nullité de l'acte pouvait avoir sur les relations juridiques entre l'État qui invoquait la nullité et les autres États qui avaient participé à la formulation de l'acte, et sur leurs relations avec le destinataire de celui-ci. Il fallait également se pencher, notamment, sur la question des stipulations en faveur d'une tierce

partie, cas dans lequel, si l'acte ayant donné naissance à la relation était annulé, la relation avec l'État tiers était rompue. Le Rapporteur spécial a rappelé à cet égard que l'article 69 de la Convention de Vienne de 1969 énonçait les conséquences de la nullité d'un acte mais que celles-ci étaient différentes de celles postulées pour un acte unilatéral d'origine collective. Les observations sur ce point pourraient être prises en compte dans une disposition future sur le sujet.

318. La diversité des actes unilatéraux pouvait avoir des incidences sur la capacité d'invoquer la nullité de l'acte. S'agissant de la promesse ou de la reconnaissance, par exemple, l'État auteur pouvait invoquer la nullité de l'acte, mais dans le cas de la protestation, la situation était différente: dans ce cas, l'État auteur pouvait certes difficilement invoquer la nullité, mais rien ne semblait empêcher l'État destinataire de le faire.

319. Un autre point abordé dans le rapport mais qui n'apparaissait pas dans la formulation effective des articles concernait la question de savoir si l'État auteur pouvait, par son comportement ou son attitude, implicite ou explicite, perdre le droit d'invoquer une cause de nullité ou un motif de dénonciation de l'acte.

320. La question a été posée de savoir si un État pouvait valider n'importe quels actes unilatéraux par son comportement ultérieur ou s'il fallait établir une distinction en fonction des effets juridiques de l'acte. La protestation, par exemple, pourrait être abordée sous un angle différent.

321. Un autre point examiné dans le rapport avait trait à l'annulation d'un acte unilatéral pour cause de violation des dispositions du droit interne concernant la compétence pour formuler des actes unilatéraux et les restrictions particulières du pouvoir de manifester la volonté. Selon le régime de la Convention de Vienne, cette cause ne pouvait être invoquée que si la violation était manifeste et portait sur une norme ayant une importance fondamentale dans le droit interne de l'État considéré.

322. Un autre sujet traité dans le rapport était l'interprétation des actes unilatéraux. Le Rapporteur spécial était d'avis que, du fait même qu'il fallait une manifestation de volonté, les règles d'interprétation pouvaient s'appliquer à tous les actes unilatéraux, indépendamment de

leur contenu. En conséquence, il s'était efforcé d'établir une règle générale et une autre sur les moyens complémentaires d'interprétation, à l'instar du régime de la Convention de Vienne mais en tenant compte des caractéristiques propres aux actes unilatéraux.

323. L'article proposé sur l'interprétation ne mentionnait pas expressément le caractère restrictif de celle-ci, mais l'on pourrait y inclure une mention en ce sens ou traiter de cette notion dans le commentaire.

324. Une autre question que le Rapporteur spécial avait abordée dans l'additif au rapport était celle de la classification des actes unilatéraux. D'aucuns doutaient peut-être de l'utilité d'une classification mais le Rapporteur spécial considérait qu'elle pourrait aider à grouper les articles du projet et à structurer celui-ci. De plus, même si l'on ne pouvait établir une classification à ce stade, la Commission devait prendre une décision définitive sur le point de savoir s'il fallait élaborer des règles pour une catégorie d'actes unilatéraux telle que les promesses, qui consistaient pour l'État auteur à souscrire des obligations unilatérales. Le prochain rapport pourrait alors s'attaquer aux questions complexes de la révocation des actes unilatéraux, de leur modification, de leur extinction et de la suspension de leur application, questions dont le traitement serait plus aisé si on les rapportait uniquement à cette catégorie d'actes.

325. Le Rapporteur spécial a indiqué que la révocation ne pouvait faire l'objet d'une règle applicable à tous les actes unilatéraux. La révocation d'une promesse ou d'un acte par lequel un État souscrivait une obligation unilatérale semblait différer de la révocation d'un acte par lequel un État réaffirmait un droit.

326. L'extinction d'un acte unilatéral et la suspension de son application devaient aussi être examinées au regard des caractéristiques spécifiques de l'acte unilatéral. De l'avis du Rapporteur spécial, les règles relatives à l'extinction de l'acte unilatéral devraient s'inspirer de celles établies pour les traités dans les articles 59 et suivants de la Convention de Vienne de 1969, et les conséquences de l'extinction et de la suspension de l'application devraient être examinées sur la base des articles 70 et 72 de la Convention, mais compte dûment tenu des caractéristiques particulières de l'acte unilatéral.

327. Le Rapporteur spécial estimait que ces questions, qui ne pouvaient faire l'objet de règles communes, pourraient être examinées par la Commission et par le groupe de travail qui devait être constitué.

2. Résumé du débat

328. Des membres se sont félicités du cinquième rapport du Rapporteur spécial qui passait en revue un certain nombre de questions fondamentales sur un sujet complexe qui, s'il ne se prêtait pas facilement à la formulation de règles, revêtait néanmoins une grande importance dans les relations internationales. Selon un autre point de vue, le Rapporteur spécial n'avait pas dans ce cinquième rapport adopté de nouvelle approche du sujet à la lumière des critiques et des observations formulées, ni proposé de nouveaux articles tenant compte de ces considérations.

329. Certains membres ont réaffirmé que le sujet des actes unilatéraux des États se prêtait à une codification et un développement progressif par la Commission étant donné qu'il existait déjà dans ce domaine une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales. On a estimé que ce travail serait utile pour les États, qui pourraient ainsi savoir aussi précisément que possible à quoi ils s'exposaient en formulant de tels actes.

330. Un membre a néanmoins fait état de doutes fondamentaux quant à l'orientation et au contenu des travaux sur le sujet. Il a été dit à cet égard que la terminologie employée dans le projet d'article premier, où les actes unilatéraux étaient définis comme des actes «formulés dans l'intention de produire des effets juridiques», et dans l'article 5, où figurait l'expression «formulation de l'acte unilatéral» et où il était question des conditions de validité des actes unilatéraux ainsi que de leur interprétation, posait un problème. Ces articles donnaient à entendre qu'un acte unilatéral devait être considéré comme créateur d'un régime totalement volontaire ou créateur de droit, comme une sorte de promesse ou de déclaration unilatérale.

331. D'après ce membre, il était toutefois difficile de se souvenir d'un seul cas où un État aurait *unilatéralement* fait une promesse en se considérant comme juridiquement lié par cette promesse sans attendre de réciprocité de la part d'un autre État.

332. Dans la pratique pertinente, l'État auteur lui-même n'avait jamais envisagé, selon cette opinion, de formuler l'acte considéré pour produire des effets juridiques. Au contraire, il s'était senti lié par la façon dont il avait agi ou n'avait pas agi ou par ce qu'il avait dit ou n'avait pas dit, indépendamment de ce qu'il aurait pu indiquer concernant la façon dont il avait agi ou ce qu'il avait dit.

333. À propos de certaines des difficultés soulevées par le sujet, le même membre a dit que dans le passé, la Commission avait examiné avec succès des sujets traitant d'institutions juridiques qui pouvaient être définies et distinguées du reste de l'ordre juridique, alors que l'expression «actes unilatéraux» était une expression fourre-tout qui servait à décrire les diverses façons dont les États étaient parfois liés autrement que par l'effet d'institutions particulières ou la manière spéciale dont les États agissaient dans le but de produire des effets juridiques. En conséquence, la Commission essayait de codifier quelque chose qui n'existait pas en tant qu'institution juridique et ne savait donc pas très bien comment définir ce concept pour en faire une institution juridique.

334. En outre, une autre difficulté tenait au fait que la notion même d'acte unilatéral était fondamentalement ambivalente en ce qu'elle recouvrait deux choses différentes. D'une part, il s'agissait d'une description sociologique des actes des États. Les États s'engageaient dans des milliers d'actes, et ce de manière unilatérale en ce sens qu'ils décidaient d'agir à titre individuel. D'autre part, cette notion désignait aussi un mécanisme juridique par le lequel l'ordre juridique associait des normes et des obligations à la façon dont ces États agissaient et attachait des conséquences juridiques à leurs actions; c'était un mécanisme dans lequel l'ordre juridique intervenait indépendamment des acteurs eux-mêmes.

335. Selon ce point de vue, lorsque les États se rencontraient unilatéralement dans la sphère diplomatique, ils suscitaient des attentes que, selon le principe de la bonne foi, ils ne devaient pas décevoir. Ce mécanisme était impossible à décrire en termes de régime volontaire par lequel les États entendaient créer des effets juridiques et dans le cadre duquel ils formulaient des actes qui produisaient de tels effets.

336. En conséquence, l'ordre juridique attribuait une force obligatoire à certaines actions d'une manière différente de celle des traités ou d'autres institutions juridiques, dans la mesure où il s'agissait de créer non pas un droit universel mais un droit contextuel, une opposabilité bilatérale

existant entre l'État auteur d'une action particulière et les États dans lesquels cette action avait suscité certaines attentes.

337. Dans cette optique, il n'était pas possible d'élaborer des règles générales, car des relations particulières comme celles qui existaient entre la France, la Nouvelle-Zélande et l'Australie dans l'affaire des *Essais nucléaires* ou entre le Cambodge et la Thaïlande dans l'*Affaire du Temple de Préah Vihéar* résultaient d'une longue histoire et d'une situation géographique qui ne pouvaient être généralisées. L'opposabilité créée par des actes unilatéraux ne pouvait être soumise à des critères de compréhension généraux parce qu'elle se situait en dehors des institutions internationales et correspondait à ce qui était raisonnable dans le contexte du comportement humain et de l'histoire des États concernés.

338. L'approche envisagée était fondée sur l'hypothèse que les actes unilatéraux constituaient un phénomène du monde social. Ils étaient parfois liés à des institutions juridiques telles que les traités et le droit coutumier. Dans le cas des actes unilatéraux, on ne voyait pas clairement quelle institution faisait d'un acte une obligation. Selon une théorie, il n'en existait aucune, de sorte que les actes unilatéraux se situaient tout simplement en dehors de la légalité. Parfois, cependant, une institution invisible créait un lien entre un acte et une obligation. Cette institution invisible était une conception informelle de ce qui était juste et raisonnable dans une circonstance donnée.

339. En conséquence, il a été estimé que la Commission devrait abandonner l'idée du régime volontaire fondé sur les intentions des États et se concentrer sur les aspects raisonnables de la question pour ce qui était des attentes suscitées et des obligations juridiques encourues. Elle devrait aussi renoncer à toute analogie avec le droit des traités, qui avait une optique impersonnelle de l'ensemble des relations diplomatiques, et devrait au contraire fonder ses considérations sur le droit des relations sociales, dans le cadre duquel les individus exerçaient plus ou moins de pouvoir dans le réseau complexe des relations. La Commission jugerait peut-être bon de formuler des principes généraux, en précisant de quelle manière les relations particulières entre États acquéraient un caractère contraignant, ce qui serait extrêmement ambitieux et peut-être infaisable.

340. La Commission pourrait aussi combler le vide créé par l'absence d'institution juridique en se penchant sur une institution telle que la reconnaissance des États, qui intervenait à un niveau

différent de celui des traités ou de la coutume, mais servait néanmoins de lien entre certains types de comportement et les obligations juridiques. D'autres membres ont approuvé divers aspects des vues rapportées ci-dessus.

341. Tout en reconnaissant que le sujet des actes unilatéraux était effectivement différent des sujets plus traditionnels, un membre a également relevé que la Commission avait pratiquement épuisé la liste de ces derniers et qu'en conséquence elle était contrainte d'entreprendre de nouvelles études qui constituaient pour elle un défi mais aussi une occasion de développement novateur et progressif et de codification du droit.

342. À propos de l'affirmation selon laquelle la Commission essayait de codifier quelque chose qui n'existait pas en tant qu'institution juridique, on a fait observer que la question de savoir si les actes unilatéraux étaient une institution dépendait de ce que l'on entendait par institution. La question fondamentale qui se posait à la Commission était celle de savoir si un certain phénomène juridique appelé «acte unilatéral» existait en droit international et, dans l'affirmative, à quel régime juridique il était assujéti. En outre, selon l'article 15 de son statut, il appartenait à la Commission de créer des concepts intellectuels lorsqu'ils n'existaient pas encore et de les préciser si nécessaire.

343. Certains membres de la Commission ont exprimé leur désaccord avec l'adoption d'une approche suivant laquelle les traités, en tant qu'acte de volonté, seraient le seul mode de régulation des relations diplomatiques. Il a été noté à ce propos qu'il était difficile de démêler les liens entre la volonté d'un État et son intention et de tracer avec précision la frontière entre le royaume de la volonté et celui de l'intention.

344. Il a été dit également que même si le droit international n'était pas entièrement fondé sur la manifestation de la volonté des États, il était évident que si ceux-ci étaient liés par des obligations conventionnelles et par des actes unilatéraux, c'était de leur propre volonté individuelle ou collective.

345. Des doutes ont également été exprimés quant à la validité de l'idée selon laquelle les seules institutions pertinentes pour l'exercice qu'avait entrepris la Commission étaient les traités et la coutume. Outre les obligations conventionnelles et les obligations découlant du droit

international coutumier, il existait manifestement aussi des obligations internationales qui trouvaient leur origine dans des actes unilatéraux des États. Un exemple évident était donné en la matière par la reconnaissance, acte politique unilatéral qui avait aussi des effets juridiques sur le plan international. Il a donc été suggéré que le Rapporteur spécial accorde moins d'attention au comportement et aux intentions de l'État auteur de l'acte, et davantage aux effets de l'acte unilatéral sur d'autres États.

346. Rappelant que la raison pour laquelle les traités devaient être respectés était résumée par la règle *pacta sunt servanda*, un membre a noté qu'un élément intéressant de l'exercice de codification proposé par le Rapporteur spécial était l'idée que, *mutatis mutandis*, cela valait aussi pour les actes unilatéraux: autrement dit *acta sunt servanda*. Il faudrait naturellement déterminer les conditions précises dans lesquelles cette dernière règle était applicable. Cela dit, il n'appartenait pas à la Commission de rechercher les raisons profondes qui sous-tendaient ce principe.

347. À propos de la question de la réciprocité, il a été dit que même si un État ne formulait normalement pas un acte unilatéral sans en tirer quelque avantage pour lui-même, il n'y avait pas nécessairement de ce fait réciprocité. Tel serait le cas par exemple d'une promesse faite par un État requérant à un État requis que la peine de mort ne serait pas appliquée à un particulier dont l'extradition était demandée.

348. Il a également été noté à cet égard que, dans la pratique étatique récente, un différend était en fait survenu sur le point de savoir quel était l'organe national compétent pour faire une telle promesse au nom de l'État requérant: son parlement ou son gouvernement? Cela démontrait que les articles proposés par le Rapporteur spécial sur la représentation des États pour la formulation d'actes unilatéraux et sur la pertinence internationale des dispositions constitutionnelles internes répondaient à des besoins concrets.

349. En outre, il n'y avait aucune contradiction entre l'intention d'être lié en tant que facteur sous-tendant les actes unilatéraux, d'une part, et une déclaration suscitant des attentes légitimes, d'autre part, les deux étant complémentaires.

350. À propos de l'argument selon lequel les actes unilatéraux ne suscitaient que des attentes bilatérales et ne se prêtaient donc pas à la codification, l'attention a été appelée sur le fait que de tels actes pouvaient parfois avoir une portée plus générale. Tel était le cas par exemple des protestations que le Portugal avait élevées à propos du Traité relatif à la faille de Timor conclu entre l'Australie et l'Indonésie et dont l'effet avait été si large qu'il s'était répercuté sur d'autres États et même sur d'autres entités telles que des sociétés multinationales ayant des intérêts dans la région. De même, le Portugal avait à plusieurs reprises affirmé que le droit à l'autodétermination du peuple du Timor oriental avait un caractère *erga omnes* – affirmation qui avait été par la suite confirmée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Timor oriental*.

351. On a fait également observer que la Commission devait se garder de diluer les obligations «dures» découlant du droit des traités en établissant des analogies entre ces obligations et des obligations plus faibles assumées dans le contexte des actes unilatéraux.

352. Des points de vue divergents ont été exprimés au sujet de la suggestion tendant à ce que la Commission se concentre sur la reconnaissance des États. On a estimé d'une part que la Commission n'était pas l'instance appropriée pour traiter des droits de l'homme ou de questions hautement politiques comme celle qui était proposée. On a rappelé aussi d'autre part que la pratique et la doctrine dans ce domaine présentaient des divergences notoires et qu'il était donc difficile de codifier le droit en la matière. Selon une autre opinion toutefois, il existait bien des règles et une pratique étatique concernant des questions telles que la reconnaissance des États et la Commission pouvait donc entreprendre un travail à la fois de codification et de développement progressif dans ces domaines, même s'ils étaient politiquement sensibles.

353. S'agissant de l'approche qui consistait à procéder par analogie avec le droit des traités, il a été dit que même si les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 ne pouvaient pas être reprises à tous égards, elles pouvaient néanmoins fournir des orientations et susciter un débat fructueux sur leur degré d'applicabilité aux actes unilatéraux.

354. À propos de la suggestion du Rapporteur spécial d'élaborer une règle dont la substance serait «*acta sunt servanda*», il a été dit que poser un tel principe obligerait la Commission à analyser en détail tous les aspects théoriques du caractère contraignant des actes unilatéraux; une

telle proposition n'était donc pas acceptable. Selon une autre opinion, en l'état actuel de l'étude du sujet, une disposition *acta sunt servanda* ne pourrait guère aller plus loin que l'énoncé du devoir incombant à l'État auteur d'un acte unilatéral d'adopter un comportement cohérent au regard de cet acte, en tenant compte du principe de la bonne foi et de la nécessité de respecter l'état de confiance et les attentes légitimes créées par l'acte, compte tenu également de la diversité des actes unilatéraux; ensuite seulement, lorsque la Commission serait passée aux catégories particulières d'actes unilatéraux, l'on pourrait énoncer plus clairement les conséquences juridiques de chaque acte.

355. La Commission a également procédé à un échange de vues sur la question de savoir si un acte unilatéral constituait une source de droit international de même rang que les sources habituelles, à savoir le traité et la coutume. En d'autres termes, un acte unilatéral pouvait-il déroger au droit international général ou à des obligations *erga omnes*? Il a été dit à cet égard qu'un acte unilatéral ne devrait jamais prévaloir sur le droit international général ni sur les dispositions d'une convention multilatérale à laquelle l'État auteur de l'acte unilatéral serait partie. Il a été suggéré que le Rapporteur spécial étudie la relation entre les actes unilatéraux et les autres sources du droit international.

356. Par ailleurs, on a fait observer que les actes unilatéraux ne devraient pas être inclus dans la classification des sources du droit international. Il a été dit à cet égard que ces actes créaient des obligations et non du droit, et que le renvoi malencontreux à la notion de validité dans l'ensemble de l'article 5 venait de ce que l'on n'avait pas su énoncer la théorie des actes unilatéraux en termes d'obligations réciproques entre États, pouvant créer dans certaines circonstances un réseau d'opposabilités.

357. Selon une autre opinion, la question de savoir si les actes unilatéraux étaient une source de droit ou une source d'obligations relevait d'une confusion entre l'élaboration de règles et la production d'effets juridiques. Si l'on examinait des cas précis et concrets, on constatait que, dans certaines circonstances, l'acte unilatéral pouvait créer une obligation pour l'État qui en était l'auteur, que cette obligation déterminait souvent la conduite future de cet État et que d'autres États pouvaient intégrer cette conduite à la leur. Mais, qu'il s'agît de droits ou d'obligations, les effets juridiques de l'acte unilatéral ne pouvaient être autonomes et devaient être régis par le

droit international. En sortant les actes unilatéraux du contexte du droit existant – les relations conventionnelles en particulier – pour en faire un pur processus de création d'effets juridiques prenant la forme de droits et d'obligations, la Commission risquait de s'égarer du fait qu'elle mettait trop l'accent sur les critères de formulation de ces actes.

358. Il a été dit également que les actes unilatéraux, et les différentes formes par lesquelles ils s'exprimaient, pouvaient présenter un intérêt, voire avoir des effets, sur le plan juridique, mais qu'ils ne pouvaient en eux-mêmes avoir valeur d'obligations internationales. Ils ne pouvaient être analysés que par rapport à l'action, à la réaction et à l'acceptation sous une forme ou une autre par d'autres États.

359. Un membre a dit qu'il ne partageait pas cet avis, estimant que la promesse de faire quelque chose, la reconnaissance d'un autre État ou d'une situation, la renonciation à un droit ou la protestation contre le comportement d'un autre ou de plusieurs autres sujets de droit international étaient des actes qui produisaient bien des effets juridiques, même si, pour certains, ce ne serait le cas que si d'autres États ou un tribunal international prenaient l'État auteur de l'acte au mot.

360. En outre, l'attention a été appelée sur le fait que, même si l'acte unilatéral n'était pas en soi un mécanisme créateur de droit ou de normes, il pouvait être à l'origine d'une pratique étatique qui, elle-même, finissait par créer une norme.

361. Un débat a également eu lieu à la Commission sur la manière de mettre fin à l'obligation créée par un acte unilatéral. Il a été noté que dans le cas d'un traité il y avait une procédure et une méthode convenues qui devaient être respectées, alors que dans le cas de l'acte unilatéral, seul l'estoppel, l'acquiescement, l'existence d'un traité, la coutume ou quelque autre obligation pouvait faire obstacle à une extinction tout aussi unilatérale.

362. Toutefois, selon une autre opinion, il ne pouvait être mis fin à un acte unilatéral à tout moment parce qu'un État qui avait manifesté unilatéralement sa volonté d'être lié était, de fait, lié. Il a été fait référence à l'arrêt rendu en 1974 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Essais nucléaires*, dans lequel la Cour avait indiqué que l'engagement unilatéral «ne saurait être interprété comme ayant comporté l'invocation d'un pouvoir arbitraire de révision». Les actes unilatéraux, comme les traités, pouvaient conduire à des situations dans lesquelles les

États se retrouvaient pris contre leur volonté; une fois exprimé, leur engagement était irrévocable, pourtant le traité ou l'acte n'avait aucun effet tant qu'il n'était pas invoqué par d'autres États. Néanmoins on a également fait observer qu'il pouvait être mis fin à un acte unilatéral de bonne foi et que la technique de la révocation méritait d'avoir sa place dans l'étude des moyens de terminaison de l'acte unilatéral.

363. Il a été suggéré également que le Rapporteur spécial examine la question des effets juridiques des actes unilatéraux dans le temps ainsi que celle des relations entre les actes unilatéraux des États et le comportement des États. Il serait pertinent d'étudier ces notions voisines. On pourrait également examiner la question de savoir si un acte unilatéral devait être confirmé et, dans l'affirmative, comment pouvaient être réglés les problèmes soulevés par le silence.

364. Des points de vue divergents ont été exprimés au sujet de la classification des actes unilatéraux. Il a été dit notamment que les États entendaient manifestement par leurs actes unilatéraux produire des effets de droit. En ce sens il n'y avait aucune différence entre ces actes et les traités, qu'il était aussi impossible de réduire à une seule catégorie homogène mais qui étaient néanmoins assujettis à l'application de règles communes. Les actes unilatéraux pouvaient ainsi être divisés en deux catégories, du moins quant à leurs effets. Toutefois, plutôt que la classification proposée par le Rapporteur spécial, il a été suggéré de distinguer entre les actes «condition» tels que la notification et son pendant négatif, la protestation, qui étaient nécessaires pour qu'un autre acte produise des effets juridiques, et les actes «autonomes» qui produisaient des effets juridiques par eux-mêmes, tels que la promesse, la renonciation, qui pouvait être considérée comme une promesse à l'envers, et la reconnaissance, qui était une sorte de promesse. Lorsqu'on étudierait les effets juridiques des actes unilatéraux, il faudrait sans doute opérer des distinctions entre ces deux catégories, mais il devrait être possible d'établir une définition, et un régime juridique commun, des actes unilatéraux.

365. On a aussi fait valoir que la proposition du Rapporteur spécial tendant à distinguer entre les actes unilatéraux par lesquels les États réaffirmaient des droits et ceux qui étaient source d'obligations ne pouvait être retenue. Ainsi, la déclaration de neutralité citée en exemple était à la fois source de droits pour l'État qui en était l'auteur et source d'obligations pour les États

belligérants auxquels elle s'adressait. Assimiler une telle déclaration à une renonciation ou à une promesse n'était pas une solution satisfaisante dans la mesure où l'État qui en était l'auteur pouvait décider ultérieurement de prendre part au conflit en invoquant la légitime défense s'il était attaqué par l'un des belligérants.

366. Selon un autre point de vue, la Commission devait s'abstenir de chercher à classer les actes unilatéraux; la doctrine s'était penchée sur la question sans grand succès et la jurisprudence internationale ne montrait apparemment que peu d'intérêt à établir une hiérarchie entre eux. On a également émis l'avis que cette classification était prématurée; il fallait au préalable collecter des informations sur la pratique des États et les analyser.

367. Des points de vues divergents ont également été exprimés au sujet de l'approche que la Commission pouvait adopter sur le sujet des actes unilatéraux. Des membres de la Commission ont estimé qu'il était tout à fait possible d'élaborer un ensemble de règles générales minimums régissant les actes unilatéraux, qui font effectivement partie du droit international. Il a été dit qu'une théorie générale sur les actes unilatéraux ne devrait pas être limitée aux quatre actes particuliers mentionnés par le Rapporteur spécial, ni poser comme condition que les effets de ces actes unilatéraux soient nécessairement des obligations; de plus, la relation en cause pouvait ne pas être uniquement bilatérale ou trilatérale, mais aussi *erga omnes*. Après avoir examiné les règles générales, la Commission pourrait passer à l'examen de l'un des quatre actes particuliers. Il a été noté à cet égard que la reconnaissance ou la promesse constituerait, semble-t-il, un bon sujet de discussion.

368. On a fait observer qu'il n'était plus temps pour la Commission de changer de méthode de travail. Celle-ci devait donc s'efforcer d'achever aussi vite que possible la rédaction de la partie générale du projet d'articles, en arrêtant l'examen du projet à la question de l'interprétation, sans s'engager dans la formulation d'un principe *acta sunt servanda* ni dans l'examen des questions de suspension, d'extinction ou de rétroactivité, qui pourraient être examinées dans des parties spécialisées consacrées à certains actes unilatéraux. Dans une deuxième étape, la Commission pourrait se concentrer sur des types particuliers d'actes unilatéraux, à savoir la promesse, la renonciation, la reconnaissance et la protestation. Dans une troisième étape de ses travaux, la

Commission devrait réexaminer l'ensemble des principes établis à la lumière de cas particuliers, en vue de décider si la rédaction d'un projet d'articles sur le sujet était la meilleure méthode.

369. Tout en approuvant l'idée de poursuivre les travaux entrepris, un membre a dit préférer que la Commission aille jusqu'à l'examen de la suspension et de l'extinction des actes unilatéraux, pour avoir une vision complète de la question. Selon une autre approche, il était extrêmement difficile de trouver des règles générales s'appliquant aux situations très diverses qui faisaient l'objet d'actes unilatéraux, dont chacun était fondé sur des faits et impliquait de longues relations entre les États.

370. Selon un autre point de vue, toutefois, la Commission pouvait aussi commencer par examiner des exemples d'actes unilatéraux, tels que la reconnaissance, la promesse, la renonciation et la protestation, en vue de déterminer s'il était possible d'établir des règles générales. Par la suite, la Commission pourrait procéder à une étude plus détaillée d'une catégorie particulière d'actes unilatéraux; elle pourrait également poursuivre l'exercice en examinant d'autres actes ou omissions, tels que le silence, l'acquiescement et l'estoppel.

371. En conséquence, il a aussi été suggéré qu'au lieu de chercher à assujettir le très large éventail d'actes unilatéraux à un ensemble unique de règles générales, on procède à une étude préliminaire des problèmes spécifiques qui se posaient concernant certains types d'actes unilatéraux.

372. On a fait valoir également qu'il ne suffisait pas de compiler la doctrine et la jurisprudence relatives aux actes unilatéraux. Ce n'était qu'une fois achevée l'étude de la pratique des États que la Commission pourrait décider de choisir entre l'option de la généralité et celle de la spécificité dans l'étude des actes unilatéraux.

373. Ayant noté que seuls trois États avaient répondu au questionnaire adressé aux gouvernements en 2001, un membre a suggéré de recourir à d'autres sources, par exemple le répertoire de la pratique des États publié par les ministères des affaires étrangères et d'autres annuaires de droit international. Il a été proposé à cet égard d'entreprendre un projet de recherche sur le sujet, peut-être avec le soutien financier d'une fondation, qui serait axé sur une

analyse de la pratique à partir d'exemples concrets des quatre catégories traditionnelles d'actes unilatéraux.

374. En ce qui concerne le projet d'articles lui-même, on a fait observer qu'il faudrait élargir les effets de la définition des actes unilatéraux donnée dans l'article premier, au-delà des États et des organisations internationales, à d'autres entités telles que mouvements, peuples, territoires, voire le Comité international de la Croix-Rouge. L'attention a été appelée à cet égard sur la nécessité d'analyser le cas des actes unilatéraux formulés par une entité politique reconnue par certains gouvernements mais pas par d'autres, ou bien représentant un État en cours de création, comme la Palestine. En outre, un acte unilatéral pouvait aussi produire des effets juridiques *erga omnes*; ce qui importait, c'était que l'acte ait des conséquences dans l'ordre juridique international.

375. Il a été suggéré par ailleurs d'adopter à titre provisoire, pour la suite des travaux, la définition proposée par le Rapporteur spécial. Selon ce point de vue, il était juste de parler, dans la définition, de l'«intention» de l'État d'être lié, car cette intention existait bien dans les quatre types d'actes unilatéraux énumérés; par contre, l'expression «non équivoque» paraissait redondante, car si la manifestation de volonté n'était pas «non équivoque», on pouvait présumer qu'il n'y avait pas d'intention d'être lié. Il a été aussi noté à cet égard qu'une déclaration au contenu équivoque pouvait néanmoins engager un État si celui-ci avait l'intention de s'engager. On a estimé en outre que l'expression «non équivoque» relevait de la problématique de l'interprétation plutôt que de celle de la définition et n'avait donc pas sa place dans l'article premier proposé.

376. On s'est dit opposé à l'inclusion des mots «et dont ledit ou lesdits États ou ladite ou lesdites organisations internationales ont connaissance» car ils posaient le même problème que l'expression «non équivoque» et introduisaient un élément de preuve qui compliquait inutilement la définition.

377. Il a été suggéré d'améliorer le texte proposé pour l'article premier en y incorporant l'expression «régé par le droit international» qui figure dans la Convention de Vienne, ainsi qu'une référence à la non-pertinence de la forme que pourrait prendre l'acte unilatéral.

378. En outre, s'agissant de la définition, on s'est interrogé sur l'exclusion du comportement en tant qu'objet possible de l'acte unilatéral; on a également dit qu'une plus grande attention pourrait aussi être accordée à la notion de silence.

379. On a également fait observer qu'il ne fallait pas adopter de définition des actes unilatéraux tant que l'on n'aurait pas fait une étude, à la lumière de la pratique des États, des divers types d'actes unilatéraux afin de déterminer s'ils présentaient des traits communs.

380. Certains membres ont accueilli avec satisfaction les articles sur la validité des actes unilatéraux proposés par le Rapporteur spécial, qui s'inspiraient des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1969, mais on s'est aussi demandé jusqu'à quel point ces dispositions pouvaient être transposées au cas des actes unilatéraux.

381. Plusieurs suggestions ont été faites à cet égard en faveur d'un examen plus détaillé des articles, eu égard tant au sujet lui-même qu'à la nécessité de tenir compte de la pratique des États en la matière. Il a été suggéré d'ajouter aussi dans le projet d'articles une disposition s'inspirant de l'article 64 de la Convention de Vienne sur la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international; on a également estimé qu'il valait mieux énoncer les effets de la nullité de l'acte unilatéral que préciser qui pouvait invoquer cette nullité; on a également appuyé l'idée de raccourcir la liste des causes de nullité.

382. Il a été suggéré également d'énoncer une règle générale sur les conditions de validité des actes unilatéraux, à savoir leur contenu matériellement possible, leur licéité en droit international, l'absence de vice dans la manifestation de volonté, la notoriété de la manifestation de volonté et l'intention de produire des effets juridiques au plan international.

383. Il a été dit en outre qu'il fallait faire une distinction entre les cas d'invocation de la nullité de l'acte unilatéral et ceux de nullité de l'acte parce qu'il était contraire à une norme impérative du droit international. Dans le deuxième cas de figure, c'était le droit international qui rendait l'acte nul et non le fait que l'État qui l'avait formulé ou tout autre État invoquait cette cause de nullité.

384. À propos de la distinction établie entre nullité absolue et nullité relative, la question se posait de savoir si cette distinction, qui se justifiait dans le cas du droit des traités, était transposable au domaine des actes unilatéraux. La raison principale pour laquelle on faisait une telle distinction dans le droit des traités était de veiller à ce que les États ne portent pas atteinte à la sécurité juridique en remettant en cause des engagements réciproques; or il n'existait aucune réciprocité de ce genre dans le cas des actes unilatéraux.

385. S'agissant de la validité d'un acte unilatéral, on a fait observer qu'elle dépendait de la relation de cet acte avec une règle coutumière ou conventionnelle, à savoir une autre règle de droit international général autorisant l'État à agir unilatéralement, question à laquelle le Rapporteur spécial pourrait réfléchir.

386. On a fait valoir que la notion de «nullité absolue» posait problème et qu'il appartenait à la Commission de voir s'il fallait l'utiliser.

387. Il a été dit également que la notion de nullité pourrait créer des difficultés de taille dans le cas d'actes unilatéraux d'origine collective. Ainsi, lorsque la cause de nullité n'existait que pour certains des États auteurs de l'acte unilatéral, il se poserait la question de savoir si l'acte était nul pour l'ensemble des États. Il a été suggéré par ailleurs que la question des actes unilatéraux collectifs soit traitée dans le commentaire ou fasse l'objet d'une disposition distincte.

388. On a également émis l'avis que l'idée sur laquelle reposait l'article 5, à savoir que les actes unilatéraux pouvaient être envisagés sous l'angle de leur validité ou de leur nullité, était erronée: les actes unilatéraux devaient en fait être envisagés en termes d'opposabilité ou de non-opposabilité. La validité était une qualité de la loi: lorsqu'un parlement votait une loi, elle devenait valide et donc contraignante. En revanche, les actes unilatéraux ne répondaient pas aux critères formels auxquels une loi devait obéir pour avoir des conséquences juridiques. Ils produisaient plutôt des effets juridiques dans des circonstances particulières, où la conduite d'un État était interprétée par un certain nombre d'autres États comme étant opposable.

389. Posant en hypothèse la validité des actes unilatéraux, le Rapporteur spécial énumérait certaines causes de nullité, en omettant toutefois la plus manifeste, à savoir le simple cas du fait illicite, contraire au droit et aux obligations de l'État dans la sphère de la responsabilité des États.

Il était clair qu'un acte unilatéral pouvait être non opposable – ou «nul», pour reprendre le terme utilisé par le Rapporteur spécial – parce qu'il constituait un fait illicite dans un système général de droit qui était valide et qui donnait du sens à des actions particulières des États en leur attribuant la qualité d'opposabilité.

390. Selon un autre point de vue, les deux notions d'opposabilité et de validité se plaçaient sur deux terrains totalement différents. S'agissant de la validité, la question qui se posait était celle de savoir si un acte était en fait susceptible de créer des obligations. Une fois le problème résolu, on pouvait demander à l'égard de qui l'acte créait des obligations et on pouvait appeler cela l'opposabilité. Néanmoins, cela n'avait aucun rapport avec le sujet à l'étude. Un acte unilatéral serait toujours opposable à la partie qui l'avait valablement formulé mais il fallait savoir s'il était également opposable à d'autres instances. La question de l'opposabilité pouvait figurer dans les travaux sur le sujet à l'étude, mais cela ne devait pas empêcher la Commission de s'intéresser aux causes de nullité.

391. Un membre a exprimé son désaccord avec l'argument selon lequel une fois qu'un État avait manifesté son intention d'être lié, il existait un acte unilatéral valide, même si cet acte n'était opposable qu'à cet État. Il a été dit à cet égard qu'un acte unilatéral ne pouvait être perçu comme totalement autonome par rapport aux autres États; sans l'existence au moins de relations bilatérales, en ce sens que l'acte devait produire des effets vis-à-vis d'autres États, rien ne pouvait être considéré comme ayant un caractère contraignant en droit international.

392. Des réticences ont été exprimées au sujet de l'emploi de l'expression «[[sa]manifestation de volonté] [[son]consentement] à être lié par l'acte» dans le projet d'article 5 a), étant donné qu'un État pouvait très bien, en formulant un acte unilatéral, affirmer simplement un droit.

393. En ce qui concerne les articles 5 d), e), f), g) et h) proposés par le Rapporteur spécial, on a fait observer qu'ils étaient censés s'inspirer de la Convention de Vienne de 1969 mais n'en reprenaient pas la terminologie et qu'ils pourraient donc être reformulés.

394. S'agissant de l'article 5 f), il a été noté qu'il était dit tout simplement à l'article 53 de la Convention de Vienne qu'un traité «est nul».

395. Il a été dit que la nullité devait être considérée comme pouvant être invoquée par un État quel qu'il soit non seulement quand l'acte unilatéral était contraire à une norme impérative du droit international, mais aussi en cas de menace ou d'emploi de la force. Autrement dit, il serait préférable de réintroduire sous cette forme la distinction entre nullité absolue et nullité relative établie dans la Convention de Vienne.

396. On a fait observer en outre que l'article 5 g) pourrait susciter des difficultés car, même si en cas de conflit d'obligations les obligations nées de la Charte devaient prévaloir, il n'en résultait pas pour autant qu'un acte unilatéral, s'il était contraire à une décision du Conseil de sécurité, fût nécessairement nul; la préférence a été exprimée à cet égard pour une formulation qui mette en évidence la hiérarchie des normes, tout en évitant le terme très dangereux de «nullité»; cette disposition n'aurait pas non plus sa place dans la section du projet d'articles consacrée à la nullité.

397. Selon l'article 5 h), l'État auteur d'un acte unilatéral pouvait invoquer la nullité de cet acte s'il était contraire à une norme d'importance fondamentale du droit interne de l'État qui en était l'auteur. Il a été demandé à cet égard si le droit interne pouvait être invoqué pour annuler un acte qui produisait déjà des effets juridiques internationaux et si cela mettait en jeu la responsabilité internationale de l'État auteur. Il a été suggéré également d'intégrer dans cette disposition la notion de caractère «manifeste» du conflit avec une norme d'importance fondamentale du droit interne de l'État.

398. S'agissant de la question de savoir qui était habilité à formuler un acte unilatéral, on a émis l'avis qu'il fallait restreindre la capacité de formuler un acte unilatéral aux personnes mentionnées à l'article 7, paragraphe 2 a), de la Convention de Vienne mais, selon un autre point de vue, il fallait vérifier dans la pratique des États si d'autres organes pouvaient engager l'État dans des domaines spécifiques.

399. On a soulevé la question de savoir si un organe qui outrepassait ses compétences ou contrevenait à ses instructions engageait néanmoins l'État au plan international; selon l'article 7 des articles sur la responsabilité des États, on pouvait répondre à cette question par l'affirmative. Par conséquent, il fallait examiner plus avant le projet d'article 5 h) étant donné que le principe même qu'il énonçait était douteux. Il a été dit en outre que cela valait, a fortiori, pour la question

des restrictions particulières au pouvoir d'exprimer le consentement d'un État, traitée à l'article 47 de la Convention de Vienne; le Rapporteur spécial n'avait pas indiqué les raisons pour lesquelles il n'avait pas transposé cette disposition au cas des actes unilatéraux.

400. Selon un autre point de vue toutefois, il n'y avait pas lieu de se référer au projet d'articles sur la responsabilité des États car il s'agissait en l'espèce non de responsabilité, mais d'une manifestation de volonté qui engageait l'État et qui ne pouvait être le fait d'un simple agent de l'État.

401. On a fait observer en outre que seul l'État auteur pouvait contester la compétence des personnes qui avaient formulé l'acte unilatéral; il n'était pas certain que les autres États puissent invoquer cet argument.

402. En ce qui concerne les dispositions relatives à l'erreur, la fraude, la corruption et la contrainte, on a émis l'avis qu'il faudrait réfléchir plus avant à leur formulation en tenant davantage compte de la pratique, abondante, des États dans ce domaine.

403. Certains membres ont convenu que pour ce qui était de l'interprétation des actes unilatéraux, le critère primordial était l'intention de l'État auteur de l'acte et qu'il pouvait être utile de recourir à cette fin aux travaux préparatoires si l'on disposait de ceux-ci. Il a été noté à cet égard qu'il n'était fait référence aux travaux préparatoires que comme moyens complémentaires d'interprétation et que cette mention était placée entre crochets à l'article b), ce qui laissait entendre qu'il s'agissait d'un élément mineur alors qu'il était en fait important et qu'il fallait le mettre en évidence dans le contexte de l'intention.

404. D'autres membres, en revanche, ont émis des réserves au sujet de la référence aux travaux préparatoires, étant donné que dans le cas des actes unilatéraux, il n'était pas certain que l'on puisse avoir accès à ces travaux. On a fait observer en outre que l'interprétation restrictive des actes unilatéraux, en faveur de laquelle le Rapporteur spécial avait présenté des arguments, n'était pas reflétée dans le texte des articles.

405. On a fait observer que le maintien des mots «le préambule et les annexes», qui figuraient au paragraphe 2 du projet d'article a), n'était peut-être pas justifié compte tenu du fait que ces

deux éléments ne se retrouvaient pas souvent dans les actes unilatéraux. Il a été suggéré à cet égard de préciser dans cette disposition qu'aux fins de l'interprétation d'un acte unilatéral, le contexte devait comprendre le texte et, le cas échéant, le préambule et les annexes. Il fallait faire de même concernant la référence aux travaux préparatoires à l'article b).

406. Il a été suggéré de simplifier les choses en élaborant une règle générale suffisamment large sur l'interprétation des actes unilatéraux et en reléguant dans le commentaire les détails tels que le recours aux préambules et aux travaux préparatoires, étant entendu qu'il se pourrait que, par la suite, il faille établir des règles d'interprétation spécifiques pour certaines catégories d'actes.

407. L'avis a également été émis que, compte tenu de la diversité de la pratique des États, il serait peut-être préférable de procéder au cas par cas au lieu de chercher à établir une règle commune uniforme d'interprétation.

408. Une autre proposition tendait à ce que la Commission prenne l'objet et le but des actes unilatéraux comme critère d'interprétation de ces actes. Selon un autre point de vue, il était prématuré d'examiner la question de l'interprétation des actes unilatéraux.

409. À propos de l'article 7 proposé, selon lequel un acte unilatéral était par nature obligatoire, il a été noté que cette disposition ne pouvait pas servir de règle générale, en ce sens que l'on ne pouvait pas nécessairement dire que la protestation, par exemple, engageait l'État qui la formulait.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

410. Le Rapporteur spécial a noté que différentes tendances s'étaient dégagées au cours du débat. Pour certains membres, il était impossible de codifier les règles relatives aux actes unilatéraux. Pour d'autres, c'était un sujet très difficile, et il convenait de revoir la façon de procéder pour pouvoir avancer. D'autres encore avaient estimé que la matière était codifiable et que l'établissement de règles était nécessaire pour garantir les relations juridiques entre États, tout en exprimant toutefois des doutes.

411. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il partageait l'avis de la grande majorité des membres qui estimaient que les actes unilatéraux existaient effectivement, qu'ils constituaient une

institution bien établie du droit international et qu'ils pouvaient lier l'État auteur, sous réserve de certaines conditions de validité. À son avis, les actes unilatéraux n'étaient pas source de droit au sens de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, mais ils pouvaient néanmoins être source d'obligations. Il a souligné qu'il existait une jurisprudence de la Cour internationale de Justice sur les actes unilatéraux, par exemple dans l'affaire des *Essais nucléaires*, l'*Affaire du Temple de Préah Vihear* ou l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries*.

412. En ce qui concerne la préoccupation exprimée par un membre de la Commission devant le peu d'avancement de l'étude du sujet en cinq ans, le Rapporteur spécial a fait remarquer qu'il n'était pas possible d'aller de l'avant tant que la Commission ne serait pas parvenue à un accord minimal sur le traitement du sujet. L'approche théorique était indispensable, mais la pratique l'était tout autant. La Commission devait examiner le sujet en profondeur et tenir compte des opinions des gouvernements. Le Rapporteur spécial a approuvé par conséquent la proposition tendant à créer un mécanisme qui serait chargé de faire une étude de la pratique des États avec l'assistance éventuelle d'une institution privée extérieure. Il a néanmoins rappelé également la demande qu'il avait faite les années précédentes aux membres de la Commission de lui transmettre des informations sur la pratique de leur pays.

413. Tout en reconnaissant la complexité du sujet, le Rapporteur spécial s'est rallié à la majorité des membres de la Commission pour considérer que les travaux pourraient se poursuivre si l'on parvenait à un consensus sur certains points. Il était d'avis que la Commission pouvait continuer ce qui avait été commencé et examiner la pratique ultérieurement. Il n'était donc pas besoin de marquer une pause ni d'abandonner totalement le sujet, puisqu'une telle décision serait en contradiction avec le message adressé précédemment par la Commission à la communauté internationale, à savoir que la sécurité des relations juridiques internationales était un point important et que la codification des actes unilatéraux pourrait contribuer à augmenter la confiance dans ces relations.

414. Le Rapporteur spécial a donc proposé que, dans un premier temps, un groupe de travail s'efforce d'élaborer des règles communes à tous les actes, puis, dans un deuxième temps, axe ses

travaux sur l'examen de règles spécifiques pour une catégorie particulière d'actes unilatéraux, comme la promesse ou la reconnaissance.

415. En ce qui concerne la possibilité d'élaborer une disposition définissant un principe *acta sunt servanda*, le Rapporteur spécial a noté qu'une telle reconnaissance constituerait une avancée dans la codification des règles applicables aux actes unilatéraux. La nécessité d'élaborer une norme sur le caractère obligatoire des actes unilatéraux avait été établie dans l'additif 2 à son cinquième rapport et il pensait que cette question méritait d'être étudiée de manière plus approfondie par un groupe de travail.

416. S'agissant du point de savoir si la réciprocité était nécessaire, le Rapporteur spécial a déclaré que, d'après la doctrine et la jurisprudence, la principale caractéristique des actes unilatéraux était que, pour être valables, ils ne requéraient ni acceptation ni aucune autre réaction de l'autre partie pour produire des effets juridiques. En outre, la réciprocité était à distinguer de l'intérêt de l'État auteur. À cet égard, il a aussi noté que la réciprocité n'était pas toujours présente même dans le domaine conventionnel, puisqu'il pouvait y avoir, dans le cadre d'un traité, engagement sans réciprocité.

417. En réponse à la proposition de limiter l'étude aux deux actes unilatéraux qu'étaient la promesse et la reconnaissance, l'élaboration de règles générales étant impossible en raison de la trop grande diversité de la matière, le Rapporteur spécial a estimé qu'il était possible d'élaborer des règles communes sur le mode de formation et l'interprétation des actes; l'acte unilatéral était une manifestation unilatérale de volonté, qui était la même dans tous les cas, quels que soient son contenu ou ses effets juridiques.

418. En ce qui concerne l'opinion selon laquelle c'étaient les effets produits plutôt que l'intention qui étaient importants, il a noté, que pour déterminer les effets juridiques d'un acte, il fallait d'abord déterminer sa nature et, pour ce faire, déterminer l'intention de l'auteur de l'acte, ce qui amenait à procéder à une interprétation.

419. Le Rapporteur spécial a cru comprendre que les membres de la Commission s'accordaient en général à penser que la définition de l'acte unilatéral donnée dans le projet d'article premier pouvait s'appliquer à tous les actes visés; les doutes que d'aucuns avaient émis à propos de

l'emploi de l'expression «non équivoque» ou de la «notoriété» que devait revêtir l'acte unilatéral, ainsi que la proposition d'élargir la catégorie des destinataires de l'acte unilatéral, pourraient être examinés au Comité de rédaction.

420. En ce qui concerne les personnes habilitées à agir au nom de l'État et à l'engager au plan international, deux courants s'étaient dégagés. L'un souhaitait limiter la capacité de formuler un acte unilatéral à des personnes bien déterminées, notamment celles mentionnées à l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, tandis que l'autre considérait que cette capacité devait s'étendre à d'autres personnes, voire à toute personne autorisée par l'État à formuler des actes unilatéraux susceptibles d'affecter d'autres États. À cet égard, le Rapporteur spécial a noté que la référence faite, au paragraphe 93 de son cinquième rapport, aux articles 7 à 9 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite signifiait que l'élargissement prévu dans ces articles ou à l'article 3 n'était pas valable ni applicable dans le cas des actes unilatéraux parce que l'évolution du droit international dans les deux matières avait été différente, tout comme les considérations à prendre en compte.

421. Certains membres avaient indiqué préférer ne pas établir de distinction entre nullité absolue et nullité relative des actes unilatéraux, tandis que d'autres avaient estimé que cette distinction pourrait être utile. De l'avis du Rapporteur spécial, la notion de nullité «absolue» ou «relative» jouait un rôle important lorsqu'il s'agissait de déterminer qui pouvait invoquer la nullité d'un acte.

422. Pour ce qui était des articles 5 a) à 5 h) concernant les causes de nullité de l'acte unilatéral, le Rapporteur spécial se rangeait à l'avis des membres qui avaient fait observer, fort judicieusement, que la mention du «consentement» renvoyait au droit des traités et qu'elle n'avait donc pas sa place dans le contexte des actes unilatéraux, et il adhérait à la suggestion tendant à prendre aussi en considération l'article 64 de la Convention de Vienne, qui concernait la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général. Quant à la nullité d'un acte unilatéral pour non-conformité à une décision du Conseil de sécurité, il suffirait que seules peut-être soient visées les décisions arrêtées en vertu des Articles 41 et 42 de la Charte.

423. Certains membres de la Commission ont évoqué la nullité d'un acte unilatéral pour non-conformité à une obligation antérieure assumée par l'État par la voie conventionnelle ou

unilatéralement. Pour le Rapporteur spécial, il ne s'agirait pas là d'un cas de nullité de l'acte ou de vice de validité, mais d'un cas de conflit de règles, lequel était réglé par le régime de Vienne dans des dispositions différentes de celles relatives à la nullité des traités.

424. Notant que l'emploi du mot «invoquer» dans le texte des articles avait été jugé inutile, le Rapporteur spécial a relevé que ce terme figurait dans les dispositions correspondantes des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Il s'agissait dans le texte à l'étude de la possibilité qu'avait un État d'invoquer une cause de nullité, l'invocation de la nullité étant quelque chose de différent.

425. Contrairement à l'opinion de certains membres, le Rapporteur spécial estimait que les règles d'interprétation étaient essentielles et qu'il y avait lieu de les examiner dès à présent. Seule l'interprétation permettait de déterminer si l'acte était unilatéral, s'il était licite, s'il produisait des effets juridiques et à ce titre liait l'État auteur et s'il ne relevait pas d'autres régimes comme le droit des traités. En outre, comme d'aucuns l'avaient souligné aussi bien à la CDI qu'à la Sixième Commission, il était possible d'appliquer aux actes unilatéraux des règles d'interprétation communes.

426. À propos des règles d'interprétation, des observations avaient été faites à propos de la mention relative à l'intention de l'État auteur de l'acte. Le Rapporteur spécial a répété que l'interprétation devait être faite de bonne foi et conformément aux termes de la déclaration considérés dans leur contexte, à savoir le texte lui-même, son préambule et les annexes qui pourraient y être jointes. La détermination de l'intention de l'État auteur était indispensable et pouvait être déduite non seulement des termes de la déclaration, orale ou écrite, compte tenu du contexte et des circonstances, mais aussi, lorsqu'il n'était pas possible de déterminer le sens d'après la règle générale d'interprétation, de moyens complémentaires, comme les travaux préparatoires. Pour répondre aux préoccupations exprimées par certains membres à propos des difficultés que pourrait présenter l'accès aux travaux préparatoires, le Rapporteur spécial a proposé d'insérer dans l'article le membre de phrase «lorsque cela est possible».

427. Certains membres avaient appelé l'attention sur la nécessité de mentionner expressément dans le texte le caractère restrictif de l'interprétation; cela pourrait apaiser la crainte que certains

nourrissaient à l'idée que n'importe quel acte puisse engager l'État, ou que l'État puisse se trouver engagé par n'importe quel acte formulé ou réalisé par un de ses représentants.

428. De l'avis du Rapporteur spécial, les articles proposés sur les causes de nullité et l'interprétation devaient être renvoyés à un groupe de travail, afin qu'il détermine s'il était possible d'élaborer des dispositions communes à tous les actes, puis aborde les questions soulevées au fond.

429. Sur le point de savoir si un État pouvait révoquer un acte unilatéral par lui formulé tel que la reconnaissance d'un État, le Rapporteur spécial a estimé que, même si l'acte était unilatéral, la relation juridique établie, à l'évidence, ne l'était pas et donc que l'État qui formulait l'acte de reconnaissance ne pouvait pas le révoquer.

CHAPITRE VII

RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL (RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE EN CAS DE PERTE CAUSÉE PAR UN DOMMAGE TRANSFRONTIÈRE DÉCOULANT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES)

A. Introduction

430. À sa trentième session (1978), la Commission a inscrit à son programme de travail le sujet intitulé «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international» et nommé M. Robert Q. Quentin-Baxter Rapporteur spécial⁴⁰².

431. Entre sa trente-deuxième session (1980) et sa trente-sixième session (1984), la Commission a reçu et examiné cinq rapports du Rapporteur spécial⁴⁰³, où celui-ci s'efforçait d'établir la base théorique de l'étude du sujet et proposait une ébauche de plan, ainsi que cinq articles. L'ébauche de plan était contenue dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la Commission à sa trente-quatrième session (1982). Les cinq articles ont été proposés dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la Commission à sa trente-sixième session (1984). La Commission les a examinés, mais n'a pas pris de décision sur leur renvoi au Comité de rédaction.

432. À sa trente-sixième session (1984), la Commission était également saisie des réponses à un questionnaire que le Conseiller juridique de l'ONU avait envoyé en 1983 à 16 organisations internationales choisies à cet effet afin de déterminer, entre autres choses, dans quelle mesure

⁴⁰² À cette session, la Commission avait créé un groupe de travail chargé d'examiner, à titre préliminaire, la portée et la nature du sujet. Pour le rapport du Groupe de travail, voir *Annuaire ... 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 167 à 169.

⁴⁰³ Pour ces cinq rapports, voir:

Annuaire ... 1980, vol. II (première partie), p. 243, document A/CN.4/334 et Add.1 et 2;

Annuaire ... 1981, vol. II (première partie), p. 107, document A/CN.4/346 et Add.1 et 2;

Annuaire ... 1982, vol. II (première partie), p. 61, document A/CN.4/360;

Annuaire ... 1983, vol. II (première partie), p. 209, document A/CN.4/373;

Annuaire ... 1984, vol. II (première partie), p. 161, document A/CN.4/383 et Add.1.

les obligations que les États ont les uns envers les autres et dont ils s'acquittent en tant que membres d'organisations internationales pouvaient correspondre ou suppléer à certaines des procédures envisagées dans l'ébauche de plan⁴⁰⁴. Elle était saisie en outre d'un document du secrétariat intitulé «Étude de la pratique des États concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international»⁴⁰⁵.

433. À sa trente-septième session (1985), la Commission a nommé M. Julio Barboza Rapporteur spécial pour le sujet. De sa trente-septième session (1985) à sa quarante-huitième session (1996), elle a reçu 12 rapports du nouveau Rapporteur spécial⁴⁰⁶.

434. À sa quarante-quatrième session (1992), la Commission a créé un groupe de travail qui était chargé d'examiner certaines questions d'ordre général touchant la portée et l'orientation des travaux futurs sur le sujet, ainsi que l'approche à adopter à cet égard⁴⁰⁷. Sur la base de la recommandation du Groupe de travail, la Commission a décidé, à sa 2282^e séance, le 8 juillet 1992, de poursuivre les travaux sur le sujet en procédant par étapes, à savoir: commencer par mener à bien les travaux sur la prévention du dommage transfrontière et passer ensuite aux mesures

⁴⁰⁴ *Annuaire ... 1984*, vol. II (première partie), p. 135, document A/CN.4/378.

⁴⁰⁵ *Annuaire ... 1985*, vol. II (première partie), Additif, document A/CN.4/384. Voir aussi «Étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international"», *Annuaire ... 1995*, vol. II (première partie), document A/CN.4/471.

⁴⁰⁶ Pour ces 12 rapports, voir:

Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), p. 97, document A/CN.4/394;
Annuaire ... 1986, vol. II (première partie), p. 149, document A/CN.4/402;
Annuaire ... 1987, vol. II (première partie), p. 49, document A/CN.4/405;
Annuaire ... 1988, vol. II (première partie), p. 253, document A/CN.4/413;
Annuaire ... 1989, vol. II (première partie), p. 145, document A/CN.4/423;
Annuaire ... 1990, vol. II (première partie), p. 87, document A/CN.4/428;
Annuaire ... 1991, vol. II (première partie), p. 73, document A/CN.4/437;
Annuaire ... 1992, vol. II (première partie), p. 61, document A/CN.4/443;
Annuaire ... 1993, vol. II (première partie), document A/CN.4/450;
document A/CN.4/459; document A/CN.4/468; et document A/CN.4/475 et Add.1.

⁴⁰⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 10 (A/47/10)*, p. 126 et 127.

correctives⁴⁰⁸. Étant donné l'ambiguïté de l'intitulé anglais du sujet, la Commission a décidé de continuer de prendre comme hypothèse de travail que le sujet concernait des «activités» et de remettre à plus tard toute modification formelle du titre.

435. À sa quarante-huitième session (1996), la Commission a décidé de reconstituer le groupe de travail pour qu'il examine le sujet sous tous ses aspects, à la lumière des rapports du Rapporteur spécial et des débats que la Commission avait tenus au fil des années, et formule des recommandations à l'attention de celle-ci.

436. Le Groupe de travail a soumis un rapport⁴⁰⁹ qui brossait un tableau complet du sujet, en établissant une relation entre le principe de prévention et l'obligation d'accorder une indemnisation ou autre réparation et en présentant des articles assortis de commentaires.

437. À sa quarante-neuvième session (1997), la Commission a de nouveau constitué un groupe de travail en le chargeant d'examiner la manière dont elle devrait poursuivre ses travaux sur le sujet. Le Groupe de travail a analysé les travaux réalisés par la Commission sur le sujet depuis 1978. Il a noté que la portée et la teneur du sujet demeuraient floues, en raison, par exemple, de difficultés d'ordre conceptuel et théorique concernant l'intitulé et le rapport du sujet avec la «Responsabilité des États». Le Groupe de travail a noté également que la Commission avait abordé deux questions dans le cadre du sujet: la «prévention» et la «responsabilité internationale» (*international liability*). À son avis, ces deux questions, bien que liées entre elles, étaient distinctes l'une de l'autre. Le Groupe de travail est donc convenu que les questions de la prévention et de la responsabilité devraient être dorénavant traitées séparément.

438. La Commission a donc décidé de poursuivre ses travaux sur le sujet «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international» en examinant d'abord la question de la prévention sous

⁴⁰⁸ Pour une recommandation détaillée de la Commission, voir *ibid.*, *cinquantième session, Supplément n° 10 (A/50/10)*, p. 209 et 210.

⁴⁰⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, annexe I.

le sous-titre «Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses»⁴¹⁰. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 7 de sa résolution 52/156. À la même session, la Commission a nommé M. Pemmaraju Sreenivasa Rao Rapporteur spécial pour cette partie du sujet⁴¹¹.

439. À sa cinquante-troisième session (2001), la Commission a adopté le texte final d'un projet constitué d'un préambule ainsi que de 19 articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses⁴¹², concluant ainsi son travail sur la première partie du sujet. La Commission a également recommandé à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention sur la base de ce projet d'articles.

440. Au paragraphe 3 de sa résolution 56/82, l'Assemblée générale a prié la Commission de reprendre l'examen du volet «responsabilité» du sujet, en tenant compte des liens entre les volets «prévention» et «responsabilité», de l'évolution du droit international et des observations des gouvernements.

B. Examen du sujet à la présente session

441. À la présente session, la Commission a repris l'examen de la deuxième partie du sujet. À sa 2717^e séance, le 8 mai 2002, elle a créé un groupe de travail. À ses 2743^e et 2744^e séances, les 8 et 9 août 2002, la Commission a examiné et adopté le rapport du Groupe de travail⁴¹³, qui est reproduit, tel qu'elle l'a modifié, à la section C ci-dessous. De plus, la Commission a nommé M. Pemmaraju Sreenivasa Rao Rapporteur spécial pour le sujet.

⁴¹⁰ Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/52/10)*, par. 168.

⁴¹¹ Ibid.

⁴¹² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 97.

⁴¹³ A/CN.4/L.627.

C. Rapport du Groupe de travail

442. À la présente session, la Commission a créé un groupe de travail⁴¹⁴ qui a tenu sept séances sous la présidence de M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, les 27 et 30 mai, 23, 24 et 29 juillet et 1^{er} août 2002.

443. La Commission ayant achevé le projet d'articles sur la prévention, le Groupe de travail a entrepris l'étude de la deuxième partie du sujet selon le vœu exprimé par l'Assemblée générale au paragraphe 3 de sa résolution 56/82. Il n'était pas indifférent non plus que la Commission ait terminé ses travaux sur la responsabilité des États. Il était entendu que le non-accomplissement par l'État des obligations de prévention qui lui incombait selon le projet d'articles antérieur sur la prévention entraînerait sa responsabilité.

444. Le Groupe de travail, constatant qu'un dommage pouvait survenir même si les obligations de prévention avaient été dûment accomplies, a pris pour hypothèse, aux fins de l'examen du reste du sujet, que les obligations en question avaient été respectées. Dans ce cas de figure, un dommage pouvait apparaître pour diverses raisons qui ne mettaient pas en jeu la responsabilité de l'État, par exemple dans telle situation où des mesures de prévention avaient été appliquées mais s'étaient révélées inefficaces en l'occurrence, ou lorsque le risque particulier à la source du dommage n'avait pas été perçu comme tel au moment voulu et que des mesures de prévention adéquates n'avaient pas été prises.

445. Dans le cas où le dommage se produit alors que l'État a accompli ses obligations, la responsabilité internationale de celui-ci est engagée. Il valait donc mieux, du point de vue de l'examen par la Commission du reste du sujet portant sur les dommages transfrontières significatifs découlant d'activités dangereuses, régler la question en termes de répartition de la charge des pertes entre les divers agents intervenant dans les activités, par exemple ceux qui les autorisent, les gèrent ou en tirent profit. Ces agents pouvaient, par exemple, se partager le risque selon certains régimes particuliers ou grâce aux mécanismes de l'assurance.

⁴¹⁴ Pour la composition du Groupe de travail, voir par. 10 ci-dessus.

446. D'une manière générale, le Groupe de travail a reconnu que les États devaient être libres, dans une mesure raisonnable, d'autoriser la réalisation des activités qu'ils souhaitaient sur leur territoire, sous leur juridiction ou sous leur contrôle, même si ces activités pouvaient causer un dommage transfrontière. Il a cependant reconnu aussi que les États devaient veiller à ce qu'un remède soit disponible sous une forme ou sous une autre, celle par exemple de l'indemnisation, si un dommage se produisait effectivement en dépit de l'adoption de mesures de prévention appropriées. Faute de quoi, les États potentiellement lésés et la communauté internationale insisteraient vraisemblablement pour que l'État d'origine prévienne tout dommage découlant de l'activité considérée avec pour conséquence éventuelle que celle-ci soit elle-même interdite.

1. Portée

447. Le Groupe de travail a envisagé plusieurs solutions pour définir la portée du sujet. De ce point de vue, il a reconnu que le dommage causé par la pollution rampante ou la pollution émanant de sources multiples, ou encore le dommage causé à l'environnement dans les zones situées au-delà des juridictions nationales, présentaient des caractères qui leur étaient particuliers. Pour cette raison, il a recommandé de continuer à limiter la portée du reste du sujet aux mêmes activités que celles qui avaient été couvertes dans la partie relative à la prévention. Cette façon de procéder permettrait aussi d'articuler effectivement le travail en cours sur celui qui l'avait précédé et de couvrir l'ensemble du sujet.

448. Pour ce qui est de la portée du sujet, il est entendu:

- i) Que les activités couvertes sont les mêmes que celles qui relevaient du sujet sur la prévention du dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses;
- ii) Qu'il conviendrait de déterminer le seuil de mise en application du régime d'imputation des pertes⁴¹⁵;

⁴¹⁵ Les opinions des membres du Groupe de travail ont divergé sur ce point. Selon un point de vue, le «dommage significatif» était le seuil à conserver. Selon un autre, ce seuil ne convenait pas, même s'il était approprié pour le régime de prévention, et il fallait donc en fixer un autre, plus élevé.

- iii) Qu'il conviendrait de couvrir les pertes correspondant à des dommages
 - a) aux personnes, b) aux biens – y compris ceux relevant de la propriété de l'État et du patrimoine national – et c) à l'environnement relevant de la juridiction nationale.

2. L'exploitant et l'État dans la prise en charge de la perte

449. Le Groupe de travail a procédé à un échange de vues préliminaire sur les divers modèles et les diverses argumentations permettant de définir ou de justifier les différentes manières de répartir la prise en charge des pertes entre intervenants en cause.

450. Il y a eu accord sur certaines considérations. En premier lieu, il ne fallait pas en principe laisser la victime innocente supporter la charge de la perte. En deuxième lieu, tout régime de répartition de cette charge devait garantir l'existence de moyens propres à inciter effectivement tous ceux qui participent à une activité dangereuse à adopter les meilleures techniques de prévention et de réaction. En troisième lieu, un tel régime devait s'étendre largement aux divers intervenants, en plus des États. Parmi ces intervenants figuraient des entités privées, comme les exploitants, les compagnies d'assurances et les caisses communes constituées par les secteurs industriels. Enfin, les États jouaient un rôle important, en tant que concepteurs des régimes en question et en tant que partie prenante. Une grande partie du sujet devrait être consacrée à l'imputation détaillée des pertes à tous ces intervenants. Au cours du débat, les considérations qui suivent ont été mises en avant.

a) Rôle de l'exploitant

451. L'exploitant, qui a la maîtrise directe des activités, devrait être le responsable principal dans tout régime d'imputation des pertes. La part de celles-ci qui lui reviendrait comprendrait les dépenses qu'il devrait engager pour circonscrire les dommages lors de la survenance, ainsi que les dépenses de remise en état et d'indemnisation. Pour établir le montant de ces dépenses, notamment celles qui touchent à la remise en état et à l'indemnisation, il faudrait prendre en compte les considérations relatives à l'accomplissement des obligations de prévention et à la bonne gestion de l'exploitation. D'autres considérations, comme la participation de tiers, les cas de force majeure, l'imprévisibilité du dommage, l'impossibilité de relier en toute rigueur le dommage à l'activité d'origine, devraient également être gardées à l'esprit.

452. Le Groupe de travail s'est interrogé aussi sur l'intérêt qu'il y aurait à mettre en place des régimes d'assurance propres, à obliger les exploitants d'un même secteur industriel à cotiser à un mécanisme de financement et à faire constituer par les États des provisions pour situations urgentes ou imprévues provoquées par un dommage significatif découlant d'activités dangereuses.

453. Il a été également constaté que les compagnies d'assurances ne couvraient pas toujours les dommages découlant de nombre d'activités dangereuses, notamment celles qui étaient considérées comme ultradangereuses. Il convenait de prendre note de la pratique des États qui, en tels cas, prévoyaient un financement national ou des incitations tendant à rendre disponible ce type de couverture. Ainsi, certains États avaient entrepris de favoriser par des incitations adéquates la mise en place de régimes d'assurance appropriés.

454. Dans aucun régime de répartition de la prise en charge des pertes la part imputée à l'exploitant ne pouvait être conçue comme totale et exhaustive si les coûts de remise en état et d'indemnisation dépassaient les limites de l'assurance dont il disposait ou de ses ressources propres, qui lui étaient nécessaires pour survivre en tant qu'exploitant. La part des pertes imputable à l'exploitant en cas de sinistre majeur pouvait donc être limitée. On a aussi fait remarquer que cette part serait, d'une manière générale, limitée dans le cas où l'obligation de payer de l'exploitant relèverait de la responsabilité objective ou absolue. Le reste des pertes devrait alors être imputé à d'autres sources.

b) Rôle de l'État

455. Le Groupe de travail a étudié le rôle de l'État dans la répartition de la charge des pertes causées par un dommage découlant d'activités dangereuses. Il a conclu que ce rôle était décisif car les États concevaient les régimes internationaux et nationaux de responsabilité nécessaires à un partage équitable de cette charge. Selon une opinion émise à ce propos, ces régimes devaient être établis de sorte que les exploitants internalisent la totalité de leurs coûts d'exploitation, rendant ainsi inutile le recours aux deniers publics pour indemniser un sinistre résultant d'activités dangereuses. Lorsque l'État lui-même était l'exploitant, il devait lui aussi être tenu de réparer par les régimes ainsi conçus. Cependant, on s'est accordé à constater qu'il y avait des situations dans lesquelles la responsabilité privée pouvait se révéler insuffisante au regard

du partage équitable des pertes. Certains membres du Groupe de travail ont exprimé l'idée que le solde des pertes devait alors être imputé à l'État. D'autres ont estimé que si cette solution ne pouvait pas être totalement écartée, l'éventuelle obligation subsidiaire de l'État ne pouvait apparaître que dans des circonstances exceptionnelles. On a fait observer que, dans certains cas, celui par exemple de dommages causés par des objets spatiaux, les États avaient endossé la responsabilité principale.

456. Le Groupe de travail a également débattu du problème qui se poserait si l'on postulait une responsabilité subsidiaire de l'État pour les dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses: en tel cas, il n'allait pas de soi que l'État devait prendre à son compte une partie des pertes. Il y avait des situations où l'État d'origine pouvait être tenu de réparer. On a fait observer que l'État autorisant et contrôlant l'activité ou en tirant profit devait également prendre en charge une partie des pertes. Dans d'autres cas encore, la responsabilité pouvait incomber à l'État dont l'exploitant en cause avait la nationalité. Il pouvait être tenu compte, dans la détermination de la part de l'État dans les pertes à répartir, du niveau de contrôle qu'il exerçait sur les activités et des profits qu'il en retirait.

3. Questions supplémentaires

457. Il faudrait étudier à ce titre les mécanismes interétatiques ou nationaux prévus pour regrouper les réclamations, les questions soulevées par la représentation internationale de l'exploitant, les mécanismes d'évaluation, de quantification et de liquidation des réclamations, l'accès aux juridictions compétentes et la nature des recours disponibles.

CHAPITRE VIII

RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

A. Introduction

458. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme le sujet «La responsabilité des organisations internationales»⁴¹⁶.

459. L'Assemblée générale, au paragraphe 8 de sa résolution 55/152 du 12 décembre 2000, a pris acte de la décision de la Commission concernant le programme de travail à long terme et des plans d'étude des nouveaux sujets annexés au rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (2000).

460. L'Assemblée générale, au paragraphe 8 de sa résolution 56/82 du 12 décembre 2001, a prié la Commission de commencer l'étude de «La responsabilité des organisations internationales», en tenant dûment compte des observations des gouvernements.

B. Examen du sujet à la présente session

461. À la présente session, la Commission a décidé, à sa 2717^e séance, tenue le 8 mai 2002, d'inscrire le sujet à son programme de travail.

462. Au cours de la même séance, la Commission a constitué un groupe de travail sur le sujet⁴¹⁷.

463. La Commission a en outre décidé, lors de la même séance, de désigner M. Giorgio Gaja comme Rapporteur spécial sur le sujet.

464. À sa 2740^e séance, tenue le 2 août 2002, la Commission a examiné et adopté le rapport du Groupe de travail qui est reproduit dans la section C ci-dessous.

⁴¹⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10), chap. IX.A.1, par. 729.*

⁴¹⁷ Pour la composition du Groupe de travail, voir par. 10 ci-dessus.

C. Rapport du Groupe de travail

1. Le champ du sujet

a) La notion de responsabilité

465. La Commission a employé le mot «responsabilité» [responsibility] dans les articles sur «La responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite» [ci-après «responsabilité des États»] relativement aux conséquences nées en droit international d'un fait internationalement illicite. Il est supposé que, dans le nouveau sujet, le mot «responsabilité» recouvrira au moins la même acception. L'étude engloberait donc la responsabilité encourue par une organisation internationale pour un fait illicite commis par elle. Son champ s'étendrait aussi, logiquement, à des questions connexes qui ont été écartées des articles sur la responsabilité des États: il s'agit par exemple, comme indiqué au paragraphe 4) du commentaire de l'article 57, des «cas dans lesquels l'organisation internationale est l'acteur et l'État est déclaré responsable du fait de son implication dans le comportement de l'organisation ou du fait de sa qualité de membre de celle-ci»⁴¹⁸.

466. Les articles sur la responsabilité des États entendent poser uniquement des règles de droit international général, en laissant de côté «les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite» et «le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État» qui «sont régis par des règles spéciales de droit international» (art. 55). La même démarche semble se justifier dans le cas des organisations internationales. Toutefois, ce choix n'exclurait pas la possibilité de dégager à partir des «règles spéciales» et de la pratique correspondante des indications aux fins de la formulation de règles générales. De même, les règles générales de droit international peuvent être utiles pour interpréter les «règles spéciales» de l'organisation.

467. La responsabilité des organisations internationales peut naître à l'égard d'États membres et d'États non membres. Dans le cas des organisations internationales qui ne sont pas des organisations à vocation universelle, il est peut-être plus probable que la responsabilité

⁴¹⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), p. 389.*

naisse à l'égard d'États non membres. En ce qui concerne les États membres, la grande variété de relations qui existent entre les organisations internationales et les États qui en sont membres, tout comme l'applicabilité en l'occurrence de nombreuses règles spéciales – dont la plupart relèvent des «règles de l'organisation» pertinentes – en cas de non-exécution par une organisation internationale d'une obligation envers ses États membres ou par ces derniers d'une obligation envers l'organisation auront probablement pour effet de limiter le poids des règles générales dans ce domaine. Il ne faudrait cependant pas exclure de l'étude du sujet les questions concernant la responsabilité pour fait internationalement illicite au seul motif qu'elles se posent dans le cadre des relations entre une organisation internationale et ses États membres.

468. Les questions liées à la responsabilité (*responsibility*) des organisations internationales sont souvent associées à celles liées à la responsabilité (*liability*) que ces organisations encourent en vertu du droit international, touchant par exemple les dommages causés par des objets spatiaux, dommages dont les organisations internationales peuvent être responsables conformément au paragraphe 3 de l'article XXII de la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux et peut-être aussi à une règle parallèle de droit international général ou en vertu des principes généraux de droit. Il n'est pas rare que les questions liées à la responsabilité (*responsibility*) et celles liées aux obligations qui en découlent (*liability*) soient imbriquées les unes dans les autres, car des dommages peuvent être causés en partie par des activités licites et en partie par la violation d'obligations de prévention ou d'autres obligations. Néanmoins, dès lors que la Commission a à son ordre du jour un sujet distinct sur la responsabilité internationale des États pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, sujet qui est actuellement à l'étude, il semble préférable de reporter l'examen des questions relatives à la responsabilité (*liability*) des organisations internationales en attendant l'issue des travaux de la Commission sur ce sujet, et de ne pas les analyser dans le contexte de la responsabilité (*responsibility*) desdites organisations.

b) La notion d'organisation internationale

469. Des conventions adoptées sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies limitent la qualification d'organisation internationale aux organisations intergouvernementales, c'est-à-dire aux organisations que les États ont créées par traité ou, exceptionnellement, comme dans le cas de l'OSCE, sans traité. C'est ainsi par exemple que le paragraphe 1 i) de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales dispose que l'expression «organisation internationale» s'entend d'une «organisation intergouvernementale». Cette appellation recouvre sans aucun doute la plupart des entités susceptibles d'encourir une responsabilité en droit international. Il est présumé que, au regard du droit international, ces organisations internationales sont dotées de la personnalité juridique car, dans le cas contraire, leur comportement serait attribué à leurs membres et la question de leur responsabilité en droit international ne se poserait pas.

470. La définition ci-dessus d'une organisation internationale s'applique à des entités de nature très diverse. Leur composition, leurs fonctions, les modalités applicables à leurs délibérations et les moyens dont elles disposent varient au point que, au regard de leur responsabilité, il serait peut-être déraisonnable de chercher à dégager des règles générales s'appliquant à toutes les organisations intergouvernementales, s'agissant en particulier de la responsabilité que les États peuvent encourir à raison d'activités de l'organisation dont ils sont membres. Il sera peut-être nécessaire de définir des règles spécifiques pour différentes catégories d'organisations internationales.

471. Certaines organisations internationales comme l'Organisation mondiale du tourisme comptent au nombre de leurs membres, outre des États, des acteurs non étatiques. L'étude envisagée pourrait porter aussi sur la responsabilité des organisations appartenant à cette catégorie. La responsabilité des membres autres que les États n'a pas à être analysée directement, mais il serait possible d'en tenir compte dans la mesure où elle a une incidence sur la responsabilité des États membres.

472. Le champ des articles envisagés serait considérablement élargi si les organisations que les États créent en vertu de leur législation nationale, par exemple en vertu du droit d'un État

particulier, et les organisations non gouvernementales étaient prises en considération dans l'étude. C'est pourquoi il semblerait préférable de laisser de côté la question de la responsabilité de ce type d'organisations, du moins provisoirement.

2. Rapport entre la responsabilité des organisations internationales et les articles sur la responsabilité des États

473. Le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales devra être expressément autonome par rapport aux articles sur la responsabilité des États. Cela n'exclut pas forcément la possibilité d'incorporer dans le nouveau texte un renvoi général aux règles adoptées dans le contexte de la responsabilité des États et de rédiger des dispositions spécifiques s'agissant des questions qui ne pourraient pas être dûment traitées au moyen de ce renvoi ou aussi de réserver certaines de ces questions. Cette option aurait le mérite de permettre de rédiger un texte assez court qui mettrait en lumière les questions spécifiques. Il reste que ce procédé risquerait d'avoir pour effet de sous-estimer les aspects propres au sujet, en particulier dans les cas où la pratique en ce qui concerne les organisations internationales est maigre. Certaines des questions à propos desquelles les articles sur la responsabilité des États reflètent des règles de droit international coutumier dans le cas des États relèvent du développement progressif dans le cas des organisations internationales. Quel que soit le procédé de rédaction retenu, il faudra examiner très attentivement les aspects propres au sujet lui-même.

474. La situation en l'occurrence ne peut être assimilée point par point à celle qui se posait dans le cas du droit des traités. Dans ce contexte, bien avant que la Commission eût achevé ses travaux sur les traités auxquels sont parties des organisations internationales, une convention de codification concernant les traités entre États avait été adoptée et était entrée en vigueur; qui plus est, la Conférence de Vienne de 1986 était parvenue à la conclusion que les règles régissant les traités auxquels des organisations internationales sont parties devaient, dans la plupart des cas, être alignées sur celles de la Convention de 1969. C'est pourquoi nombre de dispositions de cette dernière sont reproduites textuellement dans la Convention de 1986. On n'a pas manqué de critiquer l'inutilité de l'exercice, en faisant valoir qu'il eût en général suffi de dire que ce qui s'applique aux États est censé s'appliquer aussi aux organisations internationales. Dans le domaine de la responsabilité, le problème se pose en des termes différents. Les articles sur la responsabilité des États ont été recommandés à l'attention des États par l'Assemblée générale,

mais l'adoption d'une décision sur la suite à leur donner a été reportée. Sans doute les questions propres à la responsabilité des organisations internationales sont-elles plus nombreuses que celles qui sont propres aux traités auxquels des organisations internationales sont parties. Il est donc plus justifié, pour le moment du moins, de rédiger un texte plus détaillé dans le cas de la responsabilité des organisations internationales que dans celui du droit des traités.

475. Étant donné la qualité des résultats du travail de longue haleine entrepris par la Commission et qu'elle a achevé en 2001 et aussi la nécessité d'assurer une cohérence certaine entre les textes produits par la Commission, les articles sur la responsabilité des États devront être en permanence gardés à l'esprit. Ils devraient être une source d'inspiration, que des solutions analogues se justifient ou non dans le cas de la responsabilité des organisations internationales. Un recensement plus précis des éléments spécifiques aux organisations internationales et la suite donnée aux articles sur la responsabilité des États montreront s'il est possible, dans une partie du sujet de la responsabilité des organisations internationales, de renvoyer aux règles s'appliquant à la responsabilité des États. Si, au départ, les travaux de la Commission relatifs à la responsabilité des organisations internationales portent sur des questions qui sont incontestablement spécifiques, le risque d'avoir à réécrire une partie du texte sera de toute façon réduit.

3. Questions liées à l'attribution

476. L'une des questions qui ont été le plus analysées dans la pratique en ce qui concerne la responsabilité des organisations internationales concerne l'attribution d'un comportement illicite soit à une organisation, soit à ses États membres ou à quelques-uns d'entre eux; dans certains cas, on peut concevoir que ce comportement soit attribué à la fois à une organisation et à ses États membres. Il a été noté dans le commentaire de l'article 57 des articles sur la responsabilité des États que «[...] l'article 57 n'exclut du champ des articles aucune question touchant la responsabilité d'un État au regard de son propre comportement, c'est-à-dire pour un comportement qui lui est attribuable en vertu du chapitre II de la première partie, et qui n'est pas le comportement d'un organe d'une organisation internationale»⁴¹⁹. Toutefois, le passage précité du commentaire n'implique pas que le comportement adopté par un organe de l'État soit

⁴¹⁹ Ibid., p. 390.

nécessairement attribué à l'État, comme le laisserait entendre l'article 4. Il est fait mention dans le commentaire d'une exception, à savoir que dans le cas où «un État détache des fonctionnaires auprès d'une organisation internationale afin qu'ils y agissent en tant qu'organes ou fonctionnaires de cette organisation, leur comportement est attribuable à l'organisation – et non à l'État d'envoi – et sort du champ des articles»⁴²⁰.

477. Le cas où un organe de l'État est «prêté» à une organisation internationale n'est pas le seul dans lequel se pose la question de savoir si le comportement de cet organe doit être attribué à l'État ou à l'organisation. Il faut peut-être aussi envisager les cas où le comportement d'un organe de l'État est imposé par une organisation internationale ou se produit dans un domaine qui relève de la compétence exclusive d'une organisation. Par exemple, il est dit à l'article 5 1) de l'annexe IX de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer qu'au moment de leur adhésion à la Convention, une organisation et ses États membres sont tenus de faire «une déclaration spécifiant les matières dont traite la Convention pour lesquelles compétence... a été transférée [à l'organisation] par ses États membres parties à la Convention»; selon l'article 6 1), «les Parties ayant compétence en vertu de l'article 5 de la présente annexe sont responsables de tous manquements aux obligations découlant de la Convention et de toutes autres violations de celle-ci». Il est clair qu'il faudrait étudier ces questions de façon plus approfondie que cela n'a été fait au moment de la rédaction du commentaire de l'article 57 sur la responsabilité des États.

4. Questions liées à la responsabilité des États membres à raison d'un comportement qui est attribué à une organisation internationale

478. Le point de savoir si des États peuvent être responsables des activités des organisations internationales dont ils sont membres est probablement le plus litigieux du sujet à l'étude. Comme il est en partie lié à la question de l'attribution, il vaut peut-être mieux le traiter dans le prolongement immédiat de celle-ci. Certains cas de responsabilité des États membres trouvent un parallèle dans le chapitre IV de la première partie des articles sur la responsabilité des États. Ce chapitre, qui concerne les relations entre États, n'envisage que les cas où un État fournit aide ou assistance ou donne des directives à un autre État et exerce un contrôle sur celui-ci dans la commission d'un fait internationalement illicite ou contraint un autre État à commettre un

⁴²⁰ Ibid., p. 389.

tel fait. La responsabilité des États membres peut être engagée dans d'autres circonstances. Comme on l'a déjà fait observer, compte tenu de la structure et des fonctions différentes des organisations internationales, il faudra peut-être trouver des solutions diversifiées à la question à l'étude.

479. Lorsque les États sont responsables d'un fait internationalement illicite dont une organisation internationale dont ils sont membres porte aussi la responsabilité, il est nécessaire de se demander s'il y a responsabilité conjointe ou conjointe et solidaire, ou si la responsabilité des États membres n'est que subsidiaire.

480. Une question, qui a donné lieu à une pratique, quoique limitée, et qu'il faudrait probablement examiner, concerne la responsabilité des États membres en cas de non-respect des obligations souscrites par une organisation internationale qui a été par la suite dissoute. D'autre part, la question de la succession entre organisations internationales soulève plusieurs problèmes qui ne semblent pas relever du sujet de la responsabilité des organisations internationales et pourrait être laissée de côté.

5. Autres questions relatives aux cas dans lesquels la responsabilité d'une organisation internationale est engagée

481. Les articles sur la responsabilité des États servent de modèle pour la structure des parties restantes relatives aux cas dans lesquels la responsabilité des organisations internationales est engagée. On aurait ainsi à examiner successivement les questions concernant la violation d'obligations internationales, la responsabilité d'une organisation à raison des actes d'une autre organisation ou d'un État et les circonstances excluant l'illicéité, y compris la renonciation comme expression du consentement.

482. Si l'on devait considérer que le comportement d'un organe de l'État est attribué à cet État même lorsque ce comportement est imposé par une organisation internationale, il faudrait alors rapprocher la question de savoir si l'organisation est en l'occurrence responsable des cas où une organisation fournit aide ou assistance ou donne des directives à un État et exerce un contrôle sur celui-ci dans la commission d'un fait internationalement illicite ou contraint un État à commettre un tel fait.

6. Questions liées au contenu et à la mise en œuvre de la responsabilité internationale

483. Les deuxième et troisième parties des articles sur la responsabilité des États ne portent que sur le contenu de la responsabilité d'un État à l'égard d'un autre État et la mise en œuvre de la responsabilité dans les relations entre États. Aux termes de l'article 33, paragraphe 2, la deuxième partie «est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État». Bien que le commentaire de l'article 33 ne mentionne pas explicitement les organisations internationales, il est clair qu'on peut les considérer comme des entités autres que des États à l'égard desquelles un État est responsable.

484. Il paraît logique d'élargir le champ de l'étude aux conséquences juridiques des faits internationalement illicites d'une organisation internationale. C'est ce que désigne l'expression «contenu de la responsabilité internationale» dans les articles sur la responsabilité des États. Si le nouveau projet d'articles est établi selon un schéma analogue à celui qui a été suivi pour la deuxième partie des articles sur la responsabilité des États, il ne serait pas nécessaire de spécifier si les droits correspondant aux obligations des organisations responsables appartiennent à un État, à une autre organisation ou à une personne ou une entité autre qu'un État ou une organisation.

485. Comme le nouveau sujet a trait à la responsabilité des organisations internationales, il n'englobe pas les questions relatives aux demandes que des organisations internationales peuvent présenter contre des États. Toutefois dans la mesure où il vise les demandes que des organisations internationales peuvent présenter contre d'autres organisations, certaines des questions liées aux demandes présentées contre des États seraient couvertes, ne serait-ce que par analogie. La mise en œuvre de la responsabilité d'une organisation soulèverait certains problèmes particuliers si les demandes présentées par des organisations étaient aussi visées. On peut, par exemple, se poser la question de savoir si une organisation est en droit d'invoquer la responsabilité en cas de violations d'obligations dues à la communauté internationale tout entière ou bien si des organisations peuvent avoir recours à des contre-mesures. À ce propos, il faudra peut-être aussi analyser les rôles respectifs de l'organisation et de ses États membres dans l'adoption de contre-mesures. Comme on l'a indiqué précédemment, la solution apportée à

ces questions aurait des implications pour les demandes que des organisations peuvent présenter contre des États. Il faudrait également déterminer qui serait en droit d'invoquer la responsabilité au nom de l'organisation. Compte tenu de la complexité de certains de ces problèmes, il est peut-être sage, à ce stade, de laisser ouverte la question de savoir si l'étude devrait aborder les aspects relatifs à la mise en œuvre de la responsabilité des organisations internationales et, dans l'affirmative, si elle devrait porter uniquement sur les demandes présentées par des États ou également sur les demandes présentées par des organisations internationales.

7. Règlement des différends

486. Le fait que les articles sur la responsabilité des États ne contiennent pas de dispositions concernant le règlement des différends semblerait indiquer qu'il faudrait adopter la même approche aussi en ce qui concerne la responsabilité des organisations internationales. Si l'Assemblée générale devait décider dans l'avenir d'opter pour l'adoption d'une convention sur la responsabilité des États, il faudrait revoir la question. Néanmoins, étant donné que le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales sera expressément autonome, il n'est pas inconcevable, même si c'est peu probable, que l'on ne s'achemine vers une convention que pour ce sujet. En outre, le sentiment largement répandu qu'il est nécessaire d'améliorer les méthodes de règlement des différends plaide en faveur de l'examen de cette question à propos de la responsabilité des organisations internationales. À ce stade, il vaut mieux laisser en suspens la question de savoir s'il conviendrait d'élaborer des dispositions sur le règlement des différends, sans préjudice de leur éventuelle incorporation.

8. Pratique à prendre en considération

487. Certaines des affaires les plus connues de responsabilité subsidiaire des États pour le comportement d'une organisation internationale dont ils sont membres concernent des contrats commerciaux passés par l'organisation avec des personnes privées. Les problèmes soulevés à cette occasion ont été analysés pour l'essentiel dans le cadre des législations nationales ou des principes généraux de droit. Les affaires de ce type soulèvent des problèmes d'une nature tout à fait différente de celle des problèmes concernant la responsabilité en droit international: il s'agit par exemple du droit applicable, de l'existence d'une législation portant application de l'acte constitutif de l'organisation internationale ou des immunités de l'organisation. Il n'y aurait

donc pas lieu d'élargir le champ de l'étude de la responsabilité des organisations internationales à des questions de responsabilité qui ne se posent pas au regard du droit international. Il reste que les décisions judiciaires ou arbitrales rendues dans ces affaires présentent des éléments qui intéressent l'étude de la responsabilité en droit international. Par exemple, les opinions de Lord Oliver et de Lord Templeman jointes à la décision rendue en 1989 par la Chambre des Lords dans l'affaire *J. H. Rayner Ltd. v. Department of Trade* (81 *International Law Reports* 670) renferment certaines observations marginales sur des questions relevant de la responsabilité en droit international des États membres d'une organisation internationale; de plus les arguments développés à propos de la législation nationale peuvent offrir des éléments utiles pour établir une analogie. Les décisions judiciaires et arbitrales rendues dans le contexte de contrats commerciaux devraient être analysées dans cette perspective.

9. Recommandation du Groupe de travail

488. Vu qu'il sera important d'avoir accès à des documents non publiés à ce jour, le Groupe de travail a recommandé que le secrétariat prenne contact avec des organisations internationales en vue de recueillir des éléments d'information pertinents, en particulier sur les questions relatives à l'attribution et à la responsabilité des États membres à raison d'un comportement qui est attribué à une organisation internationale.

CHAPITRE IX

FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL: DIFFICULTÉS DÉCOULANT DE LA DIVERSIFICATION ET DE L'EXPANSION DU DROIT INTERNATIONAL

A. Introduction

489. Après avoir examiné l'étude de faisabilité entreprise sur le sujet des «Risques que pose la fragmentation du droit international»⁴²¹, la Commission a décidé à sa cinquante-deuxième session, en 2000, d'inscrire la question à son programme de travail à long terme⁴²².

490. Dans sa résolution 55/152 du 12 décembre 2000 (par. 8), l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission concernant le programme de travail à long terme et des plans d'étude des nouveaux sujets annexés à son rapport de 2000.

491. Au paragraphe 8 de sa résolution 56/82 du 12 décembre 2001, l'Assemblée générale a prié la Commission d'examiner à nouveau la question des autres sujets à inscrire à son programme de travail à long terme en tenant dûment compte des observations des gouvernements.

B. Examen du sujet à la présente session

492. À la présente session, la Commission a décidé à sa 2717^e séance, le 8 mai 2002, d'inscrire le sujet à son programme de travail.

493. À la même séance, la Commission a créé un Groupe d'étude du sujet⁴²³.

494. À ses 2741^e et 2742^e séances, tenues les 6 et 7 août 2002, la Commission a examiné et adopté le rapport du Groupe d'étude, tel que modifié, qui est reproduit à la section C ci-dessous. En même temps, la Commission a décidé, entre autres choses, de modifier le titre du sujet, qui

⁴²¹ G. Hafner, «Les risques que pose la fragmentation du droit international», *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, annexe.

⁴²² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, chap. IX.A.1, par. 729.

⁴²³ Pour la composition du Groupe d'étude, voir par.10 ci-dessus.

devient: «La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international».

C. Rapport du Groupe d'étude

1. Résumé des débats

a) Appui à l'étude du sujet

495. L'une des principales questions que le Groupe d'étude a examinées était celle de savoir si le sujet de la fragmentation du droit international (comprise comme une conséquence de l'expansion et de la diversification du droit international) se prêtait à une étude par la Commission. Il semblait y avoir beaucoup d'incertitude, au moins initialement, quant à la portée potentielle du sujet et la teneur et la forme du résultat final du travail de la Commission dans ce domaine, mais presque tous les membres du Groupe d'étude étaient très favorables à son examen. De l'avis général, il était souhaitable d'étudier le sujet d'une manière plus approfondie car il s'agissait d'un domaine dans lequel la Commission pouvait donner des indications utiles, du moins sur certains aspects du sujet.

496. La Commission a admis d'emblée que par sa nature ce sujet était différent des autres⁴²⁴. Son caractère unique n'a néanmoins diminué en rien l'appui qui s'est manifesté en faveur de son examen par la Commission.

497. On est convenu que la fragmentation n'était pas chose nouvelle. Selon un membre, le droit international était en effet, essentiellement, le droit d'un monde fragmenté. Pour d'autres membres, l'accroissement de la fragmentation du droit international était aussi une conséquence naturelle de son développement. Le Groupe d'étude a donc estimé que la Commission ne devait pas envisager la fragmentation comme un phénomène nouveau, car elle risquait ce faisant de perdre de vue les mécanismes existants que le droit international avait jusque-là mis en place pour faire face aux défis découlant de cette fragmentation.

⁴²⁴ Dans son rapport de 2000, la Commission a décrit le sujet comme «différent de ceux qu'elle avait étudiés jusque-là» (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, par. 731).

498. Le Groupe d'étude a pris note des risques et des défis que la fragmentation présentait du point de vue de l'unité et de la cohérence du droit international, comme cela était analysé dans l'étude de faisabilité de 2000, dont il a été question ci-dessus au paragraphe 489. La Commission devait orienter son travail dans le sens d'une réaction contre ces risques et ces défis. D'autre part, le Groupe d'étude a également jugé important de mettre en lumière les aspects positifs de la fragmentation. Par exemple, la fragmentation pouvait être vue comme un signe de vitalité du droit international. On a aussi déclaré que la prolifération de règles, régimes et institutions renforcerait peut-être le droit international. L'observation valait aussi pour le droit international régional et les institutions régionales. On a appelé l'attention sur le fait que l'élargissement du champ du droit international signifiait qu'il régissait désormais de nouveaux domaines. De même, une diversité accrue d'opinions et un système polycentrique présentaient en droit certains avantages.

b) Questions de procédure

499. En ce qui concerne les questions de procédure, certains membres se sont demandé si le sujet relevait du mandat de la Commission. Cependant, la plupart des membres ont jugé ce doute sans fondement. Certains membres se sont demandé si la Commission devrait, avant d'entreprendre l'examen du sujet, solliciter une nouvelle approbation de la Sixième Commission⁴²⁵. La majorité des membres ont toutefois conclu qu'elle pourrait dans un tel cas obtenir le soutien de l'Assemblée générale.

c) Titre

500. Le sentiment général du Groupe d'étude était que le titre du sujet, «Risques que pose la fragmentation du droit international», n'était pas adéquat parce qu'il décrivait les phénomènes visés par le terme «fragmentation» de manière trop négative. Cependant, il a estimé que le terme «fragmentation» pouvait recouvrir certaines conséquences indésirables de l'expansion du droit international dans de nouveaux domaines.

⁴²⁵ Voir ci-dessus, par. 490 et 491.

d) Méthodologie et présentation

501. Pour ce qui est des méthodes, de nombreuses idées ont été exprimées sur la manière d'aborder un sujet aussi large. On est convenu que le sujet ne se prêtait pas à une codification sous la forme traditionnelle d'un projet d'articles.

502. Selon une opinion, il fallait axer les travaux sur certains domaines ou thèmes spécifiques. C'est ainsi qu'on a recommandé que la Commission recense les domaines dans lesquels des règles de droit international étaient en conflit (par exemple les traités d'extradition et les normes relatives aux droits de l'homme), et trouve si possible des solutions à ces conflits. On a aussi déclaré que la Commission devrait adopter une approche plus descriptive, en se limitant à évaluer la gravité de la fragmentation du droit international.

503. À l'opposé, on a proposé une approche plus exploratoire, la méthode à suivre ne devant pas nécessairement être clairement définie à ce stade. On a estimé qu'une telle approche correspondait à la nature unique du sujet, une méthode susceptible d'évoluer étant peut-être la meilleure.

504. Le Groupe d'étude a recensé plusieurs domaines que la Commission devrait s'abstenir d'étudier. On a dit que le problème pouvait être conceptualisé de diverses manières.

505. Les membres du Groupe d'étude sont convenus que la Commission ne devait pas étudier la question de la création d'institutions judiciaires internationales et de la relation entre ces institutions. On a néanmoins considéré que, dans la mesure où les mêmes règles ou des règles similaires du droit international pouvaient être précisées et appliquées différemment par des institutions judiciaires, il convenait d'étudier les problèmes posés par ces divergences.

506. Ils sont aussi convenus qu'il n'était pas approprié de faire des analogies avec les systèmes de droit interne. De telles analogies introduisaient une hiérarchie qui n'existait pas dans l'ordre juridique international et ne devait pas être plaquée sur celui-ci. En droit international, il n'y avait pas de hiérarchie bien établie et faisant autorité entre les diverses valeurs, par exemple les droits de l'homme par rapport à l'environnement. De plus, il n'y avait pas de hiérarchie de systèmes représentée par un organe de dernier recours chargé de régler les conflits.

507. On a admis que la Commission ne devait pas faire fonction d'arbitre dans les relations entre institutions et dans les domaines où des règles étaient en conflit. D'autre part, on a dit que la Commission pourrait utilement s'intéresser aux problèmes de communication entre ces institutions.

508. On a proposé que la Commission organise à un stade ultérieur un séminaire consacré à la fragmentation, dont elle serait un participant ou un animateur. L'objet de ce séminaire serait de passer en revue la pratique des États et de favoriser le dialogue et éventuellement l'harmonisation. Selon une autre proposition, ce séminaire devrait se tenir au début de chaque session annuelle de la Commission. Pour le Groupe d'étude, la tenue d'un tel séminaire était compatible avec le chapitre III du Statut de la Commission. On a aussi proposé d'aller au-delà de l'idée d'un séminaire s'agissant pour la Commission de faciliter la coordination. Des réunions plus institutionnalisées et périodiques ont été envisagées et on a fait observer que des pratiques comparables existaient déjà, comme par exemple la réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et les réunions annuelles des conseillers juridiques des États qui se tenaient à l'Organisation des Nations Unies pendant que siégeait l'Assemblée générale.

509. Selon une opinion, il était souhaitable d'étudier les mécanismes de coordination existants, tels que ceux visés au paragraphe 508 ci-dessus, au moyen d'un questionnaire.

e) Résultats possibles des travaux de la Commission

510. Selon l'opinion qui a prévalu au sein du Groupe d'étude, le résultat des travaux de la Commission devait être un rapport d'étude ou de recherche, mais il n'y a pas encore eu d'accord sur la forme ou la portée précise d'un tel rapport. Sur la base de ce rapport, la Commission déciderait alors de la marche à suivre.

2. Recommandations

511. Compte tenu des débats qui ont eu lieu au Groupe d'étude en ce qui concerne le titre du sujet (voir par. 500 ci-dessus), le Groupe a proposé de modifier ce titre, qui serait désormais «Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international».

512. Le Groupe d'étude a recommandé qu'une série d'études sur des aspects précis du sujet soient entreprises et présentées à la Commission pour examen et suite à donner. L'objet de ces études serait d'aider les magistrats internationaux et les praticiens à faire face aux conséquences de la diversification du droit international. À cet égard, les sujets suivants pourraient notamment être étudiés:

- a) La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des «régimes autonomes»;
- b) L'interprétation des traités à la lumière «de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» (art. 31 3) c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale;
- c) L'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités);
- d) La modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités);
- e) La hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit.

Le choix des sujets d'étude a été guidé par les travaux antérieurs de la Commission, par exemple dans le domaine du droit des traités ou de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Ainsi, selon l'approche suivie dans l'étude du sujet des réserves aux traités multilatéraux, ces études pourraient partir de ces textes antérieurs et les expliciter. L'entreprise devrait viser à fournir ce qu'on pourrait appeler une «boîte à outils» qui serait utilisée pour régler les problèmes concrets découlant des incompatibilités et des conflits entre les diverses normes et régimes juridiques existants.

513. Il est proposé que, dans un premier temps, le Président du Groupe d'étude entreprenne l'étude du sujet suivant: «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des “régimes autonomes”».

CHAPITRE X

AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

514. À sa 2713^e séance, le 1^{er} mai 2002, la Commission a constitué un groupe de planification pour la durée de la session⁴²⁶.

515. Le Groupe de planification a tenu six séances. Il était saisi de la section E «Autres décisions et conclusions de la Commission» du résumé thématique du débat tenu à la Sixième Commission de l'Assemblée générale lors de sa cinquante-sixième session⁴²⁷.

516. À sa 2744^e séance, le 9 août 2002, la Commission a examiné et fait sien le rapport du Groupe de planification.

1. Nouveaux sujets

517. Le 1^{er} mai 2002, la Commission a décidé ce qui suit:

- L'inscription à son programme de travail du point intitulé «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international» et la création d'un groupe de travail sur ce sujet;
- L'inscription à son programme de travail du point intitulé «Responsabilité des organisations internationales», la désignation d'un rapporteur spécial sur ce sujet et la création d'un groupe de travail chargé d'aider le rapporteur spécial pendant la session en cours.

⁴²⁶ Pour la composition du Groupe de planification, voir par. 7 ci-dessus.

⁴²⁷ Document A/CN.4/521.

518. Le 6 mai 2002, la Commission a décidé ce qui suit:

- L'inscription à son programme de travail du point intitulé «Ressources naturelles partagées», la désignation d'un rapporteur spécial sur ce sujet et la création d'un groupe de travail chargé d'aider le rapporteur spécial;
- L'inscription à son programme de travail du point intitulé «Risque de fragmentation du droit international»⁴²⁸ et la création d'un groupe d'étude sur ce sujet.

519. La Commission a aussi décidé, à sa 2717^e séance le 8 mai 2002 de nommer M. Giorgio Gaja Rapporteur spécial sur le sujet «Responsabilité des organisations internationales», à sa 2727^e séance le 30 mai 2002 de nommer M. Chusei Yamada Rapporteur spécial sur le sujet «Ressources naturelles partagées» et à sa 2743^e séance le 8 août 2002 de nommer M. P. S. Rao Rapporteur spécial sur le sujet «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)».

2. Programme de travail de la Commission pour le reste du quinquennat

520. L'année en cours étant la première du quinquennat, la Commission a jugé utile, conformément à sa pratique habituelle, d'établir un programme de travail pour les quatre années suivantes, dans lequel elle énonce les objectifs à atteindre pour chaque sujet pendant cette période. Il est entendu que ce programme de travail a un caractère indicatif, la nature et la complexité des travaux rendant hasardeuse toute prévision à long terme.

Programme de travail (2003-2006)

2003:

Réserves aux traités

Huitième rapport du Rapporteur spécial sur la validité des réserves.

⁴²⁸ Intitulé actuel: «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international».

Protection diplomatique

Quatrième rapport du Rapporteur spécial sur la nationalité des sociétés.

Actes unilatéraux des États

Sixième rapport du Rapporteur spécial sur les règles générales applicables aux actes unilatéraux (conclusion de la première partie).

Responsabilité des organisations internationales

Premier rapport du Rapporteur spécial sur la portée de l'étude et sur l'attribution des comportements.

Ressources naturelles partagées

Premier rapport sur le plan général du sujet.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)

Approfondissement de l'étude du schéma conceptuel du sujet.

Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international

Premier rapport (document) sur les moyens, en droit international, de faire face à la fragmentation (par exemple sur la *lex specialis* et les «régimes autonomes»).

2004:

Réserves aux traités

Neuvième rapport du Rapporteur spécial sur les effets des réserves et des objections aux réserves.

Protection diplomatique

Cinquième rapport sur les diverses questions en suspens et achèvement de l'examen en première lecture du projet sur la protection diplomatique. Adoption du projet d'articles et des commentaires y relatifs en première lecture.

Actes unilatéraux des États

Septième rapport du Rapporteur spécial sur les règles spécifiques applicables à certains actes unilatéraux (deuxième partie).

Responsabilité des organisations internationales

Deuxième rapport du Rapporteur spécial sur la question de la responsabilité des États membres à raison de comportements attribués aux organisations internationales.

Ressources naturelles partagées

Deuxième rapport sur les nappes captives.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)

À déterminer ultérieurement.

Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international

Deuxième rapport (document) sur les moyens, en droit international, de faire face à la fragmentation (par exemple sur la règle de la Convention de Vienne sur le droit des traités concernant l'interprétation des traités, à la lumière du droit international général applicable).

2005:

Réserves aux traités

Dixième rapport du Rapporteur spécial sur la succession des États en ce qui concerne les réserves. «Toilette finale» du projet de directives et adoption en première lecture.

Protection diplomatique

Observations des gouvernements sur les articles et les commentaires y relatifs adoptés en première lecture.

Actes unilatéraux des États

Huitième rapport du Rapporteur spécial sur les règles applicables aux actes unilatéraux dont il n'a pas été traité dans le septième rapport.

Responsabilité des organisations internationales

Troisième rapport du Rapporteur spécial sur les questions en suspens concernant les cas dans lesquels la responsabilité des organisations internationales est engagée.

Ressources naturelles partagées

Troisième rapport sur le pétrole et le gaz.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)

À déterminer ultérieurement.

Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international

Troisième rapport (document) sur les moyens, en droit international, de faire face à la fragmentation (par exemple sur l'application de traités successifs et la modification de traités multilatéraux *inter se*).

2006:

Réserves aux traités

Examen en deuxième lecture.

Protection diplomatique

Sixième rapport portant sur les observations de la Sixième Commission et des gouvernements et adoption du projet d'articles et des commentaires y relatifs en deuxième lecture.

Actes unilatéraux des États

Adoption du projet d'articles et des commentaires y relatifs en première lecture.

Responsabilité des organisations internationales

Quatrième rapport du Rapporteur spécial. Adoption du projet d'articles et des commentaires y relatifs en première lecture.

Ressources naturelles partagées

Quatrième rapport sur une étude d'ensemble.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)

À déterminer ultérieurement.

Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international

Quatrième (et dernier) rapport (document) sur le rôle pratique de la CDI.

3. Programme de travail à long terme

521. Le 1^{er} mai 2002, le Groupe de planification a décidé de rétablir son Groupe de travail sur le programme à long terme, à la présidence duquel il a nommé M. Pellet⁴²⁹. Le Groupe de travail s'est réuni le 31 juillet 2002 et le Président a rendu compte oralement de ses travaux au Groupe de planification le 1^{er} août 2002. Ceux-ci n'ont à ce stade qu'un caractère préliminaire.

4. Procédures et méthodes de travail

522. La Commission a examiné plusieurs propositions ayant trait à des questions de procédure relatives à ses travaux. Elle a étudié en particulier une proposition qui avait déjà été faite à sa cinquante-troisième session. Cette proposition à trois volets portait sur un système de renouvellement partiel de ses membres, sur l'amélioration des états de présence et sur les mesures à prendre pour assurer une représentation hommes-femmes plus équilibrée au sein de la Commission. Une autre proposition avait trait à la mise en place d'un système de rotation des membres du Bureau sur une base géographique. Après avoir discuté de ces propositions de manière approfondie, la Commission a considéré qu'elles seraient extrêmement difficiles à mettre en pratique et qu'elles risquaient en outre de soulever de délicates questions politiques. La Commission a également examiné une proposition présentée oralement visant à poursuivre l'amélioration des échanges de vues informels entre ceux de ses membres qui participent aux sessions de l'Assemblée générale, conformément au paragraphe 12 de la résolution A/56/62.

523. La Commission a aussi examiné la pratique consistant à tenir en plénière de courts débats thématiques, notamment sur des questions soulevées lors de l'examen d'un sujet, connus sous le nom de «minidébats». La Commission considère que ces «minidébats» sont utiles et constituent une importante innovation au regard des méthodes de travail récentes de la Commission.

⁴²⁹ Pour la composition du Groupe de travail, voir par. 11 ci-dessus.

Il convient néanmoins de veiller à ce qu'ils restent brefs et circonscrits, sans laisser aux orateurs la possibilité de digresser.

5. Mesures d'économie

524. En ce qui concerne le paragraphe 10 de la résolution 56/82 de l'Assemblée générale dans lequel l'Assemblée encourage la Commission à continuer, lors de ses futures sessions, à prendre des mesures d'économie en organisant son programme de travail, la Commission tient à faire observer qu'elle ne ménage aucun effort pour conduire ses travaux de la manière la plus économique. Elle considère que le raccourcissement de sa session actuelle et de sa prochaine session (cinquante-cinquième), dont la durée a été ramenée à 10 semaines, a permis de réaliser des économies importantes. Dès qu'elle reprendra ses sessions de 12 semaines, la Commission compte organiser ses travaux d'une manière analogue à celle qu'elle avait utilisée à sa cinquante-troisième session.

6. Honoraires

525. La Commission a noté qu'après la date à laquelle ses membres ont été désignés, l'Assemblée générale a adopté la résolution A/56/272 par laquelle elle a décidé de réduire les honoraires payables auxdits membres et à ceux de certains autres organes.

526. La Commission rappelle l'observation faite dans le rapport du Secrétaire général (document A/53/643) selon laquelle le montant des honoraires n'a pas été révisé depuis 1981 et signale que la décision de l'Assemblée générale a été prise en contradiction directe avec les conclusions et recommandations formulées dans ce rapport tendant à ce que le montant des honoraires soit révisé.

527. La Commission note que la décision de l'Assemblée générale a été prise sans consultation de la Commission et considère que cette décision n'est conforme, ni dans la forme ni sur le fond, aux principes d'équité sur la base desquels l'Organisation des Nations Unies conduit ses activités ni au sens du service public avec lequel les membres de la Commission donnent de leur temps et abordent leurs travaux.

528. En outre, la Commission se doit de souligner que la résolution susvisée affecte particulièrement les rapporteurs spéciaux, en particulier ceux de pays en développement, en ce qu'elle compromet le financement de leurs travaux de recherche.

529. La Commission a décidé de porter ses préoccupations à l'attention des États Membres dans l'espoir qu'ils réexamineront dûment la résolution susmentionnée.

530. Les membres de la Commission, préoccupés par les frais administratifs afférents au versement de l'honoraire symbolique actuel, ont aussi décidé de ne pas percevoir celui-ci.

531. La Commission a également recommandé que le Président de la Commission du droit international adresse aux autorités compétentes une lettre reprenant la teneur des paragraphes qui précèdent.

B. Date et lieu de la cinquante-cinquième session

532. La Commission a décidé de tenir une session de 10 semaines scindée en deux parties, qui aura lieu à l'Office des Nations Unies à Genève, du 5 mai au 6 juin et du 7 juillet au 8 août 2003.

C. Coopération avec d'autres organes

533. Le Comité juridique interaméricain a été représenté à la présente session de la Commission par M. Orlando Rebagliati. M. Rebagliati a pris la parole devant la Commission à sa 2730^e séance, le 5 juin 2002, et sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance.

534. L'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique était représentée à la présente session de la Commission par son Secrétaire général, M. Wafik Kamil. M. Kamil a pris la parole devant la Commission à sa 2738^e séance, le 30 juillet 2002, et sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance.

535. À sa 2739^e séance, le 31 juillet 2002, M. Guillaume, Président de la Cour internationale de Justice, a pris la parole devant la Commission et l'a informée des activités récentes de la Cour et des affaires dont celle-ci est actuellement saisie. Un échange de vues a suivi. La Commission juge cet échange de vues permanent avec la Cour très utile et très fructueux.

536. Le Comité européen de coopération juridique et le Comité de conseillers juridiques sur le droit international public étaient représentés à la présente session de la Commission par M. Rafael Benítez. M. Benítez a pris la parole devant la Commission à sa 2744^e séance, le 9 août 2002, et sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance.

537. Le 4 mai 2002, un échange de vues informel sur des questions d'intérêt mutuel a eu lieu entre les membres de la Commission et des membres des services juridiques du Comité international de la Croix-Rouge.

D. Représentation à la cinquante-septième session de l'Assemblée générale

538. La Commission a décidé qu'elle serait représentée à la cinquante-septième session de l'Assemblée générale par son Président, M. Robert Rosenstock.

539. En outre, à sa 2750^e séance, le 16 août 2002, la Commission a demandé à M. J. Dugard, Rapporteur spécial pour le sujet «Protection diplomatique», d'assister à la cinquante-septième session de l'Assemblée générale, conformément aux dispositions du paragraphe 5 de la résolution 44/35 de cette dernière.

E. Séminaire de droit international

540. Conformément à la résolution 55/152 de l'Assemblée générale, la trente-huitième session du Séminaire de droit international s'est tenue au Palais des Nations du 21 mai au 7 juin 2002, pendant la présente session de la Commission. Le Séminaire s'adresse à des étudiants de droit international de niveau avancé et à de jeunes professeurs et fonctionnaires nationaux se destinant à une carrière diplomatique ou universitaire ou à des postes de la fonction publique de leur pays.

541. Vingt-quatre participants de nationalités différentes, la plupart de pays en développement, ont pu participer à la session⁴³⁰. Les participants au Séminaire ont observé les séances plénières de la Commission, assisté à des conférences organisées spécialement à leur intention, et participé aux travaux des groupes de travail chargés de questions spécifiques.

542. Le Séminaire a été ouvert par le Président de la Commission, M. Robert Rosenstock. M. Ulrich von Blumenthal, juriste hors classe à l'Office des Nations Unies à Genève, était chargé de l'administration, de l'organisation et du déroulement du Séminaire.

543. Les conférences suivantes ont été données par des membres de la Commission: M. Peter Tomka: «La responsabilité des États»; M. Giorgio Gaja: «Les réserves aux traités»; M. Pemmaraju S. Rao: «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international»; M. Victor Rodriguez-Cedeño: «Actes unilatéraux des États»; M. Ian Bronwlie: «L'activité de la Cour internationale de Justice»; M. Bruno Simma: «Les droits de l'homme et la Commission du droit international»; M. John Dugard: «Protection diplomatique».

544. Des conférences ont également été données par: M. Hans Corell, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies: «La Cour pénale internationale et les autres tribunaux ad hoc des Nations Unies»; le professeur Gudmundur Eiriksson, juge au Tribunal international du droit de la mer et ancien membre de la Commission du droit international: «Le Tribunal international du droit de la mer»; M. Stéphane

⁴³⁰ Ont participé à la trente-huitième session du Séminaire de droit international: M. Babafemi Akinrinade (Nigéria); M^{me} Marlene Aldred (Jamaïque); M. Marc Araba (Bénin); M^{me} Mama Aissata Bangoura (Guinée); M. Hee-Deok Choi (République de Corée); M. Luis Cieza Palo (Pérou); M. Nebiyou Dagne (Éthiopie); M^{me} Anita Demeter (Hongrie); M. Aasmund Eriksen (Norvège); M. Sodnom Ganhuyag (Mongolie); M. Abdelmoneim Hassan (Soudan); M^{me} Ulrike Hiebler (Autriche); M^{me} Franziska Isliker (Suisse); M. Alireza Kazemi Abadi (République islamique d'Iran); M. Atip Latipulhayat (Indonésie); M. Ernest Makawa (Malawi); M^{me} Fernanda Millicay (Argentine); M. Alexander Orakhelashvili (Géorgie); M^{me} Mateja Platise (Slovénie); M^{me} Maria Angela Ponce (Philippines); M. Ali Qazilbash (Pakistan); M^{me} Maria Sanglade Rodriguez (Venezuela); M. Drahoslav Stefanek (Slovaquie); M^{me} Wenjuan Yin (Chine). Un comité de sélection, placé sous la présidence de M. Georges Abi-Saab (professeur honoraire à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève), s'est réuni le 4 avril 2002 et, après avoir examiné 79 demandes de participation au Séminaire, a retenu 24 candidats.

Jaquemet, juriste hors classe à la Section de la promotion du droit des réfugiés du HCR: «Le mandat de protection du HCR»; et M. Arnold Pronto, juriste adjoint au Bureau des affaires juridiques: «Les travaux de la Commission du droit international». Une matinée a été consacrée à la visite du Centre européen de recherche nucléaire (CERN), sur l'invitation de son Conseillère juridique, M^{me} Eva Gröniger-Voss. Le débat a porté sur des questions juridiques en rapport avec le CERN.

545. Les participants au Séminaire ont été affectés à l'un des trois groupes de travail constitués pour l'étude du sujet particulier ci-après, sous la direction de M^{me} Paula Escarameia, membre de la Commission et coordonnatrice: «Le cas du Timor oriental: quelques aspects juridiques du chemin vers l'indépendance». Chaque groupe a présenté ses conclusions au Séminaire. Les participants ont aussi été affectés à d'autres groupes de travail dont la tâche principale était de préparer les discussions suivant chaque conférence et de soumettre un rapport écrit sommaire sur chaque conférence. Une compilation de ces rapports a été distribuée aux participants.

546. Les participants ont aussi eu l'occasion d'utiliser les installations de la Bibliothèque du Palais des Nations.

547. La République et canton de Genève a offert son hospitalité traditionnelle aux participants, avec une visite guidée des salles de l'Alabama et du Grand Conseil, suivie d'une réception.

548. M. Robert Rosenstock, Président de la Commission, M. Ulrich von Blumenthal, au nom de l'Office des Nations Unies à Genève, et M. Marc Araba, au nom des participants, ont pris la parole devant la Commission et les participants à la fin du Séminaire. Chaque participant s'est vu remettre un certificat attestant sa participation à la trente-huitième session du Séminaire.

549. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que les Gouvernements de l'Autriche, de la Finlande, de la Norvège, de la République fédérale d'Allemagne, du Royaume-Uni et de la Suisse avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international. La situation financière du Fonds lui a permis d'accorder un nombre suffisant de bourses pour garantir une répartition géographique appropriée des participants et faire venir des pays en développement des candidats méritants qui autrement n'auraient pu prendre part à la session. Cette année,

des bourses intégrales (couvrant à la fois les frais de voyage et les frais de subsistance) ont été attribuées à 11 candidats, et des bourses partielles (ne couvrant que les frais de subsistance) à 7 candidats.

550. Sur les 855 participants, représentant 152 nationalités, qui ont pris part au Séminaire depuis 1965, date de sa création, 505 ont bénéficié d'une bourse.

551. La Commission souligne l'importance qu'elle attache aux sessions du Séminaire, qui donnent à de jeunes juristes, notamment de pays en développement, la possibilité de se familiariser avec ses travaux et les activités des nombreuses organisations internationales qui ont leur siège à Genève. La Commission recommande à l'Assemblée générale de lancer un nouvel appel aux États pour qu'ils versent des contributions volontaires afin d'assurer au Séminaire de 2003 la plus large participation possible. Il convient de souligner que, comme il y a de moins en moins de contributions, les organisateurs du Séminaire ont dû cette année puiser dans la réserve du Fonds. Si cette situation perdure, il est à craindre que les ressources du Fonds ne permettent plus d'accorder autant de bourses.

552. La Commission a noté avec satisfaction qu'en 2002 un service d'interprétation intégrale avait été mis à la disposition du Séminaire. Elle exprime l'espoir que le Séminaire bénéficiera du même service à sa prochaine session, malgré les contraintes financières existantes.

