

Document:-
A/CN.4/SR.2679

Compte rendu analytique de la 2679e séance

sujet:
Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2001, vol. I

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm>)*

2.2.2 et serait intitulé « Formulation des réserves lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification ou à la signature du texte du traité et confirmation formelle », ainsi que dans le projet de directive 2.4.4. Il ressort en effet de l'article 10 de la Convention de Vienne de 1969 que la signature est l'une des modalités, parmi d'autres, de l'authentification et il ne convient donc pas de mettre sur le même plan signature et authentification. Il serait utile que le Rapporteur spécial clarifie ce point.

25. Comme M. Economides, M. Simma estime qu'on ne saurait parler de réserve au stade des négociations, et que, pour exister, la réserve doit être explicitement énoncée au moment de la signature ou de la ratification. Il ne convient pas d'étendre la définition de la réserve au-delà de l'acceptation habituelle.

26. Enfin, M. Simma encourage le Rapporteur spécial à suivre de près la pratique des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme et le travail entrepris à cet égard dans les organes conventionnels pertinents ainsi qu'à la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme. Il l'invite aussi à ne pas renoncer à approfondir ses travaux lorsqu'il s'agit de ces traités.

La séance est levée à 11 h 5.

2679^e SÉANCE

Mercredi 23 mai 2001, à 10 h 5

Président : M. Peter KABATSI

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Hafner, M. He, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Tomka, M. Yamada.

Organisation des travaux de la session (suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

1. M. TOMKA (Président du Comité de rédaction) dit qu'à l'issue de consultations il a été décidé que le Comité de rédaction pour le sujet des réserves aux traités serait

composé des membres suivants : M. Pellet (Rapporteur spécial), M. Al-Baharna, M. Candioti, M. Economides, M. Gaja, M. Hafner, M. Kamto, M. Melescanu, M. Rosenstock, M. Simma et M. He (membre de droit).

Les réserves aux traités¹ (suite) [A/CN.4/508 et Add.1 à 4², A/CN.4/513, sect. D, A/CN.4/518 et Add.1 à 3³, A/CN.4/L.603 et Corr.1]

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME ET SIXIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL
(suite)

2. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA rend hommage au Rapporteur spécial pour l'excellente partie de son cinquième rapport (A/CN.4/508 et Add.1 à 4) portant sur un aspect capital de la procédure relative aux réserves et aux déclarations interprétatives. En le lisant, il a réalisé que le sujet constituait un dépôt « offshore » très important par rapport au grand dépôt continental que représente le droit des traités. Ce sujet est difficile à codifier, comme le montre l'ensemble de travaux qu'ont suscités les Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

3. M. Pambou-Tchivounda remercie le Rapporteur spécial de souligner le rôle du temps dans la formation des normes juridiques internationales et de traiter des incidents qui peuvent avoir un impact sur leur application. Le rapport du Rapporteur spécial, qui semble banal, est particulièrement révélateur pour trois raisons. En premier lieu, il rappelle le caractère dynamique des réserves, qui est pratiquement inhérent à leur formulation car celle-ci « s'inscrit dans un processus » (par. 228). En deuxième lieu, il montre le caractère relatif des réserves, qui ne sont valides que par les réactions que leur formulation doit susciter, qu'elles soient positives ou négatives. Quoi qu'il en soit, ces réactions se situent nécessairement dans un contexte temporel. Le Rapporteur spécial a fait justement observer qu'une réserve ne se suffisait pas à elle-même. En troisième lieu, et par-dessus tout, le rapport démontre le caractère stratégique des réserves. Les motivations qui sous-tendent la formulation d'une réserve n'obéissent pas toujours à la logique du temps codifié. Alors que ces motivations font davantage partie de la politique juridique des États ou des organisations internationales, une réserve se prête à une définition discrétionnaire. De telles motivations sont susceptibles de conduire les États et les organisations internationales à se dissocier d'un traité, même s'ils ne se sont pas encore engagés à l'appliquer ou, s'ils l'ont fait, à se retirer du cercle des parties contractantes. La formulation d'une réserve est un moment chargé du point de vue politique et un acte politique égoïste, dont la pertinence, du point de vue des autres parties contractantes, doit être évaluée à la lumière de sa validité.

4. À ce propos, depuis sa cinquantième session, en 1998, la Commission a accepté le fait que les Conventions

¹ Pour le texte des projets de directives provisoirement adoptés par la Commission à ses cinquantième, cinquante et unième et cinquante-deuxième sessions, voir *Annuaire... 2000*, vol. II (2^e partie), par. 662.

² Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ Reproduit dans *Annuaire... 2001*, vol. II (1^{re} partie).

* Reprise des débats de la 2676^e séance.

de Vienne de 1969 et 1986 sont limitées et que le régime codifié par les articles 19 et suivants des Conventions est très incomplet. La deuxième partie du cinquième rapport, qui est consacrée précisément à la question du moment décisif auquel une réserve est formulée, souligne l'écart entre la pratique et le droit écrit. Le but du projet de directives est de réduire cet écart, mais cela dépend en grande partie de la pratique, qui dépend elle-même de la façon dont les États et les organisations internationales utilisent le projet de directives, ce qui n'est pas le propre des réserves. Mais il faudrait être certain que les réserves concernées sont celles qui entrent dans la catégorie *ratione temporis*.

5. M. Pambou-Tchivounda a déjà exprimé l'avis que la notion de réserve n'est pas adaptée à celle de négociation. L'objectif des négociations est de conclure un traité, et elles sont antérieures au traité. À l'inverse, puisqu'elles visent à annuler ou modifier l'effet juridique d'une disposition d'un traité, une réserve ne peut être formulée qu'à l'égard d'un traité – ou, en tout cas, d'un texte adopté à la suite de négociations. Ainsi, l'adoption d'un texte est le point de départ raisonnable pour une formulation acceptable d'une réserve éventuelle. En raison de sa nature intrinsèque d'acte unilatéral, une réserve ne se prête pas à la négociation. À l'autre extrémité de la chaîne *ratione temporis*, la formulation d'une réserve a lieu au moment où l'État ou l'organisation internationale exprime son consentement à être lié par les modalités énoncées en droit positif ou, à titre exceptionnel, après que le consentement à être lié a été exprimé. C'est le cadre temporel des réserves et des déclarations interprétatives tardives, dont le Rapporteur spécial a estimé qu'elles étaient admissibles, à condition qu'elles soient acceptées à l'unanimité par les parties au traité.

6. Personnellement, M. Pambou-Tchivounda est quelque peu mal à l'aise au sujet du cadre temporel des réserves et déclarations interprétatives tardives. Certaines difficultés sont soulevées par la situation des réserves tardives formulées après l'expression du consentement à être lié s'il n'a pas été tenu compte d'un facteur essentiel auquel le rapport n'accorde pas l'attention qui lui est due, à savoir le report de l'entrée en vigueur du traité. Les mêmes conséquences doivent-elles être attribuées, d'une part, à une réserve formulée après l'expression du consentement à être lié mais avant l'entrée en vigueur du traité et, d'autre part, à une réserve formulée après l'entrée en vigueur du traité ? Le Rapporteur spécial n'a pas abordé cette question, bien qu'elle concerne directement la détermination du moment auquel sont formulées les réserves ou les déclarations interprétatives. Cette question souligne le rôle des depositaires et, si elle avait été examinée correctement, les réserves tardives auraient été traitées différemment dans une ou plusieurs directives, c'est-à-dire que les réserves formulées après l'entrée en vigueur du traité auraient fait l'objet d'une interdiction absolue. Ce sujet aurait dû au moins être évoqué.

7. En ce qui concerne le projet de directive 2.2.1 (Formulation des réserves à la signature et confirmation formelle), M. Pambou-Tchivounda approuve la suggestion du Rapporteur spécial sur l'économie du projet, à condition que la confusion terminologique suscitée par l'expression « une réserve doit être *confirmée formellement* par l'État ou par l'organisation internationale » soit

éliminée. Les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 n'attribuent pas la même signification ou portée à la confirmation formelle. M. Pambou-Tchivounda propose d'insérer, après les mots « par l'État réservataire », la phrase « dans l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ». Cela établirait une distinction entre la confirmation par l'État et la confirmation formelle par une organisation internationale, selon la définition qui figure à l'alinéa *b bis* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986, à savoir « un acte correspondant à celui de la ratification [...] par lequel une organisation internationale établit [...] son consentement à être liée... ».

8. Le mot « négociation » doit être supprimé du titre et du corps du projet de directive 2.2.2 (Formulation des réserves lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité et confirmation formelle). L'ajout que M. Pambou-Tchivounda a suggéré pour le projet de directive 2.2.1 concernant la notion de confirmation formelle par l'État devrait être inséré dans le projet de directive 2.2.2. De nouveau, le libellé de la première phrase serait plus direct si elle se lisait comme suit : « Une réserve formulée lors de ... du traité ... doit être... ». M. Pambou-Tchivounda n'est pas en faveur d'une fusion des projets de directives 2.2.1 et 2.2.2 telle que suggérée par le Rapporteur spécial au paragraphe 258 du rapport.

9. Dans le projet de directive 2.2.3 (Non-confirmation des réserves formulées lors de la signature [d'un accord en forme simplifiée] [d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature]), les mots « d'un accord en forme simplifiée » doivent être supprimés dans un souci de cohérence avec la terminologie habituelle du droit des traités. En ce qui concerne le projet de directive 2.2.4 (Réserves à la signature expressément prévues par le traité), M. Pambou-Tchivounda n'est pas certain que la confirmation ne soit pas nécessaire lorsque, ou même parce que le traité prévoit expressément la possibilité de formuler une réserve au moment de la signature. Il n'est pas convaincu par la suppression de la nécessité de confirmation car les effets de la signature, dans le cas du projet de directive 2.2.4, ne sont pas identiques à ceux du projet de directive 2.2.3. Le projet de directive 2.2.4 doit donc être modifié pour inclure la nécessité de confirmation. Globalement, ces commentaires sur les réserves peuvent être transposés aux déclarations interprétatives, à quelques nuances près.

10. Enfin, en ce qui concerne la conduite à tenir après l'expression du consentement à être lié, M. Pambou-Tchivounda est en faveur du projet de directive 2.3.4 (Exclusion ou modification tardive des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves), c'est-à-dire des réserves ou déclarations interprétatives tardives. Il préconise simplement de remplacer les mots « à moins que » dans la dernière partie du projet de directive 2.3.1 (Formulation tardive d'une réserve) par « pour autant que ». Le projet de directive commence par les mots « À moins que ». M. Pambou-Tchivounda se joint aux membres qui ont proposé que le projet de directives soit renvoyé au Comité de rédaction.

11. M. HAFNER dit que le Rapporteur spécial a essayé sérieusement de traiter toutes les ramifications complexes

d'un sujet qui va jusqu'au cœur même du droit des traités, en particulier la règle fondamentale *pacta sunt servanda*, qui fait sans aucun doute partie du *jus cogens*.

12. À son avis, le paragraphe 248 du rapport donne une impression fautive au sujet de la confirmation et des réserves dans le cas de la succession d'États. Il ne parle que de l'État successeur en tant que tel et la note de bas de page se réfère au paragraphe 1 de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1978. Cela est incorrect, car cet article de la Convention ne concerne que les États nouvellement indépendants et ne peut donc pas être généralisé. Pour rester fidèle à cet instrument, une distinction claire doit être établie entre les deux catégories d'États.

13. M. Hafner se demande en outre pourquoi il est nécessaire de distinguer entre les différentes occasions où une réserve peut être formulée. De son point de vue, une réserve peut être formulée à n'importe quel moment avant l'expression du consentement à être lié. Le tout est que si elle est formulée plus tôt, elle doit être confirmée. Par conséquent, les projets de directives 2.2.1 et 2.2.2 peuvent simplement être fusionnés pour se lire : « Lorsqu'elle est formulée avant l'expression du consentement à être lié, une réserve doit être... ».

14. De nouveau, le projet de directive 2.2.4 est-il réellement nécessaire ? Faut-il tenir compte dans le projet de directives, qui est de nature générale, de toutes les situations possibles en matière de traités ? Une référence à une règle *lex specialis* ne suffirait-elle pas ? Si la Commission tente de tout couvrir, elle risque d'oublier l'une ou l'autre possibilité, ce qui posera la question de l'interprétation. Une solution simple est donc préférable : dire que la Commission ne parle pas de *lex specialis* mais de règles générales.

15. Quant aux déclarations interprétatives conditionnelles, M. Hafner doit confesser qu'il a du mal à suivre le raisonnement. Une déclaration interprétative devient-elle conditionnelle uniquement parce que les États ont exprimé leur souhait de la confirmer ? Qui décide, par exemple, que la déclaration de l'Autriche au sujet de la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique⁴ est conditionnelle ? M. Hafner ne se souvient d'aucun débat en Autriche sur la question de savoir s'il s'agissait d'une déclaration interprétative « conditionnelle » ou « normale ». Une déclaration interprétative est-elle conditionnelle uniquement parce qu'elle est confirmée dans l'instrument de ratification ? Si elle n'a pas été confirmée, s'agit-il d'une déclaration interprétative ordinaire ou bien ne compte-t-elle pas ? Le paragraphe 269 dit qu'il convient de transposer à ces déclarations les règles relatives aux réserves. Pourquoi donc ?

16. En ce qui concerne les réserves tardives, le projet de directive 1.1 (Définition des réserves) implique que le temps fait nécessairement partie de la définition même d'une réserve. Après une longue discussion, la Commission a accepté la nécessité d'une définition et a exprimé son intention de ne pas s'écarter de la Convention de Vienne de 1969, avis qui a été fermement approuvé par l'Assemblée générale. Cela concerne également l'article sur la définition des réserves. Il se pose donc la question

de savoir pourquoi la Commission devrait se soucier d'une « réserve tardive ». Si la définition qui figure dans le Guide de la pratique est exacte, soit une réserve tardive est une contradiction soit elle n'existe simplement pas.

17. Bien entendu, M. Hafner est pleinement conscient qu'une certaine pratique existe. Mais cela signifie soit que la définition est fautive soit que les actes en question ne sont pas des réserves. On pourrait imaginer que les soi-disant réserves tardives sont aussi des réserves mais qu'elles sont inadmissibles. Mais cela brouillerait la définition; un tel argument rappelle le débat qui a eu lieu au sein de la Commission sur la différence entre la définition et les conditions de l'admissibilité.

18. Si la Commission modifie la définition, l'ensemble du régime des réserves s'appliquera aux réserves tardives. Il n'existe aucune justification juridique d'un autre régime car la Convention de Vienne de 1969 n'en propose pas. Si la définition est modifiée, ce sera une invitation aux États à formuler de telles réserves, puisque aucun traité n'exclut expressément les réserves tardives. Par voie de conséquence, les États peuvent toujours formuler des réserves dans les limites de l'article 19 de la Convention. Donc, et compte tenu de la définition figurant dans la Convention et de la détermination de la Commission à respecter cette définition, il n'y a pas d'autre choix que de donner aux instruments en question un nom autre que celui de réserves. M. Hafner partage les préoccupations exprimées par M. Pambou-Tchivounda au sujet des réserves tardives. Bien sûr, le Rapporteur spécial a tout à fait raison, ces instruments sont en fait appelés des réserves, mais c'est une question de pertinence par rapport à la définition. Il n'est nul besoin de les appeler des réserves puisque la Commission ne leur applique pas exactement le même régime qu'aux véritables réserves. Pourquoi ne pourrait-on s'y référer comme à une forme particulière de traités *inter se* ? La Convention de Vienne le permet. Toute autre solution ne ferait que compliquer les choses. Par exemple, le projet de directive 2.3.2 (Acceptation de la formulation tardive d'une réserve) s'applique-t-il également aux réserves à l'égard de l'acte constitutif d'une organisation internationale ? Il est évident qu'il n'est pas nécessaire de s'occuper des réserves tardives. On peut imaginer une directive affirmant une évidence qui pourrait déjà être déduite de la définition, à savoir : « Une déclaration faite après l'expression du consentement à être lié par un traité n'est pas une réserve, quelle que soit la façon dont elle est formulée ou appelée ».

19. En ce qui concerne les déclarations interprétatives tardives, M. Hafner se demande dans quelle mesure les directives pertinentes sont conformes à l'article 31, sur la règle générale d'interprétation, de la Convention de Vienne de 1969. En vertu du paragraphe 3 de cet article, un accord doit être intervenu en vue d'influencer l'interprétation du traité. Les directives semblent exiger cette condition uniquement pour les « déclarations interprétatives conditionnelles ». Ainsi, une certaine imprécision demeure. L'article 31 de la Convention doit être pris en compte lorsqu'on examine les déclarations interprétatives tardives.

20. Enfin, le projet de directives devrait être renvoyé au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci réglera les problèmes que M. Hafner a mentionnés.

⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 788, n° 11212, p. 240.

21. M. MOMTAZ, félicitant le Rapporteur spécial pour la grande qualité de son rapport, dit qu'il convient tout à fait de l'utilité des réserves tardives. Une telle « institution » peut faciliter la recherche de l'universalité des instruments et étendre le champ d'application des traités multilatéraux fermés. Elle peut corriger plusieurs erreurs commises lors de la ratification des traités et, dans certains cas, elle peut même permettre au pouvoir exécutif de tenir compte d'une modification de politique du parlement à la suite d'un changement de majorité. Ainsi, le recours à une réserve tardive peut permettre à un État d'éviter de se retirer d'un traité. Malgré ses avantages incontestables, il importe de ne pas sous-estimer la menace que le recours abusif à cette pratique peut constituer pour la stabilité des relations conventionnelles. Permettre à un État qui a accepté une obligation de revenir sur sa décision est incontestablement contraire au principe *pacta sunt servanda*, norme de *jus cogens*. C'est la raison pour laquelle une telle réserve devrait recevoir, du moins en ce qui concerne les traités dont la participation est limitée, l'assentiment de toutes les parties contractantes. Il faudrait en tout cas bien mettre l'accent sur le fait que le recours à cette pratique est destiné à faire face à des circonstances tout à fait exceptionnelles et que l'État auteur de telles réserves devra immanquablement les justifier. La directive proposée ne doit en aucun cas être interprétée comme encourageant les États à recourir à cette pratique. Par ailleurs, de telles réserves devraient peut-être porter un nom différent : à strictement parler, elles ne constituent pas de véritables réserves puisque le régime proposé est tout à fait différent tant de celui des réserves que de celui du droit général.

22. M. Momtaz partage entièrement l'opinion exprimée par M. Gaja à propos des déclarations interprétatives tardives. Chaque État partie à un instrument conventionnel est entièrement libre de faire, à tout moment, des déclarations concernant le traité auquel il est partie. Par conséquent, aucune restriction ne doit être imposée aux États dans ce domaine. Ce qui importe, c'est d'éviter que les déclarations interprétatives, comme cela est malheureusement de plus en plus souvent le cas, ne se transforment en réserves déguisées et servent à contourner les clauses qui limitent ou interdisent le recours aux réserves dans les conventions multilatérales.

23. Enfin, M. Momtaz s'associe aux commentaires de M. Economides concernant la possibilité offerte aux parties à une négociation de formuler des réserves. Il convient tout à fait qu'il faut établir un seuil à partir duquel il sera possible de le faire. Dans le cas des traités multilatéraux, un texte authentifié par les négociateurs et adopté semble être un seuil acceptable. Permettre la formulation de réserves au stade de la négociation risque de compromettre celle-ci et est contraire au principe de bonne foi sur lequel la négociation doit être fondée. En conclusion, M. Momtaz estime que les projets de directives figurant dans la deuxième partie du cinquième rapport doivent maintenant être renvoyés au Comité de rédaction.

24. M. MELESCANU dit que la plus grande difficulté de l'exercice que la Commission a entrepris est de concilier deux nécessités contradictoires. D'une part, il y a la préoccupation légitime d'assurer la stabilité des traités internationaux et de leurs effets juridiques. Clairement,

une approche des réserves très restrictive est une manière d'assurer l'application du principe *pacta sunt servanda*. D'autre part, le principe *rebus sic stantibus* doit aussi être respecté : les États ont le droit d'exprimer leurs souhaits en ce qui concerne la création d'obligations juridiques. Par conséquent, une approche trop rigide de l'institution des réserves n'est pas souhaitable et les déclarations interprétatives constituent l'instrument disponible le plus précieux à cet égard. En outre, si la première préoccupation de la Commission doit être de codifier des règles existantes sur la base des dispositions des Conventions de Vienne et de la pratique des États, les déclarations interprétatives offrent un terrain fertile pour le développement progressif du droit international. Le Rapporteur spécial mérite des remerciements particuliers pour son travail novateur de développement de l'institution des déclarations interprétatives, à laquelle il faut désormais accorder une reconnaissance complète. Les propositions du Rapporteur spécial doivent être renvoyées au Comité de rédaction pour recevoir rapidement leur forme définitive.

25. Ayant été absent à la session précédente de la Commission, M. Melescanu souhaite saisir cette occasion de formuler quelques commentaires et suggestions de caractère général sur le sujet des réserves aux traités. En premier lieu, sur le plan de la rédaction, il est d'accord avec l'idée que le terme « formulation » est celui qui doit être appliqué aux réserves et aux déclarations interprétatives. En deuxième lieu, il souscrit pleinement à l'opinion selon laquelle des réserves ne peuvent pas être formulées lors de la négociation d'un traité international. De telles réserves seraient, en effet, de simples propositions de modifier les dispositions du traité dans le cadre de la négociation. Comme l'a fait observer M. Economides, une réserve à une disposition spécifique ne peut être formulée que lorsque le texte du traité a été ouvert à la signature. Néanmoins, pour rétablir les faits, il convient de noter que le Rapporteur spécial ne propose pas d'étendre le champ des réserves pour y inclure celles qui sont formulées au moment de la négociation. Au lieu de cela, le Rapporteur spécial propose que si un État annonce durant la phase de négociation qu'il formule une réserve – et on ne peut l'en empêcher – cette réserve doit être confirmée pour pouvoir être considérée comme telle au sens des règles que la Commission examine. Il s'agit donc essentiellement d'une question de rédaction et l'on peut confier au Comité de rédaction l'élaboration d'une formule qui, sans porter atteinte au droit des États de s'exprimer librement, tienne compte du fait qu'il n'est pas possible de formuler une réserve à une disposition qui n'existe pas encore sous sa forme définitive. M. Melescanu exprime donc ses propres réserves au sujet du projet de directive 2.2.2. Il faut soit supprimer la référence à la « formulation des réserves lors de la négociation », soit affirmer clairement qu'il n'est pas possible de formuler une réserve avant qu'un texte final ne soit adopté.

26. N'en déplaise à M. Pambou-Tchivounda, l'idée de fusionner les projets de directives 2.2.1 et 2.2.2 est attrayante : ils peuvent aisément être combinés en une directive unique, disposition sans ambiguïté éliminant les interprétations non souhaitées par le Rapporteur spécial. Par ailleurs, M. Melescanu n'est pas d'accord avec la préférence que M. Economides a exprimée en ce qui

concerne le libellé du projet de directive 2.2.3, également appuyé par M. Pambou-Tchivounda. L'expression générale « accord en forme simplifiée » est grandement préférable à la variante proposée.

27. Pour les motifs fournis précédemment, M. Melescanu estime que les projets de directives 2.4.3 (Moments auxquels une déclaration interprétative peut être formulée), 2.4.4 (Formulation des déclarations interprétatives conditionnelles lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification ou à la signature du texte du traité et confirmation formelle), 2.4.5 (Non-confirmation des déclarations interprétatives formulées lors de la signature [d'un accord en forme simplifiée] [d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature]) et 2.4.6 (Déclarations interprétatives à la signature expressément prévues par le traité) sont des dispositions extrêmement importantes qui permettraient à la Commission de résoudre plusieurs problèmes soulevés par l'application d'un régime strict aux réserves et d'un régime flexible aux déclarations interprétatives.

28. En ce qui concerne les réserves et les déclarations interprétatives tardives, les directives doivent être très restrictives pour les premières mais plus souples, et peut-être très souples, pour les secondes, qui permettent aux États d'exprimer leurs souhaits et leur opinion politique à propos de développements dans l'application de l'accord international tout en préservant la stabilité du traité. M. Melescanu demande instamment au Rapporteur spécial d'envisager la possibilité d'inclure une directive distincte sur les accords entre un nombre limité de parties. Le consentement des États parties doit être requis pour qu'une réserve tardive à un tel traité puisse être formulée. Un exemple évident est l'article 5 du Traité de l'Atlantique Nord. Si la possibilité de formuler une réserve à cet article sans le consentement des autres États parties était acceptée, l'existence même du traité, ou du moins le maintien du statut de l'État en tant que partie à ce traité, serait compromise. Deux conditions doivent être remplies dans le cas des réserves tardives, l'une de fond et l'autre de procédure. Si le traité prévoit la possibilité de formuler des réserves à l'égard de certaines dispositions ou de formuler des réserves tardives, la flexibilité doit être la règle. En ce qui concerne le moment de la formulation, le consentement des autres parties est un élément fondamental qui doit toujours être pris en compte.

29. M. ECONOMIDES dit que la Commission ne peut pas interdire aux États de formuler des réserves tardives, même si elle le souhaite. Les réserves tardives ne sont pas des réserves unilatérales mais des propositions de réserves qui sont ensuite acceptées par tous les autres États parties, non pas expressément mais de manière tacite, à l'issue d'un processus où un accord international s'est dégagé sur la réserve proposée. Dans une telle situation, la réserve tardive cesse d'être un acte unilatéral d'un État et tombe dans le domaine des relations conventionnelles. Par conséquent, on ne peut dire aux États souverains qu'ils n'ont pas le droit d'accepter une telle réserve.

30. M. CRAWFORD dit qu'il approuve M. Economides et qu'il irait plus loin. Il est très dangereux d'assimiler les réserves tardives aux autres réserves, compte tenu du régime extrêmement libéral qui s'est développé dans le contexte des réserves au droit des traités. Une réserve

tardive est en effet une proposition de modifier le traité. Cela soulève en outre une grave difficulté, en ce sens que ce n'est pas suffisant de simplement donner à un État objectant le droit d'exclure l'effet de la réserve tardive dans ses relations avec l'État qui en est l'auteur; il y a les relations conventionnelles existantes et les autres États ont le droit de bénéficier du principe *pacta sunt servanda* vis-à-vis des autres parties au traité en l'absence d'un accord général allant dans le sens contraire.

31. M. KAMTO dit que le Rapporteur spécial doit être félicité pour la deuxième partie de son cinquième rapport, qui présente sous un jour nouveau un sujet austère et pouvant être aride. Néanmoins, le souci louable du Rapporteur spécial de traiter ce sujet de manière exhaustive risque de semer la confusion dans l'esprit des destinataires ultimes du projet de directives, c'est-à-dire les États.

32. Le projet de directive 2.2.1 ne pose aucun problème. Les difficultés commencent avec le projet de directive 2.2.2, qui semble modifier le régime de la Convention de Vienne. Il est douteux qu'il soit calqué sur le paragraphe 2 de l'article 23 de la Convention de Vienne de 1986, comme l'affirme le Rapporteur spécial au paragraphe 257, car elle parle de la formulation de réserves « lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification » du texte du traité, tandis que l'article cité ne parle que de réserves formulées « lors de la signature du traité sous réserve de la ratification... ». Il a été observé que ce que l'on pourrait appeler une réserve formulée au moment de la négociation n'était en général qu'une position de négociation que les États abandonnent souvent avant la conclusion du traité. Toutefois, il peut arriver qu'au cours de négociations à une conférence diplomatique où les dispositions du traité sont ensuite adoptées par consensus sans que l'adoption porte encore sur l'ensemble du traité, un État formule une réserve à l'égard d'une disposition spécifique dont il ne souhaite pas bloquer l'adoption par consensus. C'est ce qui s'est passé, par exemple, à la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale qui a conduit à l'adoption du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et à laquelle de telles réserves avaient précisément été formulées en vue de préserver le consensus. Néanmoins, il faut reconnaître que le concept de « réserve » est prématuré au stade de la négociation, le texte étant susceptible de modifications jusqu'à l'adoption globale du traité. C'est pourquoi le projet de directives gagnerait à exclure les réserves formulées au moment de la négociation.

33. M. Kamto n'a pas d'opinion tranchée au sujet de la fusion des projets de directives 2.2.1 et 2.2.2. La proposition de M. Hafner est attrayante mais le souci pédagogique qui sous-tend le projet de directives plaide peut-être en faveur d'une distinction.

34. En ce qui concerne le projet de directive 2.2.3, l'expression « accord en forme simplifiée » est bien établie dans la doctrine, bien que sa signification exacte puisse ne pas être évidente pour tout le monde. La deuxième possibilité, l'expression « d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature » n'est toutefois pas entièrement acceptable, car, en fait, de tels traités n'entrent en vigueur que lorsqu'un nombre précis de signatures a été

atteint. La meilleure formule serait donc « d'un traité non soumis à ratification, confirmation formelle, acceptation ou approbation ».

35. Bien qu'il existe quelques éléments de pratique des États en matière de réserves tardives, l'élaboration d'une directive sur cette question relève du développement progressif du droit international. Cette directive est en conflit avec le chapeau de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 et s'oppose en outre à une forte opinion doctrinale. Néanmoins, les explications fournies par le Rapporteur spécial restent suffisamment fondées pour que la Commission se penche plus en profondeur sur cette question. Le risque grave et réel de déstabilisation qu'une telle pratique pourrait faire courir au traité a été suffisamment souligné : la sécurité juridique des États parties à un système d'obligations conventionnelles multilatérales serait en cause. C'est pourquoi les réserves tardives ne peuvent être admises qu'en durcissant les conditions de leur formulation.

36. La condition figurant dans le projet de directive 2.3.1 (par. 310) n'est pas entièrement satisfaisante. Pour traduire l'exigence de l'unanimité qui conditionne le principe de la formulation d'une réserve tardive – plutôt que l'acceptation ou non de sa teneur – le Rapporteur spécial emploie la formule « à moins que la formulation tardive de la réserve ne suscite aucune objection de la part des autres parties contractantes ». L'absence d'objection comme condition de formulation d'une réserve tardive signifie, *a contrario*, que le silence d'une partie au traité serait interprété comme un acquiescement à la formulation. Cependant, pour diverses raisons, de nombreux États ne peuvent pas suivre méticuleusement la vie des traités, même ceux par lesquels ils sont liés. L'absence d'objection pourrait avoir pour résultat de faire passer subrepticement la formulation tardive de réserves auxquelles ces États se seraient probablement opposés. C'est pourquoi la simple absence d'objection ne suffit pas : chaque partie au traité doit donner expressément son consentement à la formulation de la réserve tardive. À ce propos, M. Kamto approuve la suggestion de M. Gaja concernant les accords dérogoires, qui équivaldraient à une série d'accords bilatéraux entre les différentes parties au traité d'une part, et l'État souhaitant formuler la réserve d'autre part. L'unanimité ne doit jamais être présumée. Si elle existe, une réserve tardive peut, dans certains cas, apparaître comme une offre de révision ou de modification et être interprétée en tant que telle. En tout cas, le régime gouvernant le principe des réserves tardives pourrait être un accord spécial concernant l'instrument original, qui permettrait aux États d'exprimer leur position. Cela pourrait servir à limiter les risques mentionnés par des membres de la Commission. Le régime des réserves tardives doit être le même que celui des réserves ordinaires, mais il est raisonnable d'avancer qu'une objection à une réserve tardive peut elle-même être faite tardivement plutôt qu'au moment où la réserve a été formulée. Le projet de directive 2.3.1 n'indique pas clairement si une réserve tardive est possible lorsque le traité est un acte constitutif d'une organisation internationale. Si c'est le cas, on peut se demander si l'acceptation du principe d'une telle réserve sera la prérogative de l'organisation internationale, comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969 pour

les réserves ordinaires, ou si chaque État membre de l'organisation devra être consulté individuellement. Cette question mérite d'être examinée.

37. En ce qui concerne les déclarations interprétatives conditionnelles, M. Kamto a conclu que nombre d'entre elles, en fait, sont vraiment des réserves déguisées, et il appuie les efforts du Rapporteur spécial pour les placer dans le même cadre, d'autant qu'elles constituent une vraie menace pour le principe *pacta sunt servanda*. Ce n'est pas le cas des réserves tardives qui, en raison des modalités de leur acceptation, sont fondées sur le traité et ne violent pas ce principe.

38. M. GAJA dit que, pour M. Kamto, le consentement exprès doit être requis pour les réserves tardives mais que, dans la pratique, cela n'est pas le cas. Si une centaine d'États doivent exprimer une attitude favorable à l'égard d'une réserve tardive, le risque sera celui d'une trop grande souplesse en matière de réserves tardives pour les États qui les acceptent. La règle de l'unanimité telle qu'énoncée dans le projet de directive 2.3.1 est beaucoup plus stricte que cela. Se référant au paragraphe 304 du cinquième rapport, M. Gaja explique que son opinion a été mal comprise : le texte original dont la citation a été tirée se réfère à l'unanimité des autres parties contractantes pour ce qui est de l'acquiescement aux réserves tardives.

39. M. CRAWFORD dit qu'en semblant tolérer les réserves tardives la Commission doit veiller à ne pas contredire l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969 relatif à la modification des traités multilatéraux entre deux ou plusieurs parties. Même si deux parties parviennent à un accord formel qui a pour effet de modifier un traité multilatéral, elles ne peuvent le faire que dans les circonstances énoncées par cet article. Le droit général d'un État de formuler une réserve tardive subordonnée au consentement passif des autres États peut facilement contredire les principes de la Convention et en particulier le sous-alinéa ii de l'alinéa b du paragraphe 1 de l'article 41, puisqu'il ne porterait pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec l'objet et le but du traité pris dans son ensemble. Il existe un lien important entre la question des réserves tardives et celle de la compatibilité des réserves en général. Si les réserves tardives sont mises sur le même plan que les autres, selon l'argument compréhensible qu'un État n'est pas obligé de devenir partie à un traité et a donc le droit d'insister sur quelque chose, le même argument perd toute sa force lorsqu'il est appliqué aux réserves tardives. Dans le cas des réserves tardives, il faut qu'il y ait un critère objectif, sans quoi le principe *pacta sunt servanda* sera éliminé.

40. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que si l'on peut convenir qu'une réserve tardive est une proposition de modifier un traité, il ne s'agit pas de modifier la substance du traité, mais simplement la clause de réserve, que celle-ci existe ou non. C'est pourquoi il a soigneusement distingué entre l'objection ou l'absence d'objection au principe des réserves tardives et la situation qui se pose une fois ce principe accepté. Une réserve ne modifie pas en elle-même un traité.

41. M. HAFNER dit qu'il a hâte de clarifier la distinction établie par le Rapporteur spécial. Le premier des cas auxquels il se réfère est-il un accord tendant à modifier un traité pour autoriser les réserves tardives et le second un accord portant sur la réserve tardive elle-même ? Il y a une différence. Il est très favorable à l'idée de considérer les réserves tardives comme des accords *inter se* conformément à l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969. Cependant, s'il a été dit qu'il y a un accord sur les réserves tardives, cela signifie-t-il que les autres États peuvent également utiliser cet accord ou bien l'accord en question ne concerne-t-il qu'un cas spécifique de réserve tardive ?

42. M. KAMTO explique que par « accord bilatéral » il voulait dire que, si l'unanimité était requise, concrètement une seule objection saboterait l'acceptation du principe d'une réserve. De son point de vue, l'accord global sur l'acceptation comprendrait une série d'accords bilatéraux, comme dans le cas de certains traités multilatéraux qui consistent eux-mêmes en une série d'obligations bilatérales. Ainsi, un accord général, s'il est conclu à l'unanimité, constituerait une série d'accords bilatéraux entre les États réservataires et chacune des parties à la convention en question. Le résultat en serait donc un nouvel accord proposant d'amender ou de réviser celle-ci. M. Kamto partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel un tel accord ne concernerait que le principe de la réserve ou de la clause de réserve. M. Hafner a demandé si n'importe quel autre État pourrait utiliser l'accord pour formuler une réserve. La réponse doit être oui; sans cela, il serait difficile de comprendre pourquoi un statut spécial serait accordé à un État qui a demandé une révision et pas à d'autres.

43. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit qu'il approuve l'idée que la procédure de formulation de réserves et de déclarations interprétatives ne peut être considérée comme étant analogue à la conclusion d'un traité, car les deux diffèrent du point de vue formel. Les réserves et les déclarations interprétatives sont des actes unilatéraux indépendants dans le contexte de relations conventionnelles même s'ils ne peuvent avoir d'effets juridiques sans le consentement ou l'acceptation ultérieure des autres parties au traité.

44. Se référant aux réserves et aux déclarations interprétatives, le Rapporteur spécial emploie le terme « formuler » plutôt que « faire », parfois utilisé dans les Conventions de Vienne de 1969 et 1986. De tels actes, qui dépendent du consentement des autres parties, n'ont pas d'effet juridique jusqu'à ce que le traité l'autorise tandis que les actes unilatéraux indépendants prennent effet au moment de leur formulation, bien qu'ils ne puissent être concrétisés avant que le destinataire n'exerce le droit octroyé par l'auteur de l'acte. Une distinction doit être établie entre l'origine ou la formulation d'un acte unilatéral et sa concrétisation, qui a lieu lorsque la relation devient bilatérale à l'extérieur du cadre du traité. L'emploi du terme « formuler » dans le projet de directives présenté par le Rapporteur spécial est approprié, sauf dans les projets de directives 2.3.1, 2.4.7 (Déclarations interprétatives tardives) et 2.4.8 (Déclarations interprétatives conditionnelles tardives), qui parlent de la formulation de réserves ou de déclarations si elles n'ont pas suscité d'objections de la part des autres parties. Il

semble y avoir une confusion entre « formulation » et « concrétisation ». L'État ou l'organisation internationale peut formuler une réserve à n'importe quel moment; la question est de savoir si elle est admissible ou acceptée et produit ses effets juridiques. M. Rodríguez Cedeño préférerait modifier le libellé de ces directives pour qu'elles se lisent : « la formulation d'une réserve ou d'une déclaration interprétative ne produit d'effets... ». Toutefois, en ce qui concerne le projet de directive 2.2.2, il approuve pleinement les remarques d'autres membres, notamment MM. Economides et Pambou-Tchivounda, au sujet de la formulation de réserves durant la phase de négociation. À ce stade, l'acte juridique n'est pas achevé; la « réserve » serait formulée à l'égard d'un instrument juridique en cours d'élaboration et ne pourrait produire d'effets juridiques. Elle aurait des implications politiques qui ne pourraient pas dépasser le processus de négociation. Elle devrait être réitérée – non confirmée – au moment de la signature ou de la ratification, lorsque le consentement de l'État à être lié devient complet. Le libellé du projet de directive 2.2.1 est acceptable. Si le traité est formellement ratifié ou confirmé, la réserve doit être considérée comme étant formulée à ce moment-là. Néanmoins, dans le cas d'accords en forme simplifiée, des réserves ou des déclarations interprétatives peuvent être formulées à la signature et ne nécessitent pas une confirmation ultérieure, comme l'indiquent clairement les projets de directives 2.4.5 et 2.2.3. M. Rodríguez Cedeño est également d'accord avec le projet de directive 2.2.4 : une réserve formulée lors de la signature d'un traité, lorsque le traité prévoit expressément qu'une telle réserve peut être faite, doit être considérée comme valide à partir de ce moment-là. En ce qui concerne les déclarations ordinaires et conditionnelles, un État peut faire le premier type de déclaration à n'importe quel moment mais, pour les motifs fournis par le Rapporteur spécial, le deuxième type de déclaration ne peut être fait qu'au moment de la signature ou de l'expression du consentement à être lié.

45. Au paragraphe 268 de son cinquième rapport, le Rapporteur spécial soulève la question de savoir si la confirmation d'une déclaration interprétative faite à la signature ne constitue pas un indice de son caractère conditionnel. M. Rodríguez Cedeño doute qu'une telle conclusion puisse être aisément tirée. Le Venezuela a fait une déclaration interprétative concernant l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes⁵. Son intention était simplement d'aligner la Convention sur son droit interne et non de poser des conditions à sa participation.

46. Enfin, M. Rodríguez Cedeño exprime sa préoccupation au sujet de la formulation de réserves et de déclarations interprétatives tardives, qui affectent la stabilité des relations juridiques entre États et vont à l'encontre du principe *pacta sunt servanda*. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à dire qu'une fois qu'un instrument juridique est entré en vigueur, aucune réserve ne peut être admise, et il en va de même pour les déclarations interprétatives. Les États ne sont pas autorisés en vertu du droit international à modifier leurs obligations de manière unilatérale par de tels actes, qui imposent aux autres États des obligations auxquelles ils n'ont pas consenti. Le

⁵ Voir *Traité multilatéraux...* (2678^e séance, note 4), vol. I, p. 406.

régime ordinaire des réserves, en revanche, fonctionne dans un contexte conventionnel et nécessite la participation des autres parties pour que la réserve puisse entrer en vigueur. La question des réserves tardives est très délicate et doit être étudiée de manière équilibrée pour éviter d'adopter une règle qui pourrait compromettre les relations entre États. De fait, le consentement formel des autres États est indispensable pour que les réserves ou les déclarations interprétatives prennent effet. M. Rodríguez Cedeño partage l'avis de M. Economides selon lequel de tels actes unilatéraux ne peuvent être interdits mais il s'agit d'actes juridiques distincts qui doivent être dûment réglementés.

47. M. YAMADA, se référant au projet de directive 2.2.2, dit que, selon plusieurs membres de la Commission, les réserves ne peuvent être formulées lors de la négociation d'un traité car le texte du traité n'est pas encore définitif. Cela est vrai en théorie. Néanmoins, la pratique de la formulation de réserves au stade de la négociation existe dans les faits. Une réserve est par définition une déclaration unilatérale d'un État, et dans certains cas un État présente sa réserve aux autres parties à la négociation en vue d'obtenir leur consentement. Une telle réserve fait partie du processus de négociation. Lorsque le Rapporteur spécial a examiné des réserves « de remplacement », ce qui a abouti au projet de directive 1.1.6 (Déclarations visant à s'acquitter d'une obligation par équivalence), il s'est lui-même référé à une réserve formulée par le Japon à la Convention relative à l'aide alimentaire de 1971⁶, qui relevait de l'actuel projet de directive 2.2.2. Le Japon a cherché à s'assurer que les autres parties à cette convention n'émettraient pas d'objection à sa réserve tendant à fournir une assistance aux pays en développement sous forme de riz et d'engrais plutôt que de blé et, à cette fin, il a formulé la réserve durant les négociations, attitude efficace qui a ensuite été confirmée lorsque le Japon a consenti à être lié par la Convention. Le Rapporteur spécial a cité d'autres exemples à l'appui du projet de directive 2.2.2.

48. M. Yamada est d'accord avec les membres qui pensent que les réserves tardives déstabilisent le régime conventionnel et doivent être découragées. D'un autre côté, elles permettent un degré de flexibilité qui contribue à assurer une plus large participation au traité et à dissuader des parties de s'en retirer. Il recommande la pratique du Secrétaire général de l'ONU, dépositaire des traités multilatéraux, qui est fondée sur le principe général selon lequel les parties à un accord international peuvent, par décision prise à l'unanimité, modifier les dispositions d'un accord ou prendre les mesures qu'elles jugent appropriées en ce qui concerne l'application ou l'interprétation de l'accord. Ce principe impose une condition rigoureuse d'unanimité pour l'acceptation des réserves tardives et cette acceptation ne pose aucun problème du moment que la règle de l'unanimité est appliquée. Selon M. Hafner, une réserve tardive n'est pas du tout une réserve. C'est peut-être vrai, et il faudrait peut-être lui donner un autre nom, mais le terme « réserve tardive » est préférable à celui d'« amendement ».

49. La question des réserves non admissibles a été soulevée par M. Crawford et doit être examinée, et le point

concernant les conséquences juridiques des réserves tardives se rattache en fait aux réserves en général. M. Yamada appuie donc le projet de directive 2.3.1. Néanmoins, il hésite à appuyer la proposition du Rapporteur spécial figurant aux paragraphes 311 et 312, tendant à inclure une clause type dans le traité. Une telle clause pourrait contribuer à éviter toute ambiguïté mais risque également de donner l'impression que la Commission donne son aval à la pratique des réserves tardives. Il est préférable de se décider à ce sujet en réfléchissant à d'autres clauses types que la Commission pourrait formuler.

50. Le Rapporteur spécial s'efforce de formuler des directives sur la pratique des États en matière de réserves qui s'est développée depuis la Convention de Vienne de 1969 et qui n'est pas toujours conforme au régime des réserves établi par la Convention elle-même. Il importe d'examiner ces réserves « irrégulières ».

51. M. ROSENSTOCK dit que certaines des difficultés actuelles que soulève le sujet sont dues à l'utilisation d'expressions un peu bizarres telles que « une réserve lors de la négociation ». Le point de départ des réserves est la liberté des États d'accepter ou de refuser un traité, et le principe *pacta sunt servanda*. Presque tout le reste en découle, c'est une question de simple logique. M. Kamto souhaite inverser le principe de la non-objection en insistant sur l'acceptation formelle et unanime d'une réserve tardive. Les réserves tardives ne sont pas une catastrophe : elles reflètent la capacité d'un État à refuser un traité puis à l'accepter en négociant des conditions qui équivalent à des réserves. C'est toutefois incommode. La menace qui pèse sur le principe *pacta sunt servanda* est réduite si ce qui est normalement considéré comme une réserve après coup est admissible du moment que personne n'a d'objection. L'acceptation d'une réserve tardive peut être mise en évidence par l'absence d'objection ou, de manière plus rigoureuse, par l'assentiment de toutes les parties concernées. La question de savoir ce qui serait le plus utile, tant pour préserver l'intégrité de *pacta sunt servanda* que pour permettre aux États de trouver un moyen d'enregistrer et de maintenir des accords existants, est en grande partie d'ordre pratique. Plus tôt la Commission commencera à s'attaquer à ce problème, point par point, mieux ce sera.

52. Il faut se méfier des raffinements excessifs qui amènent à établir de nouvelles distinctions. Il est difficile de comprendre la différence, tant du point de vue de l'intention que de celui de l'effet, entre un accord conditionnel et une réserve.

53. La Commission devrait sans tarder s'intéresser de nouveau à l'unité du régime conventionnel. Elle a déjà exprimé une réaction préliminaire qui doit ensuite devenir son opinion réfléchie, et la fin du quinquennat est peut-être une date appropriée pour cela.

54. M. KAMTO dit que les commentaires de M. Yamada illustrent avec justesse le raisonnement qu'il a lui-même fait auparavant. Lors de la négociation d'un traité, en particulier lorsque celui-ci doit être adopté par consensus, un État peut formuler ce qui sera appelé une réserve mais est en fait une position de négociation. La réserve du Japon avait été examinée et négociée, et peut-être parce qu'aucun accord n'avait été conclu sur son

⁶ Voir *Annuaire... 1999*, vol. I, 2597^e séance, par. 9, p. 228.

contenu, elle a dû être confirmée ultérieurement. Tant que les dispositions du traité évoluent et jusqu'à ce que le traité soit définitivement adopté, on ne peut pas parler de réserves.

55. En ce qui concerne les commentaires de M. Rosenstock, si l'acceptation des réserves tardives est essentiellement une question d'ordre pratique, toutes les conséquences pratiques doivent être examinées. Si un État demande à formuler une réserve tardive et est autorisé à le faire, cela signifie que tous les autres États parties peuvent en faire autant. La réserve tardive peut ainsi torpiller tout le traité. Quel est l'objectif de la Commission ? Préserver la stabilité des traités ou tolérer la renégociation, voire la négation d'un traité, par des moyens obliques ? D'où la nécessité de renforcer les règles et règlements régissant la formulation des réserves tardives.

56. M. AL-BAHARNA dit qu'il est reconnaissant au Rapporteur spécial pour l'analyse détaillée figurant dans son cinquième rapport. Citant le paragraphe 220 du rapport et le résumé de l'introduction du Rapporteur spécial⁷, il dit que les 14 projets de directives sont acceptables dans l'ensemble, dans la mesure où ils s'appuient sur les Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Le projet de directive 2.2.1, par exemple, est aligné sur le paragraphe 2 de l'article 23 de la Convention de Vienne de 1986. Il dispose qu'une réserve à l'égard d'un traité soumis à ratification doit être confirmée formellement au moment de la signature, même si la confirmation a été faite au moment de l'adoption du traité. En pareil cas, la date de la confirmation formelle de la réserve doit être considérée comme étant le moment de la signature ou de l'expression du consentement à être lié par le traité.

57. Le projet de directive 2.2.2 concerne une réserve formulée lors de la négociation d'un traité et indique qu'en pareil cas, pour qu'elle soit jugée valide, la réserve doit être confirmée au moment de l'expression du consentement à être lié. Cela est également acceptable, si l'on fait valoir qu'une réserve peut être formulée durant la phase de négociation d'un traité. Les projets de directives 2.2.1 et 2.2.2 ne doivent pas être fusionnés car ils sont de nature différente, selon les arguments démonstratifs énoncés au paragraphe 257 du rapport, et parce qu'une telle démarche rendrait le libellé indûment confus.

58. Le projet de directive 2.2.3 dispose qu'une réserve formulée lors de la signature d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature, c'est-à-dire sans la condition de la ratification, ne nécessite aucune confirmation ultérieure. Le paragraphe 259 du rapport se réfère à ces traités comme à des « accords en forme simplifiée ». Il va sans dire qu'une réserve formulée durant le processus de négociation ou d'adoption d'un traité doit être confirmée au moment de la signature. Pour le titre comme pour le texte de la directive, il est préférable de retenir le second membre de phrase entre crochets – « d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature » – ou une autre formule telle que « d'un traité qui entre en vigueur uniquement à la date de sa signature ».

59. Le projet de directive 2.2.4 concerne un traité qui prévoit expressément la formulation de réserves lors de la signature. En pareil cas, même si la ratification formelle est nécessaire, la réserve n'a pas besoin d'être confirmée formellement au moment de l'expression du consentement à être lié. Néanmoins, M. Al-Baharna ne comprend pas pourquoi une réserve ne pourrait pas être également formulée au moment de la ratification.

60. Les projets de directives 2.4.4, 2.4.5 et 2.4.6 se réfèrent à des cas similaires concernant les déclarations interprétatives et n'appellent pas de commentaires. En ce qui concerne le projet de directive 2.4.3, il est préférable de retenir le premier membre de phrase entre crochets. Le projet de directive 2.3.1 sur les réserves tardives ne pose aucun problème.

61. M. TOMKA dit que la Commission a passé plusieurs années à construire des fondations solides pour le projet de directives et s'attelle à présent au rez-de-chaussée. Dans le cas des réserves tardives et des réserves formulées lors de la négociation d'un traité, toutefois, il se demande si le plancher est correctement fixé aux fondations. Compte tenu des attentes des destinataires, il pense que la première lecture du Guide de la pratique doit être achevée à la cinquante-cinquième session, en 2003, et le produit final à la cinquante-septième session, en 2005. La Commission ne doit pas essayer de reformuler les dispositions des Conventions de Vienne de 1969, 1986 et 1978 mais plutôt de les clarifier. M. Tomka souscrit à l'opinion que le Rapporteur spécial exprime dans la première note de bas de page relative au paragraphe 259 de son cinquième rapport, concernant l'intérêt qu'il y a à s'écarter le moins possible de ces instruments.

62. Pour M. Tomka, le projet de directive 2.2.1 ne soulève pas de problème particulier mais il a des doutes sérieux à l'égard du projet de directive 2.2.2. Aucun exemple de la pratique des États n'est fourni et le projet de directive est contraire à la disposition de base sur les réserves figurant dans l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969. Lors de la négociation de traités multilatéraux, les États font très fréquemment des déclarations, mais celles-ci ne doivent pas être considérées comme des réserves. Si un État souhaite qu'un tel acte soit considéré comme une réserve, il doit le formuler lorsqu'il signe officiellement un traité ou y adhère. Il y a également des problèmes pratiques. La publication intitulée *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* ne contient pas de déclarations faites lors des conférences auxquelles les conventions ou traités concernés ont été adoptés. En fait, cela serait difficile, car, de manière générale, les comptes rendus et autres documents de conférence ne sont publiés qu'après plusieurs années. M. Tomka ne pense pas que le projet de directive 2.2.2 doit être renvoyé au Comité de rédaction et le Rapporteur spécial lui-même, au paragraphe 257 de son rapport, admet que cette disposition « reviendrait à ajouter au texte des Conventions de Vienne une hypothèse qu'elles n'envisagent pas ».

63. Le projet de directive 2.2.4 donne du paragraphe 2 de l'article 23 de la Convention de Vienne de 1969 l'interprétation que ce paragraphe n'est applicable qu'en cas de silence du traité au sujet de la possibilité de formuler des réserves. L'argument du Rapporteur spécial est que, sans

⁷ Voir 2677^e séance, note 9.

cela, une disposition d'un traité envisageant la possibilité de formuler des réserves lors de la signature ne serait pas efficace, mais cela n'est pas vrai : elle aurait pour effet d'éviter une discussion sur la question de savoir si une réserve est admissible ou non. Il est douteux que la directive soit fermement ancrée dans le droit international et qu'il soit sage de proposer une interprétation aussi « libérale » du paragraphe 2 de l'article 23 de la Convention. Il serait préférable d'imposer la confirmation formelle d'une réserve à l'occasion de la ratification.

64. Les réserves tardives font partie de la pratique des États, comme le fait observer le Rapporteur spécial, mais ce phénomène doit être évité dans la mesure du possible. La Commission ne doit pas encourager les États à formuler des réserves tardives et, par conséquent, le Guide de la pratique ne doit pas contenir de clause type sur les réserves formulées après l'expression du consentement à être lié. C'est pourquoi M. Tomka n'approuve aucune des trois clauses types proposées par le Rapporteur spécial.

65. Le projet de directive 2.3.1 pose quelques problèmes de rédaction car la combinaison des dispositions « à moins que le traité n'en dispose autrement » et « à moins que la formulation tardive de la réserve ne suscite aucune objection de la part des autres parties contractantes » est malvenue. Pour se conformer à la définition d'une réserve déjà adoptée par la Commission et pour refléter le régime de l'unanimité, le texte devrait se lire comme suit : « Une déclaration conçue pour avoir l'effet juridique d'une réserve formulée par un État ou une organisation internationale après l'expression de son consentement à être lié par le traité est nulle et non avenue si l'une des autres parties contractantes y fait objection ».

66. M. KATEKA dit qu'il souscrit à l'opinion d'autres membres selon laquelle les réserves ne peuvent être formulées lors de la négociation d'un traité. Elles ne peuvent l'être que lorsque le texte du traité est adopté. Par conséquent, il pourrait être nécessaire de réexaminer le projet de directive 2.2.2. Le terme « réserves tardives » est inadéquat. Se référant à la définition des réserves établie par la Commission et empruntée de la Convention de Vienne de 1969, M. Kateka dit que les réserves « tardives » ne sont pas de véritables réserves. Il est vrai que cette pratique existe mais elle doit être découragée. C'est pourquoi M. Kateka n'appuie pas l'inclusion de clauses types sur ce sujet. Les réserves tardives visent à fournir une issue aux États de manière que ceux-ci n'aient pas à se retirer d'un traité à cause, par exemple, d'un changement de gouvernement. Si les dispositions sur les réserves tardives sont incluses dans le projet, elles doivent être subordonnées à une règle d'unanimité afin de décourager cette pratique.

67. Toutes les références à un « accord en forme simplifiée » doivent être supprimées des projets de directives et remplacées par des références à l'entrée en vigueur lors de la signature, qui est la formulation courante. Comme le Rapporteur spécial le fait observer dans son rapport, la Commission ne doit pas essayer de récrire le régime des Conventions de Vienne lorsqu'elle formule des directives, et il en va de même pour les travaux préparatoires. M. Kateka n'est pas d'accord avec l'interprétation que le Rapporteur spécial fait des verbes « formuler » et « faire »

et il fait partie des membres impatients de la Commission qui souhaitent poursuivre l'étude des effets juridiques des réserves. Tout en félicitant le Rapporteur spécial pour son étude du sujet, stimulante intellectuellement, il lui demande instamment de suivre la démarche indiquée au paragraphe 35 de son sixième rapport (A/CN.4/518 et Add.1 à 3).

68. Le Rapporteur spécial a exprimé sa préoccupation au sujet des travaux de Mme Hampson, Rapporteuse spéciale de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, sur les réserves aux instruments relatifs aux droits de l'homme et, en particulier, le fait que l'étude de Mme Hampson risque d'aller au-delà d'un inventaire de la pratique des États et de la pratique des organes de surveillance des instruments relatifs aux droits de l'homme. M. Kateka peut comprendre la raison d'une telle préoccupation et la nécessité d'une coordination mais il estime que la Commission ne doit pas tenter de circonscrire les travaux de Mme Hampson et n'a nul besoin d'écrire à cette dernière.

69. Le PRÉSIDENT dit que, en l'absence d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer les 14 projets de directives figurant dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

70. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il souhaite exprimer quelques réactions spontanées au débat intéressant que la Commission a tenu au sujet des réserves aux traités. À son avis, la décision de renvoyer les projets de directives au Comité de rédaction ne concerne pas les clauses types qu'il a proposées pour le projet de directive 2.3.1, qui ont suscité peu d'enthousiasme. En fait, en les proposant, il souhaitait simplement illustrer le concept de clause type et les considérait comme des exemples de clause que les États pourraient utiliser.

71. Le Rapporteur spécial est d'accord avec la position exprimée par certains membres de la Commission selon laquelle l'inclusion dans le Guide de la pratique des clauses types spécifiques proposées ne serait pas une bonne chose car cela pourrait être considéré comme un encouragement à l'utilisation des réserves tardives. Comme ses collègues, il souhaite limiter au minimum les réserves tardives. Les limiter est une chose mais nier leur existence pour des motifs tels que ceux avancés par M. Hafner qui, tout en étant intellectuellement convaincant, sont complètement déconnectés de la pratique irait à l'encontre du but du Guide. Les réserves tardives sont l'un des deux problèmes clefs qui ont été examinés jusque-là, l'autre étant les réserves transversales. Le travail de la Commission est d'indiquer aux États la conduite à tenir dans les cas difficiles, qui comprennent absolument les réserves tardives. On peut imaginer des traités qui prévoient eux-mêmes des réserves tardives. M. Hafner a affirmé que les réserves tardives qui n'étaient pas expressément prévues dans les traités étaient une *lex specialis* mais, si cela est vrai, alors il s'agit d'une *lex specialis generalis*, car cela se produit très souvent.

72. M. Melescanu a établi une distinction entre la position qu'il convient d'adopter à l'égard des réserves

tardives, que la plupart des membres souhaitent limiter au minimum, et des déclarations interprétatives tardives, qui, selon la plupart des membres, peuvent être traitées avec une plus grande souplesse. Il est difficile de trouver à propos des déclarations interprétatives simples une position plus souple que celle qui figure dans le projet de directives, et les déclarations interprétatives conditionnelles ressemblent tellement à des réserves qu'on ne doit pas autoriser les États à les utiliser pour contourner les limitations strictes imposées aux réserves tardives.

73. M. Rosenstock se sous-estimait certainement en affirmant qu'il ne comprenait pas la distinction entre réserves et déclarations interprétatives conditionnelles. L'objectif de ces deux types de déclarations unilatérales est différent, et cette différence a déjà été intégrée dans les définitions du chapitre I du Guide de la pratique. Il est compréhensible, en revanche, que M. Rosenstock ait du mal à saisir la différence entre les différents régimes juridiques pertinents. Plus le Rapporteur spécial avance dans le sujet, plus il est convaincu que le régime juridique des déclarations interprétatives conditionnelles est probablement identique, à une ou deux nuances près, à celui des réserves. Néanmoins, il propose de s'en tenir à l'approche empirique adoptée jusque-là, c'est-à-dire de continuer à étudier les réserves et les déclarations interprétatives et de voir s'il existe une pratique des États et, finalement, si des dispositions distinctes sur les déclarations interprétatives conditionnelles ne semblent pas nécessaires, alors il faudra les supprimer du Guide.

74. M. Economides a fait une observation très valable à propos du projet de directive 2.2.2. On ne peut pas véritablement dire que des « réserves » sont formulées lors de la négociation d'un traité mais il doit y avoir un projet de directive couvrant cette situation. Si les déclarations faites à ce moment-là ne sont pas des réserves, elles sont au moins des expressions de l'intention de formuler une réserve. Sir Humphrey Waldock a parlé de réserves embryonnaires⁸. Le Comité de rédaction peut certainement reformuler le projet de directive 2.2.2 pour parler d'intention de formuler une réserve.

75. Les doutes de M. Lukashuk au sujet des verbes utilisés à propos des réserves ne sont pas fondés : les réserves sont bien formulées et non faites. Le Rapporteur spécial comprend les hésitations de certains membres au sujet du projet de directive 2.2.4, mais il est convaincu que le problème qu'il traite doit être porté à l'attention des États. Le Comité de rédaction devrait examiner cette question plus en détail. M. Lukashuk et de nombreux autres membres ont dit qu'une distinction devait être établie entre les traités ouverts et les traités fermés et le Rapporteur spécial s'est demandé comment cela pourrait se faire. Il a ensuite eu une idée, en écoutant MM. Kamto et Melescanu. L'exigence d'unanimité active est peut-être trop rigide de manière générale mais pour les traités vraiment fermés, ceux qui sont réservés à un nombre limité de participants, elle pourrait être retenue.

76. Enfin, le Rapporteur spécial remercie les membres de la Commission qui se sont exprimés sur le sujet et

se dit fermement convaincu que le Comité de rédaction pourra améliorer considérablement le projet de directives.

La séance est levée à 13 h 5.

2680^e SÉANCE

Vendredi 25 mai 2001, à 10 h 5

Président : M. Peter KABATSI

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Galicki, M. Hafner, M. He, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Tomka, M. Yamada.

Protection diplomatique¹ (A/CN.4/506 et Add.1², A/CN.4/513, sect. B, A/CN.4/514³)

[Point 3 de l'ordre du jour]

PREMIER ET DEUXIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. M. DUGARD (Rapporteur spécial) rappelle qu'à sa session précédente la Commission a examiné le chapitre premier (Structure du rapport) et le chapitre II (Projets d'articles) de son premier rapport sur le sujet (A/CN.4/506 et Add.1), qui contenait les projets d'articles 1 à 8, mais n'a pas pu examiner le chapitre III (Continuité de la nationalité et cessibilité des réclamations), qui contenait le projet d'article 9. C'est donc à cette question qu'il consacrera son exposé, en espérant que la Commission trouvera le temps, dans le cadre de la seconde partie de sa session, d'examiner son deuxième rapport (A/CN.4/514), qui traite essentiellement de la question de l'épuisement des voies de recours internes.

2. Le droit de la protection diplomatique constitue un domaine où il existe un important corpus de pratique étatique, de jurisprudence et de doctrine, donc un domaine que l'on pourrait croire peu sujet à controverses et doté de nombreuses règles de droit coutumier largement acceptées, parmi lesquelles il suffirait de choisir et de mettre en forme celles qui font le plus autorité. Malheureusement, il n'en est rien, tant les sources, abondantes, de ce droit semblent aller dans tous les sens. En la matière,

¹ Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617^e séance, par. 1, p. 38.

² Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ Reproduit dans *Annuaire... 2001*, vol. II (1^{re} partie).

⁸ Voir le paragraphe 16 du commentaire de l'article 18 du projet d'articles sur le droit des traités (*Annuaire... 1962*, vol. II, A/5209, p. 199).